

I V S Y D E R E C H O

I. UN HECHO Y UN PROBLEMA

1. Cualquier persona de mediana cultura sabe perfectamente que la voz latina *ius* y la castellana *Derecho* expresan la misma idea. Que su sinonimia es absoluta, se comprueba con facilidad en los diccionarios, en los que invariablemente al buscar la significación de *ius* se encuentra como equivalente 'Derecho', y al buscar la de *Derecho* se encuentra 'ius', sin que en ningún caso se formule observación alguna o se trate de matizar el concepto. Es más, dentro de las acepciones jurídicas, no se encuentra en los diccionarios ningún otro sinónimo de *Derecho* con el que pueda traducirse *ius*, ni ningún otro de *ius* para traducir *Derecho*. Pues, evidentemente, *mores*, *lex* o *ley*, *consuetudo* o *costumbre*, *fuero*, etc., que alguna vez se emplean en lugar de aquéllas, no son rigurosamente sinónimas ni en la lengua latina ni en la castellana. No es necesario dominar el tecnicismo jurídico para poder destacar las diferencias.

2. Ahora bien, ni *directum*, palabra latina de la que procede *Derecho*, se encuentra como sustantivo en los Diccionarios latinos¹, ni *ius* o cualquier forma modernizada de esta voz existe en la lengua castellana como sinónima o afín de lo que

1. E. FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon* (Prati 1870, 4 vols.). I, — s. v. 'directum'.—*Thesaurus linguae latinae* editus auctoritate et consilio ACADEMICARUM QUINQUE GERMANICARUM (Leipzig 1900 y sigts.).—Tampoco se encuentra en los textos jurídicos. Cf. H. E. DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum* (Berlín 1837). *Vocabularium iurisprudentiae romanae* iussu INSTITUTI SAVIGNIANI compositum (Berlín 1903 y ss.). O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index Theodosianus* (1925) y Apend (1929).—E. LEVY.

nosotros llamamos Derecho². Es cierto que de *ius* procede el castellano *juro*, literalmente 'derecho' pero, como es bien sabido, *juro* es en realidad un 'censo o derecho sobre una cosa'³; como la antigua expresión *juro de heredad*, traducción fiel de *ius hereditarium*, significaba la 'propiedad plena o hereditaria'⁴.

El que *ius* no pasara a la lengua castellana contrasta notoriamente con la pervivencia de otras voces latinas derivadas de aquélla, que fueron y son de uso vulgar y constante en nuestra lengua: *iudicare* 'juzgar', *iudicium* 'juicio', *iudex* 'juez', *iuris dictio* 'jurisdicción', *iustitia* 'justicia' y *iustum* 'justo'⁵. Y aún ha de destacarse otro hecho: que no obstante haber sido desplazado *ius* por *derecho*, de esta última voz no ha derivado ninguna

2. Véase a este respecto W. MEYER-LÜBKE, *Romanisches Etymologisches Wörterbuch*³ (Heidelberg 1935), s. v. 'ius'.—Sólo excepcionalmente se encuentra *juro* en textos antiguos. Así, v. gr., en Joseph VÁZQUEZ, *Los eruditos a la violeta o Curso completo de todas las ciencias, para los siete días de la semana* (Madrid, Impr. de A. de Sancha, 1772), cuarta lección, págs. 40-41: "Derecho de gentes voluntario de costumbre, direis... es el que nace de ciertas prácticas ya establecidas, de siglos atrás, que aunque no obligan de *juro*, por lo menos, son respetables entre las Naciones que las establecieron...". Pero no se olvide que el autor —J. CADALSO, pues VÁZQUEZ es un seudónimo— trata, precisamente, de ridiculizar a los que formulan tales definiciones.

3. En este sentido, V. GARCÍA DE DIEGO, *Diccionario etimológico español e hispánico* (Madrid s. a. [1954]), pág. 343.—En cambio, J. COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana II* (Madrid 1954), 1078 s. v. 'juro' supone que *ius* da lugar a la forma castellana arcaica *jur*, pero que la moderna *juro* procede del verbo *jurar* 'prestar juramento'. Los datos que alega no son convincentes. En todo caso olvida que en los documentos latinos de la Alta Edad Media *ius* es 'dominio, posesión o derecho de disfrute' sobre una cosa; y que tener una tierra *iure hereditario* —o, como dicen en traducción literal los documentos redactados en romance, en *juro de heredad*— es tenerla en 'plena propiedad'. La idea de juramento no interviene para nada en ninguno de estos casos.

4. Véase A. GARCÍA-GALLO, *Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media española. Notas para su estudio*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 29 (1959) 381-83.

5. Algunos otros derivados de *ius*, como *iuridicus* 'jurídico', *iurisprudencia* 'jurisprudencia', *iurisperitus* 'jurisperito', *iurisconsultus* 'jurisconsulto', etc., no son voces formadas en el castellano, sino cultismos tomados del latín e introducidos en la lengua, cuando ésta se hallaba ya formada, en la época de la recepción del Derecho romano, a partir del siglo XIII.

otra para expresar lo que los derivados de *ius* que acaban de indicarse; o si alguna surgió cayó en desuso muy pronto. Tal ocurrió con *derechuría*, en la acepción de 'Justicia' y con los adjetivos castellanos *derechero* o *derechurero* y el catalán *dreturer*, como sinónimos de 'justo, justiciero, guardador del derecho', que aparecieron y murieron en los primeros tiempos de las lenguas romances ⁶.

3. El olvido de *ius* en la lengua castellana no es exclusivo de ella, sino que se da también en todas las lenguas románicas derivadas del latín. Así, encontramos *diritto*, en italiano; *di-reito*, en portugués; *dereito*, en el antiguo portugués, navarro y aragonés, y en gallego; *derept*, en rumano; *dret*, en catalán y en el dialecto del Valle de Arán; *dreto*, en el dialecto ribagorzano; *drech*, en provenzal; *dreit*, en el antiguo aragonés y en lemosín, y *droit* en francés; en todas las lenguas con la misma acepción de 'derecho, ordenamiento o conjunto de normas'; aparte otras que aquí no interesan. Pese a las variantes morfológicas, es evidente que todas estas voces románicas derivan de una misma, latina, que no es otra que *directum* ⁷.

4. Un hecho tan notorio y general debiera haber llamado la atención de los investigadores —filólogos y juristas— y haber sido objeto de estudio. Y, sin embargo, no ha sido así. Los filólogos se han limitado a señalar la etimología de las voces románicas, y los juristas a enumerar éstas para destacar la universalidad del concepto. Pero, salvo alguna excepción, que luego se indicará, nadie se ha preocupado de averiguar por qué *ius* no pasó a las lenguas románicas y si esto entraña algún problema no estrictamente filológico.

En realidad, problema filológico no existe. Es evidente que

6. Véase GARCÍA DE DIEGO, *Dic. etimol.* 725-26, núm. 2276 y COROMINAS, *Dic. Crít. etimol.* II, 127.

7. MEYER-LÜBKE, *Roman. Etymol. Wörterbuch* ³ s. v. 'directum'.—Para las formas peninsulares, véase GARCÍA DE DIEGO, *Dic. etimol.* pág. 725, número 2276, s. v. 'directus'.—COROMINAS, *Dic. crít. etimol.* II, 126-27, supone que la voz latina fué 'derectus'; pero no da la razón de esto.

ius fué palabra que ya existía en el latín arcaico, que se mantuvo en el clásico y en el postclásico y que de éste pasó al medieval y se conserva en el de actualidad, sin la menor variante morfológica, con una pluralidad de acepciones jurídicas que no han variado en lo esencial desde la época clásica a nuestros días. El sustantivo *directum*, por su parte, debió aparecer en la época postclásica, como sus derivados románicos permiten inducir. *Ius* y *directum* son voces etimológicamente distintas, entre las que no existe relación alguna. Y, sin embargo, alguna ha tenido que existir, aunque sea de otro carácter, cuando ambas aparecen en todas partes como sinónimas: *ius* en el latín y *derecho* y sus similares en las lenguas románicas, aunque nunca coexistiendo en una misma lengua. Nunca, no ya un clásico, ni siquiera un escritor medieval de mediana cultura, escribió en latín *directum* en lugar de *ius*. Sólo en documentos medievales en que algún clérigo o jurista poco versado en la lengua del Lacio se esforzaba en escribir en ella, aparece *directum* o cualquier forma bárbara con vestidura latina⁸. Y, por el contrario, nadie que escribiese en romance trató nunca de escribir *juro* o de adaptar a la lengua vulgar la palabra *ius*.

Directum no se generalizó porque *ius* cayese totalmente en desuso —ya se ha indicado que se siguió empleando en el latín escrito de la Edad Media, a poco cuíto que fuese quien se expresaba en él—, ni porque la voz presentara dificultades fonéticas que tratasen de soslayarse utilizando otra más fácil de emitir⁹. Las dificultades fonéticas no impidieron que *directum* se generalizase en todas partes, aunque ello determinase múl-

8. C. D. de DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, revisado por L. FAVRE NIORT (París 1883-1887; reimpresso, Graz 1954) III, 125-26 s. v. 'directum', registra las siguientes formas en el latín medieval: *directum*, *directicius*, *directaticus*, *directaticum*, *directura*, *directura*; *directus*, *directura*, *directura*; *derittus*, *deritum*; *dret*, *dretura*, *drettura*, *dretaticus*; *dectura*; *driatum*, *driatura*.

9. La adaptación de los derivados de *ius* en las lenguas romances prueba que no fué la indicada en el texto la razón de que aquélla se olvidase (véase la nota 11). Por otra parte, la misma voz latina *ius* en su acepción de 'caldo, jugo' pasó a las lenguas romances, en las que sufrió a veces cambios profundos, hasta dar, junto a *jugo*, *sumen*, *churre*, *churumen*, etc.: Cf. GARCÍA DE DIEGO, *Dic. etimol.* pág. 817-18, núm. 3633 a, s. v. 'jus, juris'.

tiples variantes morfológicas ¹⁰, ni que los derivados de *ius* adquiriesen idéntica difusión ¹¹.

5. El *Thesaurus linguae latinae* atribuye el origen de la nue-

10. Ténganse presentes para ello las múltiples formas de baja latinidad recogidas por DU GANGE (véase la nota 8) y las románicas antes indicadas en el texto.

La evolución de *directum* en España es clara. Debió iniciarse ya en la época romana en el habla vulgar, en la que en unas partes la *i* de la sílaba inicial se asimiló a la *e* fuerte y cerrada de la sílaba tónica, dando *derectum* (COROMINAS, *Dic. crít. etimol.* II, 126), y en otras se perdió, dando *drectum* (C. H. GRANDGENT, *Introducción al latín vulgar*, trad. de F. de B. MOLL² [Madrid 1952] 152). En esta misma época se perdió también la *m* final (R. MENÉNDEZ PIDAL, *Manual de Gramática histórica española*⁵ [Madrid 1929] 137.—V. GARCÍA DE DIEGO, *Elementos de Gramática histórica gallega. Fonética-Morfología* [Burgos 1909] 43.—A. BADÍA MARGARIT, *Gramática histórica catalana* [Barcelona 1951] 223). Las formas **derectu* o **drectu* sufrieron posteriormente nuevos cambios. En la primera, la *e* de la sílaba inicial, entre consonante y *r* tendió a desaparecer, donde no había ya ocurrido, aunque la desaparición sólo se generalizó en el gallego y catalán (GARCÍA DE DIEGO, *Gram. hist. gallega* 17.—BADÍA, *Gram. hist. catalana* 155). El grupo consonante latino *ct* evolucionó de distinta manera en los romances peninsulares (R. MENÉNDEZ PIDAL, *Orígenes del español. Estado lingüístico de la Península Ibérica hasta el siglo XI*³ [Madrid 1950] 280-81). *Ct* se convirtió en castellano en *ch* (MENÉNDEZ PIDAL, *ob. cit.* y *Gram. hist. esp.*⁵ 117), dando *derecho* o *drecho*; en gallego, en *it* (GARCÍA DE DIEGO, *ob. cit.* 49), dando *dreito* o el portugués *direito*, lo mismo que en Aragón y Navarra (MENÉNDEZ PIDAL, *Orígenes*³ 280-81); pero en catalán *ct* cuando, como en este caso, iba precedido de *e* cerrada, se convirtió en *t* (BADÍA, *ob. cit.* 199), dando *dret*. Al mismo tiempo, la *u* final de **derectu* a **drectu* se convirtió en *o* en castellano y gallego (MENÉNDEZ PIDAL, *Gramat.*⁵ 66 y *Orígenes*³ 170-72) y desapareció en catalán cuando seguía a una consonante simple latina (BADÍA, *ob. cit.* 169), con lo que resultaron, respectivamente, *derecho*, *dereito* o *dreito* y *dreit* o *dret*.

11. *Iudex* se convierte en *judge* y *juge* en antiguo aragonés; en *jutge* y *jutze*, en catalán; en *judez* y *juez*, en castellano; en *juiz*, en portugués, gallego y asturiano.—*Iudicare* da *judgar*, *jubgar* y *juzar* en castellano; *juigar*, en antiguo portugués; *julgar*, en portugués, gallego y leonés; *jutgar*, en gallego; *jurgar*, en antiguo navarro.—*Iudicium* se convierte en *judizio*, *juísio* y *juicio* en castellano; *jodicio*, en antiguo aragonés; *juiso*, en castellano antiguo y en gallego y portugués; *joicio*, en el antiguo leonés; *juhi*, en catalán.— Véase GARCÍA DE DIEGO, *Dic. etimol.* pág. 816, núms. 3611-3613, s. v. 'judex, iudicare, iudicium', y COROMINAS, *Dic. crít. etimol.* 1074 s. v. 'juez'.

va acepción de *directum*, como sustantivo que significa 'derecho', a influencia de la lengua griega ¹². Pero ni ofrece texto alguno expreso que apoye esta explicación, ni resulta tampoco verosímil, pues el conocimiento del griego en el mundo romano occidental fué siempre propio de las minorías cultas, y estas precisamente desconocieron la nueva acepción, que se divulgó en cambio en el habla vulgar.

En un sentido diferente, Widar Cesarini Sforza, actualmente Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, trató hace años de explicar la sustitución de *ius* por *directum* como expresión del sentido ético que el Cristianismo imprimió al Derecho ¹³. Cesarini Sforza destaca la primacía que en Roma ejerce el *ius* o derecho subjetivo sobre el objetivo, de tal manera que éste se concibe en función de aquél. Por eso los romanos, en su opinión, no conciben el Derecho objetivo como emanación de la voluntad del Estado, sino como coordinación de los poderes jurídicos de cada ciudadano y del pueblo; ni la Justicia, a la manera de los filósofos griegos, como un ordenamiento ideal o un conjunto de principios que están por encima del Derecho positivo, sino como «la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho». El *ius*, considerado fundamentalmente en su aspecto u origen subjetivo, es para los romanos un poder y autoridad. El Cristianismo, por el contrario, destaca en primer lugar, como criterios absolutos por encima del hombre, la Justicia y la Ley de Dios, a la que han de acomodarse las conductas subjetivas. Esta conformidad de la conducta con la Justicia divina se califica a partir del siglo VI con las palabras *rectitudo* o *rectum* y más tarde con la de *directum*. Ciertamente, esta rectitud se aprecia subjetivamente por cada uno, pero se contrasta con una ley ética superior que todos tienen impresa en su conciencia, y esto, de una manera

12. *Thesaurus linguae latinae*.

13. W. CESARINI-SFORZA, "Ius" e "directum". *Note sull'origine storica dell'idea di Diritto* (Bologna 1930). Puede verse una recensión, con frecuencia oscura, debida a J. BENEYTO, en el *Anuario de Historia del Derecho Español* 7 (1930) 525-29. El autor da un resumen de su tesis en su *Filosofía del Diritto* (Milán 1955) 126-29. Le sigue F. CALASSO, *Medio evo del Diritto I, Le fonti* (Milán 1954) 475.

directa e inmediata —por eso *directum* prevalece sobre *rectum*—, sin que al hacerlo se interponga ninguna autoridad humana entre el hombre y Dios. En este sentido *directum* aparece en oposición a *ius* —que expresa un poder o autoridad— como una cualificación del obrar, referida a un principio o ley superior; es decir, a la voluntad del Estado.

Ahora bien, esta explicación no resulta satisfactoria. En primer lugar no se explica como *directum*, mero participio o adjetivo, llegó a sustantivarse. Pero, aparte de esto, el referir las normas o las conductas a un principio superior de Justicia no fué aportación del Cristianismo, aunque éste insistiera en ello. La primitiva frase latina *ius est* supone precisamente que aquello a que se refiere se contrasta con un principio superior. Por otra parte, ya Cicerón hablaba de la *recta ratio*, y los juristas de la época clásica derivaban *ius* de *iustitia* y lo consideraban como la realización de lo bueno y de lo justo. Y sin embargo, no por eso los juristas dejaron de decir *ius* para decir *directum*.

6. En todo caso la cuestión sigue en pie y continúa formulada una pregunta para la que no tenemos respuesta satisfactoria. Lo sorprendente del caso es que un tema como éste haya pasado inadvertido. Con excepción del mencionado estudio de Cesarini Sforza, apenas citado en la bibliografía, no tengo noticias de que exista ningún otro; ni en repertorios bibliográficos, ni en manuales o tratados, ni en monografías sobre el concepto del Derecho, se cita trabajo alguno sobre este punto.

He aquí, pues, un tema interesante por investigar, que bien merece la atención de los juristas.

II. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

7. El primer punto que interesa precisar para poder orientar la investigación es el de la época o momento en que junto a *ius* apareció el sustantivo *directum* en su acepción de Derecho, y en que éste desplazó a la voz con que tradicionalmente se había venido designando.

Directus -a -um, como participio de *dirigo* o *dirigere*, en la acepción de 'dirigido' (y en este sentido, *in directum* 'contra') lo mismo que como adjetivo en la de 'recto o severo, directo o derecho' es empleado ya en la época clásica. La palabra guarda cierto parentesco con otras procedentes de la misma raíz *rju* 'recto', tales como *rectum* 'recto', tanto referido a una dirección como a una conducta; *regere* 'regir'; o *regula* 'regla', tanto en sentido material como en el de norma de conducta. Pero, en cambio, no aparece, como ya se ha indicado, como sustantivo.

Ahora bien, el hecho de que en todas las lenguas románicas, sin excepción, se encuentre una misma voz, con las naturales variantes morfológicas, que expresa invariablemente la idea de 'Derecho' y que sin duda alguna deriva de la latina *directum*, prueba de manera evidente que ésta era de uso general y diario en el habla vulgar de que aquéllas se formaron, en una época anterior a la disgregación del Imperio romano, ya que de haberse introducido con posterioridad a ésta, dado el aislamiento que se produjo entre las provincias, hubiera podido divulgarse en una o alguna de éstas, pero de ninguna manera en todas. Esto permite fijar aproximadamente una fecha, en la que la generalización de *directum* estaba ya consumada. Es decir, antes del último tercio del siglo v, en que el Imperio cayó definitivamente, y acaso antes de principios de este siglo, cuando las invasiones germánicas iniciaron el aislamiento de unas provincias con otras ¹⁴.

Pero, además de la fecha, podemos precisar otros extremos. Aunque ya se ha indicado, conviene destacar que *directum*, en la acepción que nos ocupa, fué palabra usada fundamentalmente sólo en el latín vulgar. Esto lo demuestra, el que no aparece utilizada por los escritores romanos, sean o no juristas, ni tam-

14. CESARINI-SFORZA, *Ius e directum* 80-81, que no induce del hecho de que la misma acepción se dé en todas partes que la misma tuvo que darse ya en época anterior a la división del Imperio —como es criterio corrientemente aplicado por los filólogos—, atendiendo a la época en que los textos emplean la voz *directum*, retrasa la aparición de la acepción 'Derecho' a los siglos VII y VIII.

poco por los que en siglos posteriores trataron de escribir un latín más o menos correcto, por darse cuenta, sin duda, de que se trataba de un vulgarismo ¹⁵. Incluso en los glosarios latinos de la Edad Media española, en un tiempo en que en los documentos los notarios escribían a cada paso *directum*, los monjes diligentes que trataron de explicar las palabras que podían ofrecer alguna dificultad, sólo recogieron *ius* y no *directum* ¹⁶. Que en cambio ésta era la que prevalecía en el habla vulgar en los últimos tiempos del Imperio romano, lo demuestra sin género de dudas que fué ella y no *ius* la que pasó a todas las lenguas románicas.

Mas todo esto no explica por qué y cómo *directum* adquirió esta acepción en el habla vulgar, y por qué desplazó en ella a *ius*. Para buscar respuesta a estas preguntas se hace necesario indagar de nuevo, aunque la investigación queda orientada por lo que acaba de comprobarse.

Si las gentes cultas nunca escribieron *directum*, y si sus escritos no trascendieron al pueblo en esta época de profunda crisis cultural, es claro que la acepción jurídica de *directum* no pudo ser obra suya. Esto permite rechazar, reforzando otros argumentos antes apuntados, el posible préstamo de la lengua griega o la elaboración filosófica del nuevo concepto. El origen de éste hay que buscarlo, precisamente, en las esferas populares. En este sentido, sólo dos fenómenos se produjeron, en la época que se ha fijado como de difusión y arraigo de la nueva acepción de *directum*, que tuvieron repercusión general en

15. En los textos reunidos por CESARINI-SFORZA, *Ius e directum*, todos de fecha muy avanzada, se emplean expresiones que él supone sinónimas —*rectum*, *rectitudo*, etc.— y que preparan la nueva acepción de *directum*, aunque ésta sólo se recoge tardíamente, cuando su general difusión se impone, pero no se ve cómo se ha llegado a ella desde las que él supone que la introducen.

16. En el Glosario A de Silos, contenido en un códice del siglo x (editado por Eduardo GARCÍA DE DIEGO, *Glosarios latinos del Monasterio de Silos* [Murcia 1934]), se define "Derectum: rectius, ordinatum" (pág. 121), y donde se incluye "Directus: rigidus vel quod in recto vadit", una nota marginal añade "Directum: rectius, ordinatum" (pág. 129).—Sobre *deritura*, véase la nota 98.

todo el Imperio y precisamente en el ambiente popular: la infiltración e invasión de los pueblos germánicos y la difusión del Cristianismo.

8. Vale la pena examinar la hipótesis germánica. En las distintas lenguas habladas por los invasores germanos existía, en efecto, una voz que, según los germanistas, significaba 'lo recto o derecho, lo que está bien hecho, lo justo' —como la latina *rectum*—, pero, al mismo tiempo, también la 'norma y el derecho o facultad de actuar' —como el *ius* latino—. Esta palabra adoptaba formas diversas en cada lengua, que sin embargo denunciaban un origen común: *raihts*, en gótico; *riht*, en anglosajón; *reht*, en el antiguo sajón, en franco y en el alto alemán antiguo y medieval; y *réttr*, en escandinavo. De ellas derivan *Recht* en alemán y *right* en inglés¹⁷. ¿Asimiló la población romana esta relación o identidad entre 'lo recto' y 'el derecho' que los invasores germánicos establecían al expresar ambas cosas con una sola palabra y, en consecuencia, atribuyó a *directum* 'recto' una nueva acepción?

La hipótesis tropieza con graves dificultades. Si ciertamente *raihts*, *riht*, *reht* o *réttr* significan lo recto y lo que nosotros llamamos derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico mismo —es decir, el derecho objetivo— se conoce preferentemente en estas lenguas con otros nombres, que expresan conceptos totalmente distintos de los de rectitud. Este ordenamiento, en cuanto es 'establecido', se llama *lagh* en las lenguas escandinavas o *belagimes* en la gótica, según la forma latinizada que da Jordanes, o *laga* en anglosajón, de donde el inglés *law*; en cuanto es 'sabido', *witwoth* en gótico y *wizzôd* en alto alemán antiguo; y en cuanto rige con 'equidad', *êwa*, y así la ley de los chámavos recibió el nombre de *êwa chamavorum*¹⁸. Pero

17. K. von AMIRA, *Grundriss des germanischen Rechts*³ (Strassburg 1913) 10; y 4.^a ed. totalmente reelaborada por K. A. ECKHART I (Berlín 1960) 4-5. E. BRÜNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* I² (Berlín 1960) 150-52.—R. SCHRÖDER-E. Frh. von KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*⁷ (Berlín-Leipzig 1932) 18-19.—H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte, Ein Lehrbuch* I (Karlsruhe 1954) 40.

18. AMIRA, *Grundriss*³ 10-11; AMIRA-ECKHART I, 4.—C. von SCHWERIN,

nada permite suponer que los conceptos germánicos fueran adoptados por la población romana. Esta era más numerosa que la germánica, el Derecho de ella se hallaba mucho más desarrollado que el de los invasores e incluso éstos lo adoptaron en más de un caso.

En cuanto al aspecto lingüístico, ninguna de las citadas palabras germánicas fué aceptada ni pasó al latín vulgar y de éste a las lenguas románicas. Como tampoco las antes recordadas, pues siguió utilizándose el adjetivo *rectum*¹⁹. Es más, aunque se llegara a pensar —lo que no parece justificado— que las palabras *raihits*, *reht*, etc., y lo que ellas expresaban, se hubiesen asimilado por la población romana, el hecho de luego preferir a ellas, no *rectum*, que es su equivalente, sino *directum*, supondría en todo caso que ya ésta última poseía idéntica significación. Lo cual nos volvería al punto de partida: ¿cómo y por qué *directum* llegó a significar Derecho?

Veamos ahora la posibilidad de encontrar la explicación de esto en una influencia cristiana.

III. «DIRECTUM» COMO NORMA DE CONDUCTA

9. La doctrina de la Iglesia, como es bien sabido, descansa fundamentalmente en la predicación de Jesucristo, pero también en el Antiguo Testamento. «No penséis —dijo Cristo— que he venido a abrogar la Ley y los Profetas; no he venido a abrogarla, sino a consumarla»²⁰. En consecuencia, la vieja concepción del pueblo judío, tal como se recoge en los Libros santos, se integra plenamente en la predicación cristiana y a

Germanische Rechtsgeschichte, ein Grundriss (Berlín 1936) 21.—H. PLANITZ, *Germanische Rechtsgeschichte*² (Berlín 1941) 13 y *Deutsche Rechtsgeschichte* (Graz 1950) 10.

19. Ni siquiera cabe pensar en un cruce de la voz latina *directum* con la franca *reht*, formando el catalán *di-reht*, o *dret*, por pérdida de la vocal breve. Antes ha quedado explicado cómo, conforme a la evolución del latín en tierras catalanas, se formó *dret*: Véase la nota 10.—También CESARINI-SFORZA, *Ius e directum* 63 n. 70 rechaza la influencia de *recht* en el concepto de *directum*, aunque por negar a aquél un sentido ético.

20. Mt. 5, 17.

través de ésta se difunde por el Imperio romano, desbordando el ámbito estrecho en que hasta entonces se había mantenido.

La concepción hebraica admite como inconcuso el hecho de que el pueblo judío, como elegido por Dios, recibió de Este sus leyes ²¹. Como dice el *Ecclesiástico* —y pasajes semejantes se encuentran a cada paso—: «El Señor formó al hombre de la tierra... llenóle de ciencia e inteligencia y le dió a conocer el bien y el mal... y añadióle disciplina, dándole en posesión una Ley de vida» ²². Mas para comprender esta forma de expresión conviene detenerse un momento y destacar algunas ideas centrales del pensamiento judaico y los modos con que se expresa.

En el relato que el Génesis hace de la creación se destaca cómo Dios crea al hombre formándole de la tierra y cómo, después del pecado original, le anuncia que ha de morir y volver a la tierra, de la que ha sido hecho. En el Paraíso quedaba el árbol de la vida cuyo fruto daba la inmortalidad, y al que Dios impidió al hombre que se acercara, cerrándole el *camino* con un ángel ²³. La vida del hombre, nacido de la tierra y destinado a volver a ella, según el precepto de Dios, ha de consistir en «labrar la tierra de que ha sido tomado» ²⁴. Los actos del hombre —tierra sobre la tierra— van arando el camino que recorre. Por eso, dice el Génesis, aludiendo a la corrupción que fué castigada con el Diluvio, que «la carne había corrompido el *camino* de Dios sobre la tierra» ²⁵. La metáfora del *camino*

21. CESARINI-SFORZA, *Ius e directum* 39 y ss., recoge este concepto mosaico-cristiano del *ius divinum* y destaca su contenido ético, que impone acomodar la conducta a aquél; pero no se fija en los caracteres que este ordenamiento presenta en contraste con el romano.

22. *Liber Ecclesiasticus* 17: “²Deus creavit de terra hominem... ³Creavit illis scientiam spiritus, sensu implevit cor illorum, et mala et bona ostendit illis... ⁴Addidit illis disciplinam, et legem vitae hereditavit illos”; también 45. 6. 21, etc.

23. Véase el *Génesis* 2, 9 y 17; 3, 3. 19. 22. 24.

24. *Génesis* 3, 23: “Et emisit eum —a Adán— Dominus Deus de paradiso voluptatis, ut operaretur terram de qua sumptus est”.

25. *Génesis* 6, 11-12: “Corrupta est autem terra coram Deo, et repleta est iniquitate. Cumque vidisset Deus terram esse corruptam (omnis quippe caro corruerat viam suam super terram), dixit ad Noe...”

—*daeraek* en los textos hebreos, *odós* en los griegos, y *vía* en los latinos— es constantemente empleada, tanto en los libros más antiguos de la Biblia como en los más modernos, e incluso en los del Nuevo Testamento. Pero si alguna vez el *camino* es la propia conducta del hombre ²⁶, con más frecuencia se designa como tal la que Dios le prescribe para que alcance su salvación y goce con ella de la inmortalidad. A esta conducta, es decir, al *camino* de la virtud se contraponen la conducta o el camino de perdición. Así, Jeremías da a conocer a los hombres las palabras de Dios: «He aquí que Yo pongo ante vosotros el camino de la vida y el camino de la muerte» ²⁷. El camino que conviene seguir se lo enseña Dios al hombre mediante la Ley o *torá*. «Bueno y recto es Jehová —pondera el Libro de los Salmos—, porque Él es el que dirige o enseña el camino a los pecadores... Encamina a los humildes en la Justicia... ¿Quién es el hombre que teme al Señor? Este le estableció la Ley en el camino que ha de elegir» ²⁸.

26. En el *Liber tertius Regum* I, 2, 2-4, David al aproximarse su muerte dice a su hijo Salomón: “Ego ingredior *viam* universae terrae: confortare, et esto vir. Et observa custodias Domini Dei tui, ut ambules in viis eius ut custodias ceremonias eius, et praecepta eius, et iudicia, et testimonia, sicut scriptum est in lege Moysit: ut intelligas universa quae facis, et quocumque te verteris: ut confirmet Dominus sermones suos, quos locutus est de me dicens: “Si custodierint filii tui vias suas, et ambulaverint coram me in veritate, in omni corde suo, et in omni anima sua, non auferetur tibi vir de soli Israel”.—En *Iob* 13, 15 dice Job: “Etiam si occiderit me, in ipso sperabo; verumtamen vias meas in conspectu eius arguam”.

27. *Ieremiae* 21, 8: “Haec dicit Dominus: Ecce ego do coram vobis *viam* vitae, et *viam* mortis”.—La metáfora del camino recto del bien y el tortuoso del mal se encuentra también en el mundo griego. Así, en HESÍODO, *Los trabajos y los días* v. 287-292; PINDARO fragm. 213; PLATÓN, *República* 2, 8 núm. 365.

28. *Psalmi* 24, 8. 9. 12: Reproduzco en el texto, en este y en algunos otros pasajes, la traducción rigurosamente literal del hebreo hecha por el P. Joaquín M.^a PEÑUELA, S. I. con preferencia a las realizadas sobre el mismo original por J. M.^a BOVER y F. CANTERA (Madrid, en la “Biblioteca de Autores Cristianos”) y por E. NACAR y A. COLUNGA, *Sagrada Biblia* ⁴ (Madrid 1952, en la misma “Biblioteca” I), por haber sido realizada aquélla para precisar con toda exactitud el sentido y alcance de las expresiones que aquí tratan de valorarse. El texto latino de la *Vulgata*, que fué el más difundido en la época romana, dice así: “⁸ Dulcis et rectus Dominus; Propter

La propia Ley revelada se identifica con el *camino*. En el Libro de los Salmos se dice: «Bienaventurados aquellos que andan en la Ley del Señor»²⁹. Y se invoca a Dios: «Ház que entienda los caminos de tus mandamientos y pueda meditar sobre tus maravillas... Instrúyeme, oh Señor, en el camino de tus mandatos, para que del todo los cumpla... Haz que vaya por la senda de tus mandamientos, que es mi deleite»³⁰. Y el Libro de los Proverbios alaba a Dios porque «guarda la salud a los justos y protege a los que proceden simplemente siguiendo las sendas de la Justicia y guardando los caminos de los santos. Entonces comprenderás la Justicia, el juicio y la equidad y en todo la buena senda»³¹.

El pensamiento judío se precisa aún más en el cristianismo. El propio Jesucristo se señala a sí mismo como el *camino*: «Yo soy el Camino, la Verdad y la Vida»³². Y su doctrina se designa simplemente como el *camino*. Así en los *Actos de los Apóstoles* se dice de Apolo Alejandrino que «estaba bien informado del camino del Señor y con fervor de espíritu hablaba y enseñaba con exactitud lo que toca a Jesús»; o se dice que en cierta ocasión hubo «un alboroto no pequeño a propósito del camino del Señor»³³.

hoc legem dabit delinquentibus in via...⁹ Diriget mansuetos in iudicio...

¹² Quis est homo qui timet Dominum? Legem statuit ei in via quam elegit".

29. *Psalmi* 118, 1: "Beati immaculati in via, qui ambulant in lege Domini".

30. *Psalmi* 118: "²⁷ Viam iustificationum tuarum instrue me, et exercebor in mirabilibus tuis... ³⁰ Viam veritatis elegi; iudicia tua non sum oblitus... ³³ Legem pone mihi, Domine, viam iustificationum tuarum, et exquiram eam semper. ³⁴ Da mihi intellectum, et scrutabor legem tuam, et custodiam illam in toto corde meo. ³⁵ Deduc me in semita mandatorum tuorum, quia ipsam volui".

31. *Liber Proverbiorum* 2: "⁷ Custodiet rectorum salutem, et proteget gradientes simpliciter, ⁸ servans semitas iustitiae, et vias sanctorum custodiens. ⁹ Tunc intelliges iustitiam, et iudicium, et aequitatem, et omnem semitam bonam".

32. *Ioan.* 24, 3-6: "Et si abiero, et praeparavero vobis locum: iterum venio, et accipiam vos ad meipsum, ut ubi sum ego, et vos sitis. Et quo ego vado scitis, et viam scitis. Dicit ei Thomas: Domine, nescimus quo vadis: et quo modo posumus viam scire? Dicit ei Iesus: Ego sum via, et veritas, et vita. Nemo venit ad Patrem, nisi per me".

33. *Actus Apostol.* 18, 25: "Hic—Apolo Alejandrino—erat edoctus viam

Ahora bien, al hombre se ofrecen dos caminos, que ya hemos visto señaló Jeremías, y que Jesucristo contrapone: «Entrad por la puerta estrecha, porque ancha es la puerta y espaciosa la senda que lleva a la perdición...; ¡Qué estrecha es la puerta y qué angosta la senda que lleva a la vida!»³⁴. Conforme a esto, la *Didaché* comienza con estas palabras: «Dos caminos hay: el de la vida y el de la muerte», cuyo significado luego desarrolla³⁵. El camino de la vida es el camino *recto*. Así, en el Libro de los Proverbios se dice: «Te enseñé el camino de la Sabiduría y te encamino por la senda de la equidad. Dirige tus pies por la senda y todos tus caminos serán estables. No te desvíes a la derecha ni a la izquierda»³⁶. Y predica el Bautista recordando las palabras de Isaías: «Preparad el camino del Señor: haced rectas sus sendas», según la versión de san Mateo; o «dirigíos por el camino del Señor», según la de san Juan³⁷. Y san Pablo reprende a Barieso el Mago: «¿No cesarás de torcer los rectos caminos del Señor?»³⁸.

10. La Ley no es sólo un *camino* —o mejor, el Camino— recto o justo. Esto se da por supuesto dado su origen divino. Lo característico de la Ley concebida como camino, es que

Domini et fervens spiritu loquebatur, et docebat diligenter ea quae sunt Iesu”; 19, 23: “Facta est autem illo tempore turbatio non minima de via Domini”.

34. *Mt.* 7, 13-14: “Intrate per angustam portam: quia lata porta, et spatiosa via est, quae ducit ad perditionem, et multi sunt qui intrant per eam. Quam angusta porta, et arcta via est, quae ducit ad vitam: et pauci sunt qui inveniunt eam!”.

35. Véase la edición de la *Didaché*, en D. RUIZ BUENO, *Padres Apostólicos*, edición bilingüe completa, introducción, notas y versión española (Madrid 1950) 77-78 el texto griego, y 95 la antigua versión latina.

36. *Proverb.* 4: “Viam sapientiae monstrabo tibi; ducam te per semitas aequitatis...²⁶ Dirige semitam pedibus tuis, et omnes viae tuae stabiliuntur.²⁷ Ne declines ad dexteram neque ad sinistram; averte pedem tuum a malo”.

37. *Mt.* 3, 3: “Parate viam Domini, rectas facite semitas eius”, recogiendo literalmente una frase de *Isaias* 40, 4.—*Ioan.* 1, 23 alude a ella más libremente: “dirigite viam Domini”.

38. *Actus Apostol.* 13, 9-10: “Saulus autem, qui et Paulus, repletus Spiritu Sancto intuens in eum —a Barieso— dixit: O plene omni dolo et omni ei fallacia, filii diaboli, inimice omnis iustitiae, non desinis subvertere vias Domini rectas?”.

guía o *dirige*. Aparte los textos citados de los que esto se desprende, cabe recordar otros en que la idea se expresa con toda claridad, sobre todo cuando se contrastan las versiones originales con la antigua traducción latina que circuló en el mundo romano. San Juan, al citar libremente el pasaje de Isaías, no dice que se prepare o enderece el camino del Señor, sino que las gentes se *dirijan* por él. Por eso, al traducir un pasaje de los Salmos en que se dice de Dios que «encamina a los humildes», la versión vulgata dice que les *diriget*³⁹. Y san Jerónimo en su traducción de la Biblia, al calificar la conducta de quien se guía por el camino recto, emplea el verbo *dirigere* 'dirigir'; así, y en lugar de la frase original, que literalmente en los Salmos dice: «He procedido rectamente conforme a todos tus preceptos», escribe: «ad omnia mandata tua dirigebar» 'me he dirigido por todos tus preceptos'⁴⁰. Camino y Ley se identifican, en ocasiones, en la antigua traducción de los Salmos: donde el original hebreo decía de Dios que «enseña el camino a los pecadores», el texto latino dice: «dió Ley a los pecadores»⁴¹. La Ley Cristiana constituye por sí misma una guía o dirección y por ello se la designa también en los últimos tiempos del mundo romano como *derectio* 'dirección'. Como tal se designa a veces la Ley en las traducciones de los libros santos. En la versión ítala de los Salmos se habla de «mi senda y mi dirección» (*semitam meam et directionem meam*)⁴². Donde la versión

39. Véase el texto de la nota 28.

40. *Psalmi* 118, 128: "Propterea ad omnia mandata tua dirigebar; omnem viam iniquam odio habui". La traducción del Instituto Bíblico se expresa en otros términos: "Ideo omnia praecepta tua elegi mihi; omnem viam falsam odio habeo" (Cf. la edición de la *Biblia Sacra iuxta Vulgatam clementinam* de A. COLUNGA y L. TURRADO [Madrid 1953, en la "Biblioteca de Autores Cristianos" XIV], pág. 749). La traducción castellana del texto original debida a E. NACAR y A. COLUNGA, *Sagrada Biblia* [Madrid 1952, 4.ª ed., en la misma "Biblioteca" I], pág. 809, dice así: "He procedido rectamente conforme a todos tus preceptos y he odiado todo camino falso". La versión directa del original de J. M.ª BOVER y F. CANTERA, en la misma "Bibl." (Madrid 1947) I 1022 reza así: "Por eso rectamente según mandas obro, toda engañosa senda odiando".

41. Véase el texto en la nota 28.

42. *Psalmi* 138 (139), 3: Versión ítala: "semitam meam et directionem

original de Isaías habla de que «descansen en sus lechos los que siguen el camino derecho», la vulgata traduce: «descanse en su lecho el que anduvo en su dirección»⁴³. Esta dirección supone unas normas, y por eso a principios del siglo v el obispo de origen francés san Paulino de Nola escribe: «infórmanos sobre la regla de dirección»⁴⁴. No ha de extrañar, pues, que, en Francia también, se llegara a emplear *directio* en la acepción de 'Derecho', como testimonia en 1054 el Concilio de Narbona al decir que el pecador «según la clase de culpa haga *directio*, como está establecido»⁴⁵.

meam". La *Vulgata*: "semitam meam et funiculum meum investigasti". El texto hebreo (trad. NACAR y COLUNGA 817): "escudriñas mi andar y mi acostarme, investigas todos mis caminos", o (trad. BOVER y CANTERA I, 1037) "observaste mi marcha y mi reposo y reparaste en todas mis andanzas".

43. *Isaías* 57, 2 según la traducción de NACAR y COLUNGA (citada en la nota 28) pág. 999. BOVER y CANTERA 1365 traducen: "reposan en sus lechos todos los que han caminado rectamente". La *Vulgata* traduce: "requiescat in cubili suo qui ambulavit in directione sua". En *Psalmi* 98, 4 se traduce: "Tu parasti directiones; iudicium et iustitiam in Iacob tu fecisti", donde el original (trad. NACAR y COLUNGA 718) decía: "Tú estableciste las normas de la rectitud, tú hiciste en Jacob juicio y justicia" o (trad. BOVER y CANTERA 994) "¡Oh poderoso Rey que amas el derecho y las normas estableces de la equidad! Tú ejerces el derecho y la justicia dentro de Jacob".

44. PAULINO DE NOLA, *Epistolae* 2, 3 (PL 61, col. 160) escribe al presbítero Amando: "Quod ministerium ut bene ministrem, et gradum bonum mihi acquiram, et sciam qualiter oporteat me in domo Dei conversari, et tractare mysterium pietatis, tu domine venerabilis et frater et domino in Christo nobis, ora Dominum in omni bono divitem 'ut abundemus fide, et sermone, et scientia, et omni sollicitudine et insuper vestra in nos caritate, ut et in hac gratia abundetis' (II Cor. 8, 7). Praeterea ipse epistolis tuis nos saepe instrue necessariis supplementis 'enutritus enim sermonibus fidei et bonae doctrinae, quam a puero in sacris Litteris subsecutus es' (I Tim. 4, 6), informa nos *ad regulam directionis*, pasco non spirituali cibo (Deut. 8, 3), id est verbo Dei, qui est verus et vivens panis (Matth. 4, 4), et in quo magis quam in pane vivitur (Luc. 4, 4)...".

45. 1054, *Concilio de Narbona* c. 6: "Si quis autem aliter alicui aliquam iniuriam fecerit, aut damnum: in iudicio proprii episcopi, aut clericorum eiusdem, quibus idem episcopus commiserit, secundum modum culpae *directionem* faciat per iudicium aquae frigidae, aut per exsilium, sicut statutum est" (LABBEI-COSSART, ed. 1714 VIII, col. 1034).—CESARINI SFORZA, *Ius e directum* 32 indica que *directio* significa 'tendencia' a una cosa, basándose en S. AMBROSIO, *De officiis ministrorum* 3, 24: "Homo, qui secundum naturae forma-

II. Ahora bien, la palabra *directio* expresa sobre todo la acción y efecto de dirigir; no 'lo que dirige', que es precisamente lo que constituye la naturaleza de la Ley. Por la misma razón que la sinonimia de Ley y Camino hizo que una y otro se consideraran como una *directio*, en el uso vulgar, donde ya *directum* (participio de *dirigere*) expresaba 'lo dirigido', apareció el sustantivo *directum* 'lo que dirige', de análoga manera a como en latín, en infinidad de casos, con la misma voz se expresa el participio y el sustantivo: v. gr., *dictum*, 'dicho' y 'palabra, lo que se dice'; *factum*, 'hecho' y 'el hecho, lo que se hace'; *iudicatum*, 'juizado' y 'juicio'; etc. Que esta acepción se había ya generalizado a fines del siglo IV se ve en la traducción latina de los Salmos, fiel en cuanto al sentido aunque no literal⁴⁶, cuando —presente en el traductor la identificación de Ley y camino— la frase «están mis pies en tierra llana» se traduce *pes meus stetit in directo* 'mis pies están en el Derecho'⁴⁷. De esta forma, la Ley o camino —camino recto, naturalmente— como 'conjunto de normas de conducta' se designó con el sustantivo *directum*.

Si esto se debió a iniciativa del traductor —de san Jerónimo o de sus precursores— o si por el contrario éste se limitó a recoger una acepción ya divulgada en su tiempo, no lo sabemos; aunque creo más probable esto último por lo que luego se dirá.

12. Si el sustantivo *directum* en la acepción de 'ley o conjunto de normas de dirección' se hubiera empleado con más o

tus est directionem..."; pero también aquí *directio* podría entenderse como 'ley o constitución'.

46. B. ALTANER, *Patrología*, trad. de E. CUEVAS y U. DOMÍNGUEZ (Madrid 1945) 270 destaca estas características en las traducciones de San Jerónimo, a quien se debe la *Vulgata* de los Salmos.

47. *Psalmi* 25, 12. En la forma indicada en el texto lo traduce el P. PR-ÑUELA. BOVER y CANTERA, ob. cit. 911 lo vierten: "Pues que mi pie se afirma en una senda llana..." NACAR y COLUNGA, ob. cit. 752: "están mis pies en tierra firme".—El texto latino se traduce libremente en las versiones castellanas más difundidas del *Misal*: "mis pies se han dirigido siempre por el camino de la rectitud" (VILARIÑO, RAMBLA); "mis pies están firmes en el camino recto" (SÁNCHEZ RUIZ); "mi pie se mantiene en lo recto" (PRADO); "mi pie ha permanecido en el camino recto" (LEFEVRE-PRADO); etc.

menos acierto sólo en un pasaje de las Escrituras, sería difícil explicar su difusión. Pero no hay que olvidar que la identificación de Ley y camino se encuentra a cada paso en los Libros Sagrados y especialmente en el de los Salmos, cuya recitación fué constante en los primeros siglos del cristianismo, y que por ello la idea de considerar la Ley como un camino o guía de conducta debió arraigar profundamente en la sociedad.

Como tantas otras palabras o acepciones del latín eclesiástico ⁴⁸, *directum* pasó al habla vulgar y se secularizó. En el siglo v su empleo vulgar se trasluce ya en algún texto de las Escuelas de Derecho, aunque en general en éstas y en la cancillería imperial se seguía hablando siempre de *ius*. *Directum*, como adjetivo, aparece empleado frecuentemente acompañando a *ius* —*ius directum*— para expresar que el derecho sobre una cosa se adquiere de modo 'directo', sin interposición de otros actos o a través de otras personas ⁴⁹. Pero la acepción de *directum*

48. Véase Jos. SCHRIJNEN, *Le latin chrétien devenu langue commune*, en *Revue des Etudes latines* 12 (1934), 116.

49. Véase a título de ejemplo, *Fragm. Vat.* 25: "possessionem paternam... ab aliquo directi iuris emptore"; 249 § 3: "itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta".—*Epitome Gaii* 2, 7, pr. "Potest aliquis recto iure heredem instituere et rogare eum, ut hereditatem suam aut omnem aut ex parte alii per fideicommissum reddat. Nam si heredem directo iure non instituerit..."—*Consultatio* 7.^a, 2: "sed necesse est, ut ignorantia rusticitatis, vel tergiversationis iniquitas directis semper oblationibus comprimatur".—*C. Theod.* 10, 1, 2 = *Breviarium Alaricianum* Th. 10, 1, 1 (año 319): "Possessiones atque mancipia exempta fisci patrimonio quibusdam donavimus. Haec directo iure atque perpetuo absque omni quaestione volumus obtinere, poena contra rationales et magistros privatae rei atque officiales proposita, si quid contra temptaverint".—*C. Th.* 3, 8, 2 y *Brev.* = *C. Iust.* 5, 9, 3 (año 382): la viuda que contrae segundas nupcias, "quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nubtiarum sollemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legali titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae..."—*C. Th.* 5, 1, 6, 31 (año 408): "Quidquid praediorum ex tempore, quo clementiae nostrae pater iam humanam in caelestem aeternitatem mutavit, de re privata nostra vel donatum iure directo pervenire monstratur ad quamcumque personam, auferendum serenitas nostra decernit".—En el mismo sentido se emplea en *L. iud.* 2, 1, 6 Recesv.: "Ille autem res, que, seclusa omni compressionis argumentatione, directo modo transierunt in principis potestate".

como norma debía estar ya tan difundida ⁵⁰, que algún copista y el autor de la *interpretatio* al Código Theodosiano no entendieron la expresión *directa libertas*, con que en una constitución imperial se expresaba la condición del manumitido en la iglesia, y la explicaron ya como *recta libertas* o como 'libertad íntegra y plena', como la de los ciudadanos romanos, de pleno derecho ⁵¹. Esta interpretación de *directum* por *rectum* o conforme a Derecho, presupone ya la difusión de la nueva acepción de aquella voz. Por ello he supuesto antes que esta nueva acepción no fué introducida por san Jerónimo, sino que éste se limitó a recogerla para expresar más rotundamente la idea que aparecía en la versión original del Libro de los Salmos. Mas sea lo que fuere, lo cierto es que el que en todas las lenguas románicas exista una voz derivada de *directum* demuestra, sin género de dudas, que esta última poseía ya esta acepción antes de iniciarse la desmembración del Imperio ⁵².

50. Así, aparece en la traducción ítala de los *Psalmi* 19, 9: "iura directa Domini", donde la *Vulgata* dice "iustitia rectae"; y en 57, 1: "directa iudicate, filii hominum".

51. *C. Theod.* 4, 7, 1 (= *Brev.*) y *C. Iust.* 1, 13, 2 (año 321), el texto concluye: "ita ut ex die publicatae voluntatis sine aliquo iuri teste vel interprete competat directa libertas". La *interpretatio* comenta: "manebit sicut civibus romanis integra et plena libertas". Algún manuscrito corrigiendo el texto escribe "recta libertas" (Cf. el aparato crítico de las respectivas ediciones de MOMMSEN y KRÜGER).—Si en el texto de la constitución se ha querido indicar que el manumitido adquiera la libertad directa o inmediatamente, sin necesidad de otros actos —la *directa libertas* se contrapone a la *fideicommissaria libertas* en *Epitome Gaii* 2, 7, 8 (Cf. también BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* [Filadelfia 1953], pág. 438 s. v 'directus'—, resulta evidente que los comentaristas o copistas no lo han entendido así, acaso porque para ellos *directum* tiene ya otra acepción más familiar. Así, también, en *L. iud.* 2, 1, 28 Recesv.: "ubi non directus et beneplacitus est convenientie modus, sed ubi pro comprimenda iuste causantis intentione...".

52. CALASSO, *Medio evo del Diritto* I, 475 parece suponer que *directum* adquiere su acepción de 'Derecho' en los tiempos medievales.

IV. «DIRECTUM» FRENTE A «IUS»

13. Que *directum* se generalizara en el latín eclesiástico e incluso que por sintetizar la idea de 'ley o norma que dirige' se vulgarizara y con él se expresase la Ley cristiana, es comprensible y nada parece que se oponga a admitirlo como un hecho cierto. Que *directum* trascendió a la esfera secular y que con esta voz se designó la ordenación jurídica del pueblo romano, es también otro hecho comprobado. Como lo es asimismo que fuera de los círculos cultos llegó a desplazar a *ius*, término de vida multiseular y de hondo arraigo en la población romana. ¿Por qué y cómo pudo ocurrir esto? Sólo hipótesis cabe formular.

Para tratar de resolver el problema conviene considerar en él dos aspectos distintos, aunque íntimamente enlazados: por qué se extiende el nombre de *directum* al conjunto de normas que integran el Derecho romano, y por qué *directum* desplaza a *ius*. Si la peculiaridad de la Ley judío-cristiana, sin paralelo en el mundo romano, puede explicar que al operarse su introducción en éste se le diera un nombre propio, y que éste, dada la íntima relación de ley, camino y dirección, fuera el de *directum*, esto no explica que sin otra razón el mismo nombre se extendiese a la ordenación jurídica romana ya designada con el nombre específico de *ius* y mucho menos con la fuerza y el sentido de exclusión con que se impuso. Hay que pensar más bien, que, por razones que habrá que averiguar, *directum* expresaba mejor que *ius* lo que el Derecho era en la época post-clásica y que por ello se generalizó primero y desplazó más tarde a la antigua voz *ius*.

14. Se ha pensado que *directum* implicaba en sí mismo un sentido ético que no se expresaba necesariamente en *ius*. Por eso, cuando el Derecho bajo la influencia del cristianismo se impregnó de valores morales, la palabra *ius*, que carecía de expresividad para destacar este matiz, dejó de utilizarse y en su lugar se empleó *directum*, que lo realizaba ⁵³.

53. En este sentido CESARINI SFORZA, *Ius e directum* 80-86 y CALASSO, *Medio evo del Diritto* I, 475. CESARINI SFORZA reconoce (págs. 31-32) que

Pero esta hipótesis no satisface. En primer lugar, porque el *ius* romano nunca se concibió como un ordenamiento desligado de los principios morales⁵⁴. En plena época clásica el *ius* es, según dice Paulo, lo que siempre es equitativo y bueno⁵⁵. No importa que a continuación aclare que esto se da en el Derecho natural. Por la misma época, Ulpiano enumera los preceptos del Derecho, y entre ellos, en primer término, el de vivir honestamente⁵⁶. Cae fuera de este lugar el examen de las relaciones entre Moral y Derecho en el mundo romano clásico, antes de producirse la influencia cristiana en el orden jurídico. Pero después de los estudios de Schulz y Albertario⁵⁷ entre otros, no es posible desconocer la profunda influencia que los principios morales ejercieron en el Derecho romano y determinaron su evolución, en cuya virtud se abandonó la rigidez de las formulaciones primitivas para solucionar situaciones conforme a los dictados de la moral romana. Evidentemente, el Cristianismo acentuó aún más la acción de la Moral sobre el Derecho⁵⁸. Pero en cualquier caso esto no supuso una nove-

en el latín clásico *directum* no se emplea como sinónimo de 'rectum', sino más bien en su sentido material de 'relación inmediata' de una cosa o persona con otra (en este sentido se habla de *libertas directa*, *institutio directa*, etc.; véase nota 49); esta acepción subsiste en la Edad Media, cuando a las *actiones* o *vindicationes utiles* se contraponen las *directae*, o al *dominio utile* el *directum* (págs. 85-86). Pero partiendo de que a veces en la época postclásica y en la Edad Media *directum* se emplea en la acepción moral de 'rectum' (véase n. 15), insiste en atribuir (págs. 80, 88) la difusión de aquella palabra a que expresa una cualidad moral de la persona, que como *iustum* se acomoda al orden subjetivo de la justicia o de la legalidad, lo mismo que *rectitudo* (véase sobre ésta págs. 49-62, 68, 82-83).

54. Véase sobre esto E. ALBERTARIO, *Etica e Diritto nel mondo classico latino*, en sus *Studi di Diritto romano V, Storia, Metodologia, Esegesi* (Milán 1937) 3-20.

55. PAULO, en *Dig.* 1, 1, 11: "Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale".

56. ULPIANO, en *Dig.* 1, 1, 10 § 1: "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere".

57. F. SCHULZ, *Prinzipien des römische Rechts* (Munich 1934; *I principi del Diritto romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ [Florenca 1946]).

58. Véase B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano II* (Milán 1952) 44-87, 119-326.

dad en lo que se refiere a la fundamentación ética del Derecho, es decir, a la rectitud de sus normas; aunque sí lo fuera en cuanto al origen y carácter de los principios morales que la inspiraban.

Que no fué la valoración ética del ordenamiento jurídico lo que determinó que éste se designara como *directum* y no como *ius*, lo comprueba también la filología. De haber sido aquella la razón, *directum*, en la acepción de 'recto, justo', habría alcanzado gran difusión, incluso superior a la de 'conjunto de normas'. Y sin embargo, no fué así. Fueron, precisamente, las palabras *rectum* 'recto', *iustum* 'justo', *bonum* 'bueno' y *aequum* 'equitativo' las que en la época postclásica se emplearon para destacar la moralidad y sentido de justicia de una norma, y las que del latín pasaron a las lenguas románicas. Por el contrario, *directum* no dió lugar en estas lenguas a ninguna voz que expresara la rectitud o moralidad del Derecho. Las palabras *derechero*, *derechurero* o *dretero* que se encuentran en el castellano y en el catalán medieval, no derivaron de la voz latina, sino de las romances *derecho* y *drct*. Su escasa vitalidad y pronta desaparición demuestran plenamente que carecían de tradición y de arraigo. En cambio, *recto*, *justo*, *bueno* o *equitativo* en la época romana, en la medieval y en la actual, se utilizaron y se utilizan como adjetivos para destacar la adecuación del Derecho, de la ley, de la costumbre o de cualquier norma o actuación a los postulados de la Moral y de la Justicia.

Y esto es explicable, porque *directum*, como voz derivada de *dirigere*, no era la más indicada para expresar la rectitud de las normas. *Dirigere* significaba 'dirigir'; pero no implicaba que fuese precisamente en una dirección recta. Como antes se ha visto, se destacaba la existencia de un camino de vida y otro de muerte, como decían Jeremías y la *Didaché*; una senda de vida y otra de perdición, como observaba Jesucristo⁵⁹. El camino de Dios es uno, pero hay otros también aunque no sean recomendables; por eso el Libro de los Proverbios advertía que quien siguiera el camino de la Sabiduría no había de des-

59. Véanse los textos de las notas 27 y 35.

viarse a la derecha ni a la izquierda ⁶⁰. El hombre puede ser 'dirigido' *directus* —o *deductus*, como dice Jesucristo— tanto por el camino de la vida como por el de perdición ⁶¹. Y cuando el Bautista clama como voz en el desierto anunciando la venida del Mesías, repitiendo palabras de Isaías, según la versión latina, pide que se hagan *rectas* —no derechas— las sendas del Señor ⁶². Es decir, en términos absolutos la dirección no entraña la idea de rectitud; aunque la verdadera dirección sí es la recta, por eso, a veces, cuando se habla del *ius* o del *directum* se necesita emplear un adjetivo que los cualifique en el orden moral, pues no hay que olvidar que no todo lo que es lícito es honesto ⁶³.

No se quiere decir con esto que la idea de justicia o rectitud fuera extraña a *directum*; toda norma presupone un principio de justicia o de orden, que mediante ella se pretende realizar, y esto se dió también en el mundo romano como en el actual. Pero, de igual forma que hoy con las palabras *Ley*, *Decreto*, *Orden* se expresa el origen de la norma y no su justicia —sin que nadie dude por ello de que lo dispuesto sea justo—, así también *directum* expresaba algo que no era precisamente la rectitud de lo ordenado, sino la ordenación que dirige. Únicamente en los textos legales del siglo iv *directum* se emplea, como antes se ha indicado, en la acepción de 'recto' ⁶⁴. Pero no ha de olvidarse que en ellos se utiliza una palabra hasta entonces extraña al tecnicismo jurídico, que se ha formado fuera de él en las esferas eclesiásticas y de ellas ha trascendido a la sociedad. Siendo extraña a la mentalidad de los juristas romanos la idea de camino o dirección, cuando alguno de éstos acogió la palabra *directum* que tan gran difusión había alcanzado en todas partes, no conociendo su auténtica significación, la empleó como sinónima de *rectum*.

Los preceptos de Dios eran por esencia rectos; pero lo que

60. Véase la nota 36.

61. Véase la nota 34.

62. Véase la nota 37.

63. PAULO, en *Dig.* 50, 17, 144 pr.: "Non omne quod licet honestum est".

64. Véanse los textos de la nota 51.

directum expresaba concretamente era que estos preceptos indicaban al hombre el camino, la conducta que debía seguir u observar.

15. La escasa afición que los juristas romanos mostraron por las definiciones hace difícil conocer lo que ellos entendían por *ius*. Esto solo podemos lograrlo induciéndolo tanto de los textos como de la propia evolución del Derecho romano ⁶⁵.

Así, sabemos que originariamente *ius* no significó en ningún caso norma o conjunto de normas, sino que 'un acto no lesiona a otro hombre', a diferencia de *fas* que indicaba la no lesividad respecto de los dioses. La expresión tenía, pues, un alcance limitado y se refería a cada caso concreto; así, se decía que *ius est* lo que no lesiona, que *ius facit* el que actúa sin lesionar a otro, o se autorizaba un acto diciendo *ius esto*, es decir, 'no se considere lesivo'. El acto no lesivo no sólo era lícito, sino que poseía fuerza vinculante y producía efectos cuya validez se reconocía socialmente; en este sentido, poseía valor normativo, aunque en sí *ius* no significara norma.

Determinar qué era *ius* suponía un acto. Así, vemos en los textos que es *ius* lo que un ciudadano dispone sobre su patrimonio y tutela, o lo que declara en la *mancipatio* ⁶⁶. El *ius civile* es algo que se hace ⁶⁷ y por eso, al definirlo, Papiniano no lo hace atendiendo a sus caracteres propios, sino a las fuentes de

65. Entre la copiosa bibliografía referente al tema han de destacarse algunos estudios de especial valor: M. KASER, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Gotinga 1949) y *Das römische Privatrecht. I Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (Munich 1955) 20-24 y 172-74 (con amplias referencias bibliográficas, para la primitiva concepción del *ius*).—ORESTANO, *Dal ius al fas*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano* 46 (1940) 194 y sigts. Para la época clásica, F. SENN, *De la Justice et du Droit* (París 1927).

66. *Lex XII tab.* 5, 3: "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto"; 6, 1: "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasit, ita ius esto" (ed. S. RICCOBONO, *Leges* ² 43 y 57).

67. ULPIANO, en *Dig.* 1, 1, 6 pr.: "Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur."

que dimana ⁶⁸. Y de igual forma el *ius* honorario o pretorio lo caracteriza por haber sido introducido por los pretores ⁶⁹. Así, en efecto, el Derecho romano se fué fijando en sus orígenes mediante decisiones judiciales, o por la *interpretatio*, mediante la que los juristas fijaban, precisaban y desarrollaban los preceptos del *ius civile*, o por los edictos con que los pretores se esforzaban por acomodar éste a las nuevas situaciones ⁷⁰.

El Derecho romano nació y se desarrolló siempre en contacto íntimo con la realidad, lejos de toda abstracción y generalización. Suponían los juristas clásicos que el Derecho nace de la Justicia, y así —aunque con evidente error etimológico— no sólo derivaron la palabra *ius* de *iustitia*, sino que concibieron el *ius* no como un conjunto de normas inspiradas en aquélla, sino precisamente como el arte o técnica de realizar la Justicia. En una definición famosa, pero vivamente discutida y criticada en tiempos modernos, en la primera mitad del siglo II de nuestra era el jurista Celso definió el *ius* como «el arte de lo bueno y equitativo» (*ars boni et aequi*) ⁷¹. Esta definición, que moder-

68. PAPINIANO, en *Dig.* I, 1, 7 pr.: "Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit."

69. PAPINIANO, en *Dig.* I, 1, 7 § 1: "Ius praetorium est, quod praetores *introduxerunt* adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam."

70. ALBERTARIO, *Studi di Dir. rom.* V, 11 insiste en que la evolución del Derecho romano se opera principalmente a través de órganos a los que no estaba atribuída la función legislativa: por medio de intérpretes del Derecho, como eran los jurisconsultos, y de un encargado de administrar justicia, como era el pretor; completando, supliendo y corrigiendo el Derecho tradicional se formó poco a poco uno nuevo.—V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, trad. de F. PELSMAEKER (Madrid 1943) 159 observa que el jurista "tenía la misión de extraer de las antiguas costumbres, intangibles, pero vivas y fecundas, la forma y la regulación de las nuevas relaciones elevadas a la categoría de necesarias por la evolución social".

71. Véase sobre ella, con diferentes interpretaciones, SENN, *De la Justice* 33-34.—DONATI, *La definizione di Ulpiano della iurisprudencia e l'interpretazione del Vico*, en *Archivio Giuridico* 97 (1927) 31 y sigts.—ARNÓ, *Ars boni et aequi*, en *Atti della R. Accademia delle Scienze de Torino* 75 (1939-1940).—LÜBTOW, *De iustitia et iure*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung R* 66 (1948) 458 y sigts.—S. RICCOBONO, *Ius est ars boni et aequi*, en *Bulletino*

namamente parece defectuosa —porque hoy el Derecho no es un arte, y porque lo bueno no lo consideramos objeto de éste sino de la Moral—, en la época romana fué exacta y afortunada. Celso, que fué reputado como gran jurista, debió meditar sin duda antes de formularla y probablemente quedó satisfecho de ella. Tres cuartos de siglo más tarde, otro gran jurista, Ulpiano, no sólo la recogió en su libro de *Institutiones* sino que la calificó de elegante. Y todavía, más de tres siglos después, los colaboradores de Justiniano, que tan bien conocían toda la bibliografía clásica, la seleccionaron entre todas para comenzar con ella el Digesto ⁷². Ante esto, nosotros podemos pensar que tal definición no se ajusta a lo que consideramos que es el Derecho, pero hemos de aceptar que la definición fué exacta respecto de lo que el Derecho era en su tiempo. Es decir, un arte, un modo o una técnica de realizar la Justicia, de concretar en cada caso lo que de los preceptos de ésta se deducía. Esta había sido la labor realizada por los prudentes del Derecho y por eso Ulpiano pudo decir que alguien llamaba a los juristas sacerdotes, porque cultivaban la Justicia, profesaban el conocimiento de lo bueno y de lo justo, y porque su tarea consistía —he aquí su arte— en separar lo equitativo de lo inícuo, en discernir lo lícito de lo ilícito, y en buscar la verdadera filosofía ⁷³.

dell'Istituto di Diritto romano 49-50 (1948) 233 y sigts., y *La definizione del ius al tempo di Adriano*, en el mismo *Bulletino* 53-54 (1949) 5 y sigts.

72. ULPIANO, en *Dig.* 1, 1, 1 pr.: [*Ius*] est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. § 1 Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitia namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes". Se ha omitido en el lugar indicado con asterisco una interpolación de los compiladores del Digesto: Cf. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, de L. MITTEIS, E. LEVY y E. RABEL. I (Weimar 1929) col. 2. También se ha considerado interpolada la primera frase "est autem-appellatum": *Index, Supplementum* (1929) col. 1.

73. Véase el texto en la nota anterior. En este sentido, el *ius* romano puede concebirse como algo semejante al *common law* anglosajón, tal como lo describe R. POUND, *El espíritu del "common law"*, trad. por J. PUIG BRUTAU (Barcelona s. a. [1955]) 17: "En lo esencial, constituye una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas

Porque el *ius* era propiamente un arte o técnica —aunque de él emanase una ordenación—, los romanos no se regían por el *ius*, sino que 'usaban o empleaban' el *ius*. Este no rige —como rigen las *leges* o las costumbres—, sino que 'se usa' *utitur*, o 'establece' *constituit*. Así, a mediados del siglo II, Gayo comienza sus *Institutiones* diciendo que «todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio Derecho y en parte el Derecho común de todos los pueblos... Así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio Derecho y en parte al derecho común de todos los hombres»⁷⁴. De igual forma dice Ulpiano que el *ius gentium* se usa⁷⁵. Y esto, hablando del Derecho objetivo, y no del subjetivo, en cuyo caso sería perfectamente explicable hablar de su uso o ejercicio⁷⁶.

Este aspecto técnico bajo el que el *ius* se considera por los

jurídicos más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas; pero en todas partes acaba por configurar las reglas, cualquiera que sea su origen, en consonancia con sus principios, y logra que éstos se mantengan con firmeza ante poderosas tentativas dirigidas a eliminarlos o superarlos." Y luego aclara (pág. 18): "la fuerza del *common law* reside en su manera de tratar los casos concretos, mientras que la fuerza de su rival, el moderno Derecho romano, radica en el desarrollo lógico de conceptos generales". El contraste es aplicable al antiguo Derecho romano y al europeo moderno (o continental) basado en él.

74. GAYO, *Institutiones* 1, 1 (la primera parte del texto, reproducida entre [] falta en el manuscrito y se suple con *Dig.* 1, 1, 9 que lo reproduce); "[Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure *utuntur*: nam quod quis]que populus ipse sibi *ius constituit*, id ipsius proprium est vocaturque *ius civile*, quasi *ius proprium civitatis*... Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure *utitur*... 8 Omne autem *ius*, quo *utimur*, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad acciones."—Refiriéndose al derecho subjetivo, GAYO, en *Dig.* 50, 17, 55: "Nullus videtur dolo facere qui suo iure *utitur*".

75. ULPIANO, en *Dig.* 1, 1, 1 § 4: "*Ius gentium* est, quo gentes humanae *utuntur*". Unas líneas antes (§ 3) ha dicho hablando del natural, que "cetera quoque animalia, feras etiam, istius *iuris peritia censerit*".

76. Sobre el uso del derecho subjetivo, véase el texto de GAYO citado en la nota 74, y PAULO, en *Dig.* 50, 17, 155: "Non videtur vim facere, qui iure suo *utitur*". Sobre *iure uti*, véase A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de 'ius'*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario II* (Milán 1953) 282-83.

romanos —sin perjuicio, repito una vez más, de que poseyera un carácter normativo—se manifiesta también en las definiciones de las distintas fuentes del Derecho, caracterizadas no como en tiempos posteriores se hará, por sus caracteres intrínsecos o formales, sino por el modo de establecerse ⁷⁷.

Siendo varios estos modos, se comprende que no exista en Roma un *ius*, sino varios *iura*. No se trata sólo del antiguo *ius civile* y del progresivo *ius gentium*, porque, en definitiva, éste no es sino parte de aquél, como dice Marciano ⁷⁸. Es el propio Gayo el que habla de los *iura* —no del *ius*— del pueblo romano, fundados en las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos de ciertos magistrados y respuestas de los prudentes ⁷⁹. *Ius* es, en esta época, todo modo de formulación de normas. Por eso, de igual forma que Gayo considera como *iura* las establecidas por las leyes, senadoconsultos, etcétera, Pomponio identifica el *ius* con la ley, aunque a su lado distingue el *ius civile* y el *ius honorarium* ⁸⁰.

16. En la época postclásica, al no dictarse ya leyes populares, plebiscitos, senadoconsultos ni edictos de los magistrados, como *leges* se consideraron solo las constituciones imperiales que establecían un *ius novum*, que confirmaba o modificaba el

77. GAYO, *Instit.* 1, 2-7.

78. MARCIANO, en *Dig.* 1, 1, 8: "Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis".

79. GAYO, *Instit.* 1, 2: "Constant autem *iura populi Romani* ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium".—Justiniano, en *Instit.* 1, 2, 3 emplea el singular: "Constat autem *ius nostrum* aut ex scripto, aut ex non scripto... Scriptum ius est, lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, prudentium responsa".

80. POMPONIO, en *Dig.* 1, 2, 2 § 12: "Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur —lo que ha de valer—, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servantur".

ius vetum o *antiquum*, llamado también simplemente *ius*. Por *ius* se entendió, pues, el ordenamiento jurídico romano tal como se presentaba a los contemporáneos, y que después de la concesión de Caracala en el 212 ya no era privativo de los ciudadanos de Roma, sino que regía con carácter universal a todos los habitantes del Imperio. Ahora bien, este *ius* tradicional se conocía, precisamente, a través de las obras de los juristas y sobre todo de los resúmenes y refundiciones de los libros de los clásicos, redactados con miras a la práctica o a la enseñanza de las escuelas ⁸¹. En consecuencia, lo que como *ius* se expresaba era este ordenamiento jurídico enraizado en el pasado, en cuanto era refundido, concretado y dado a conocer por los juristas, y realizado por los jueces y prácticos. Es decir, aun olvidada fuera de las escuelas orientales la vieja definición de Celso, el *ius* seguía apareciendo en todas partes como una formulación que encontraba realidad merced a la técnica de los juristas. En este sentido, se hablaba más de los *iura* que del *ius*, pues con esta expresión no se aludía al ordenamiento jurídico en general, sino a su concreta formulación; y así, siendo la obra de Paulo, o las *Sententiae* a él atribuidas, la exposición de uso más común, más de una vez llegó a identificarse el *ius* con ellas ⁸². Por esto, también, en las escuelas de Derecho, sobre todo en Occidente, se estableció la distinción entre *leges* o cons-

81. Sobre los caracteres de la literatura jurídica postclásica, véanse las exposiciones generales, y la bibliografía en ellas citada, de E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del Diritto romano giustiniano* (Milán 1935) y *Oriente e Occidente nel Diritto romano del Basso Impero*, en sus *Studi VI* (1953) 385-402.—P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho privado romano*. Trad. de L. PRIETO CASTRO (Barcelona 1937) 51-57.—P. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano III-1* (Milán 1940) 191 y sigts.—ARANGIO-RUIZ, *Hist. del Der. romano* 426-27 y 434 y sigts.—F. SCHULZ, *History of Roman legal science* (Oxford 1946).—L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (Viena 1953) 530 y sigts.—KASER, *Röm. Privatrecht II* 23-31.

82. *C. Th.* 3, 13, 2 *interpr.*: “de retentionibus vero, quia hoc lex ista non evidentiter ostendit, in iure, hoc est in Pauli Sententiis sub titulo de dotibus requirendum aut certe in Pauli responsis sub titulo de re uxoria”.—*C. Th.* 3, 16, 2 *interpr.*: “propter communes vero liberos, si fuerint, ea praecipit observari, quae in iure de retentionibus statuta sunt pro numero filiorum, quod Paulus in libro responsorum dicit sub titulo de re uxoria”.

tituciones imperiales y *iura* u obras de los juristas, que alguna vez fué recogida incluso por la cancillería imperial en la segunda mitad del siglo IV y con alguna mayor frecuencia en el V, y encontró amplia aceptación en el Breviario de Alarico ⁸³.

Tal era el *ius* romano en la época postclásica; el que se estudiaba en las escuelas de Derecho, el que conocían los miembros de la cancillería imperial y el que aplicaban los jueces más competentes. Un Derecho que si comparado con el de la época clásica podía considerarse decadente y empobrecido; conservaba sin embargo su carácter técnico y en más de un aspecto superaba al anterior al dotarle de mayor agilidad y acomodarle a las nuevas corrientes de los tiempos ⁸⁴.

17. Ahora bien, al lado de este Derecho, pobre si se quiere, pero en todo caso conocido y estudiado por una minoría cada vez más reducida de juristas, y en este sentido un Derecho técnico y científico, aunque de escasa calidad, se fué desarrollando en los siglos del Bajo Imperio un auténtico *Derecho vulgar* o popular, esencialmente consuetudinario, que no fué recogido o sólo lo fué en mínima proporción por las Escuelas o los juristas, pero que sin embargo vivía intensamente en la práctica ⁸⁵. La legislación imperial, que respondía a una polí-

83. Véase en este sentido, restando importancia a la distinción, antes considerada como general y básica, el estudio de J. GAUDEMET, "*Ius*" et "*leges*", en *Iura* I (1950) 223-52.

84. WENGER, *Die Quellen* 531.

85. Desde que E. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden* (Berlín 1880) 113, para explicar la existencia de unas prácticas jurídicas en el Bajo Imperio, sin precedentes en el Derecho romano escrito, destacó el fenómeno paralelo de un latín vulgar junto a otro escrito, y consideró aquéllas como un Derecho romano vulgar, el problema de la existencia de éste ha cobrado extraordinaria importancia y ha dado origen a una copiosa bibliografía, en la que se ha tratado de orientar y centrar el problema y de investigar aspectos concretos de las instituciones. No siempre esta bibliografía ha contribuido a aclarar el problema, ni ha coincidido tampoco en sus planteamientos. Con frecuencia, se han involucrado diversas cuestiones. En realidad hay que diferenciar: a) El Derecho bizantino-romano oficial, decadente —valga la expresión— en relación con el clásico, pero que era continuación del mismo y fué desarrollado por los juristas de la corte y la legislación imperial, y que constituye el *Derecho oficial postclá-*

tica centralizadora y uniformista, se preocupó de combatir y prohibir estas prácticas, sin llegar a conseguirlo, como prueba el hecho de que en los siglos V, VI y siguientes aparezca como

sico; b) Los Derechos provinciales, idénticos en su origen y carácter al Derecho oficial que acaba de caracterizarse, del que se diferencian sólo cuantitativamente, en razón de que no todas las obras de los viejos jurisconsultos eran conocidas en todas partes y de que la mayor parte de las constituciones imperiales, por ser dirigidas a destinatarios determinados, resultaban desconocidas para la generalidad. Si en Bizancio o Berito se conocían la mayor parte de las obras de los antiguos juristas, en Roma y sobre todo en las provincias occidentales se conocía sólo alguna que otra; y si en los archivos imperiales se conservaban todas las constituciones, en los de provincias o los particulares se conocían sólo algunas. No todas las constituciones contenidas en el Código Teodosiano se conocieron en España o las Galias antes de la promulgación de éste, ni todas las opiniones o soluciones de los prudentes, recogidas luego en el Digesto, fueron conocidas. En consecuencia, difícilmente podía resultar el mismo el sistema de normas que se manejaba en la corte imperial que el que era manejado por los funcionarios, jueces y Escuelas de Derecho de las provincias. c) Los Derechos nacionales, no romanos, que regían en cada una de las provincias o regiones, bien fuese con vigencia reconocida o simplemente de hecho, y que representaban una continuidad o supervivencia de los ordenamientos jurídicos propios que habían regido en ellas antes de la dominación por Roma. Tal es el caso de los Derechos helénico-egipcio (estudiado por MITTEIS, TAUBENSCHLAG, ARANGIO-RUIZ y otros), de los de España, especialmente en las regiones nórdicas no bien romanizadas (Asturias, Cantabria, Vasconia) o del presunto Derecho vulgar itálico (destacado por BESTA y SOLMI). d) El Derecho popular, esencialmente práctico y consuetudinario, por consiguiente no siempre uniforme en todas partes, integrado por elementos muy diversos: normas puras o adaptadas (intencionada o erróneamente) del Derecho romano postclásico, del provincial y de los nacionales, costumbres nuevas, imitaciones de los bárbaros y germanos que infestaban el Imperio, corrupciones y abusos, etc. Los tres últimos Derechos —o el segundo y el último— se influyeron sin duda reiteradamente. En realidad, sólo este Derecho popular merece el calificativo de *vulgar*, aunque en la investigación más reciente éste se aplica más bien al Derecho romano provincial en cuanto fué estudiado por las Escuelas. Entre la bibliografía moderna más importante que considera el problema en su conjunto —prescindiendo de la que estudia instituciones o aspectos determinados—, puede verse: P. COLLINET, *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du Droit romain privé au Bas-Empire, essai de mise au point de la controverse*, en *Revue historique de Droit* 7 (1928) 551-83 y 8 (1929) 5-35.— E. LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung R* 49 (1929) 230-59; *Zum Wesen*

régimen normal lo que aquella prohibía⁸⁶. Este Derecho vulgar o popular no sólo vivía en la costumbre, sino que incluso los jueces lo aplicaban en lugar de las *leges* y los *iura*⁸⁷. Así

des weströmischen Vulgarrechtes, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano. Bologna 17-20 aprile 1933 Roma II* (Pavía 1934) 27 y sigts.; *Vulgarization of Roman Law in early Middle Ages*, en *Medievalia et Humanistica I* (1943) 14-40 y en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano* (suplem. 1948) 222 y sigts.; *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht* (Weimar 1956) 1-13.—E. SCHÖNBAUER, *Reichsrecht gegen Volksrecht?*, y *Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung R* 51 (1931) 277-335 y 57 (1937) 309-55, respectivamente, con referencia al edicto de Caracala, y *Das römische Recht nach 212 in ausschliesslicher Geltung?*, en *Anzeiger der Osterreichischen Akademie der Wissenschaften Phil.-hist. Klasse*, 1949 (Viena 1950) 369-89.—G. BRAGA DA CRUZ, *Direito romano vulgar occidental*, en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 25 (1949), 197-250.—A. STEINWENTER, *Zum Problem der Kontinuität zwischen antiken und mittelalterlichen Rechtsordnungen*, en *Iura* 2 (1951) 15-43.—G. CASSANDRO, *L'elemento volgare nella storia giuridica*, en *Atti del Congresso de Diritto romano e Storia del Diritto, Verona II* (1951) 381-90.—F. CALASSO, *Diritto volgare, Diritto romanzi, Diritto comune*, en los mismos *Atti de Verona II* (1951) 357-80, y *Medio evo del Diritto I*, 51-80.—B. PARADISI, *Storia del del Diritto italiano. Le fonti nel Basso Impero...* (Nápoles 1951) 129 y sigts. F. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, en *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften* (1955).—M. GARCÍA GARRIDO, *Clasicismo y vulgarismo en la historia del Derecho romano*, en *Revista de Derecho notarial* 21-22 (1958) 117-28.—M. KASER, *Das römische Privatrecht, II Die nachklassischen Entwicklungen*. (Munich 1959) 3-31.

86. El carácter casuístico de la mayor parte de la legislación imperial en los siglos IV y V plantea la duda de hasta qué punto los abusos condenados en ella pueden generalizarse y ser considerados como manifestación de un estado general de hecho. Ahora bien, cuando lo que ella prohíbe se encuentra denunciado con carácter general en otras fuentes contemporáneas (historiadores, moralistas, cánones conciliares) o regulado como situación normal en fechas posteriores, no parece que ofrezca dificultad considerarlo como dato para conocer esta situación de hecho. He destacado algunos ejemplos —la venganza de la sangre, la responsabilidad criminal colectiva, el juramento conjunto y la prenda extrajudicial— en mi estudio sobre *El carácter germánico de la Epica y del Derecho en la Edad Media española*, en *Anuario de Historia del Derecho español* 25 (1955) 629-37. No se ha intentado hasta ahora de manera expresa o sistemática el estudio de la legislación del Bajo Imperio para formar un inventario de las situaciones o prácticas condenadas por ella para relacionarlas con los datos de otras fuentes contemporáneas o posteriores.

87. *Pauli Sententiae* 5, 25, 4 (en *Breviario, Pauli* 5, 27, 3): "Iudex qui

se explica que ya a fines del siglo IV, al lado de éstos existiese un *forum* 'estilo o práctica judicial' ⁸⁸.

Este Derecho vulgar era esencialmente popular y los juristas no se preocuparon de él más que en la medida en que ciertas prácticas llegaron a introducirse en el sistema que ellos estudiaban. Evidentemente, este Derecho vulgar, como tal, nada tenía que ver con el *ius* romano estudiado en las Escuelas o establecido por las leyes; coincidiera o no con los *iura* o con las *leges*, constituía un ordenamiento distinto, no una mera serie de costumbres que pudiesen articularse en el sistema oficial dado el reconocimiento de éstas como fuente del Derecho ⁸⁹. Nunca el legislador o los juristas consideraron como *ius* estas prácticas viciosas, que suponían una corrupción o violación del *ius* romano.

Sin embargo, este Derecho popular suponía una ordenación de la vida social y su existencia se imponía como una realidad que se daba al hombre y éste encontraba establecida, sin

contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportetur". La *interpretatio* resume: "quicumque iudex oblatas sibi in iudicio leges vel iuris species audire noluerit et contra eas iudicaverit, ex hac re convictus in insulam deportetur" (ed. M. KASER y F. SCHWARZ, *Die "Interpretatio" zu den Paulussentenzen* [Graz 1956] 55).—*C. Theod.* 8, 5, 56 (a. 396): "Sufficiunt iudicum potestatibus evectiones, quas a nostra serenitate vel sede, inlustrium praefectorum necessitatibus publicis accipiunt servituras. Insignis igitur auctoritas tua statutis nostrae clementiae sibi faciendarum evectioinum usurpatam licentiam negata fuisse cognoscat. Tum namque metu praeceptum custodire oportet iudices inferiores, cum cognoverint a potioribus custodiri. Si vero posthac eadem culpa permanserit, in officium auctoritatis tuae gravi supplicio vindicabitur".—*Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (ed. BAVIERA, *Auctores*, 606, en *Fontes iurisanteiustini*. II [Florenca 1940]) 7, 2: "Dum igitur contra legum iurisque ordinem veniens iustam arbitrii ignoravit custodire mensuram...".—SALVIANO DE MARSELLA, *De gubernatione Dei* 7, 21, 13: "ecce quid valeant statuta legum..., quae illi spernunt maxime qui ministrant?"

88. *C. Theod.* 2, 1, 10 y *C. Iust.* 1, 9, 8. Véase sobre esto y el posterior desarrollo en España de un Derecho fijado por los jueces —el *forum* o 'fucro'—, A. GARCÍA-GILLO, *Aportación al estudio de los Fueros*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956) 390 y sigts.

89. G. SCHERILLO, *Sul valore della consuetudine nella Lex romana Wisigothorum*, en *Rivista di Storia del Diritto italiano* 5 (1932) 459-91.

que la fijación de las normas fuera el resultado de una operación técnica o de un arte, como en el *ius* romano. No en el *ius* —es decir, en los *iura* y en las *leges*— sino en las costumbres encontraba la sociedad del Bajo Imperio sus normas de conducta por que guiarse. Probablemente, por ello a este Derecho popular, que nada o poco tenía que ver con lo que se conocía con el nombre de *ius* en cuanto a su contenido o a su formación técnica, y que por otra parte, al cristianizarse la sociedad, había sido más influido por la Ley cristiana que los textos de los juristas clásicos, se extendió, secularizándose, el nombre de *directum*. No es, seguramente, que se tratara de diferenciar y oponer al Derecho postclásico el popular distinguiéndolos con distintos nombres. El pueblo, probablemente, llamó *directum* al Derecho que vivía, pero como éste era distinto al contenido en los *iura* y en las *leges*, la diferenciación se produjo de hecho por sí misma.

Desgraciadamente, sólo una hipótesis puede aventurarse en este punto y no es posible presentar una prueba documental. Como tantas veces ocurre en la investigación, sea en las ciencias naturales o en las del espíritu, determinados hechos presuponen necesariamente la existencia de otros, que sin embargo no está de momento comprobada. Como Le Verrier conoció la existencia de Neptuno antes de descubrirse, porque la órbita de otros astros estaba determinada por él, y como el filólogo descubre la existencia de una forma verbal, aun antes de que esté documentada, así, en este caso, nosotros sabemos que con el nombre de *directum* se designó el ordenamiento jurídico en el Bajo Imperio, aunque nos falte un texto que lo compruebe. Texto, por otra parte, que difícilmente aparecerá, porque dado el carácter popular del ordenamiento así designado y el de lengua hablada en que la palabra apareció, solo excepcionalmente pudo ser ésta recogida.

Pero ya que no un texto, diversas razones abonan la hipótesis. En primer lugar, el que todas las palabras con que en las lenguas románicas se designa el Derecho procedan etimológicamente y sin duda alguna de la latina *directum*; y el que todas ellas posean idéntica significación, lo mismo en la Penín-

sula Ibérica que en Francia, Italia o Rumanía, demuestra, sin posible discusión, que ya *directum* significaba Derecho en el siglo IV de nuestra era, y precisamente en la lengua hablada y popular de que nacieron las lenguas románicas. Que fuera el pueblo quien decía *directum* y no los juristas, que nunca recogieron la palabra, es vehemente indicio de que se refería a algo popular, que aquél conocía y que los técnicos dejaban a un lado; es decir, al Derecho popular y no al romano postclásico, que nunca vemos designado con la voz *directum* y sí con las de *leges et iura*.

V. EL DESPLAZAMIENTO DE «IUS» POR «DIRECTUM»

18. Las voces *ius* y *directum* —aquella técnica y propia de la lengua escrita y hablada, ésta vulgar y usada sólo en el habla popular— convivieron una junta a otra en los últimos tiempos de la época romana. De esto no puede haber duda, porque de la primera han quedado numerosos testimonios en los textos jurídicos y no jurídicos de aquellos siglos y de la difusión de la segunda es prueba concluyente la serie de palabras que de ella derivan en las lenguas románicas. *Ius* y *directum* convivieron, pero en esferas distintas. Nunca un jurista o un escritor cuidadoso emplearon la segunda de estas voces. Y cuando en alguna ocasión los miembros de la cancillería imperial acogieron *directum*, emplearon la voz no en su propio sentido, sino como sinónima de *rectum*. Por el contrario, *ius* que indudablemente fué dicho en un principio por el pueblo, fué cayendo en desuso hasta llegar a olvidarse, como acredita el hecho de que ningún derivado de esta palabra se encuentre en las lenguas románicas. ¿Por qué *ius* fué desplazado y cuando ocurrió esto?

Si *ius* hubiera sido palabra exclusivamente culta, y *directum* voz que no trascendió de la esfera popular, el desuso y olvido de aquella se explicaría con facilidad como consecuencia de la crisis de la literatura y de la cultura. Pero *ius* fué sin duda palabra que también el pueblo repitió con frecuencia y esto hace que haya que buscar una explicación al desuso en que fué ca-

yendo en el habla popular. Y ésta no puede ser otra que la inexpresividad de la misma; es decir, que lo que *ius* sugería no expresaba lo que el pueblo veía en el ordenamiento jurídico. A una misma cosa nos referimos frecuentemente con nombres distintos, según el aspecto bajo el que la consideramos, sin que por ello aquélla deje de ser una misma y única realidad. Así, p. ej., teniendo a la vista un libro podemos decir de él que es un impreso, una novela, una producción intelectual o simplemente una mercancía, según que en el momento queramos destacar el aspecto tipográfico, el literario, el espiritual o el comercial. Esto mismo ocurrió con el Derecho.

Ius sugería la idea de realización activa, de formulación o exposición de las normas jurídicas; el *ars* o técnica que habían destacado los jurisconsultos al definirlo y caracterizarlo, o la coordinación y exposición de las normas vigentes en las obras de los jurisperitos postclásicos. *Directum*, por el contrario, expresaba el carácter esencialmente directivo de la norma. A diferencia del técnico, el pueblo no apreciaba en el Derecho el aspecto técnico o moral de su formulación, sino su carácter ordenador. Al igual que la ley cristiana, el Derecho romano postclásico era una ordenación que el pueblo encontraba dada a él, recogida en libros como algo cristalizado. Ya no veía en el *ius*, como el antiguo romano que contemplaba el quehacer diario de los jueces, de los pretores o de los prudentes resolviendo los problemas que se planteaban, un arte o técnica; sólo veía un sistema de normas ya constituido, por el que había de regirse. Por otra parte, el *ius* era el Derecho de los juristas y de los legisladores; no el que el pueblo vivía y por el que se regía. Este debió ser designado con el nombre esencialmente popular de *directum*.

Vinculadas así las voces *ius* y *directum* a dos ordenamientos jurídicos diferentes, su suerte fué decidida por la de estos mismos. Ambos coexistieron hasta el siglo VII u VIII, en los que todavía los libros en que se contenía el Derecho romano eran objeto de estudio e inspiraban a veces la legislación. *Ius* comenzó a desaparecer en los primeros siglos de la Edad Media, cuando aquél —es decir, el contenido en los libros— cayó en

completo olvido. Entonces fué cuando la voz *directum* triunfó y se impuso, como el Derecho popular que ella designaba. Entonces, cuando de la lengua hablada pasó a la escrita y comenzó a ser recogida en los textos —a esta época pertenecen los abundantes testimonios recogidos por los filólogos— y cuando en un glosario latino de Silos, un monje cuidó de escribir: *Directum* o *Directum*, 'rectius, ordinatum': es decir, 'lo que dirige, lo ordenado'⁹⁰.

Directum tuvo que luchar ahora, al menos en España, con otras voces que se aplicaban al mismo objeto. Tal ocurrió con *forum* 'fuero', que habiendo expresado originariamente el Derecho creado por los tribunales, llegó a designar el 'Derecho' en general⁹¹, o con *usaticum* 'uso' o *consuetudo* 'costumbre', que representaban las formas más frecuentes de manifestarse el Derecho. Pero *directum* triunfó sobre ellas como expresión abstracta del ordenamiento social.

Ius volvió a cobrar nueva vida con el renacimiento del Derecho romano. Pero al vulgarizarse éste, *ius* se tradujo a las lenguas romances con la palabra *Derecho*, *dret*, etc., borrándose así su antigua diferencia. Incluso como *el Derecho* o *los Derechos* llegó a designarse, en los siglos XIII y XIV, precisamente el Derecho romano o este y el canónico, reservando para los nacionales el nombre de *fueros*, *usatges* o *costumbres*. Pero esto no prosperó y como *Derecho* fué designado al fin todo ordenamiento jurídico.

19. No sólo la voz *directum* prevaleció sobre *ius*. También el concepto que aquélla expresaba se abrió paso y triunfó sobre el que *ius* destacaba. La vieja definición de Celso, que en las Escuelas jurídicas de Oriente aún se repetía y fué recogida en el Digesto, se olvidó en Occidente. Como se olvidó toda referencia conceptual al aspecto técnico de realización del Derecho y la distinción entre *leges* y *ius* que con toda nitidez se recogía en el Breviario de Alarico⁹². San Isidoro no recoge la voz

90. Véase la nota 16.

91. Véase GARCÍA GALLO, *Aportación al estudio de los Fueros*, en *An. Historia Der. esp.* 26 (1956) 395-400.

92. En el Breviario de Alarico la *praescriptio* indica que "in hoc corpore

directum —como no recoge nada de lo que en su tiempo es vulgar y conocido por todos—, pero al definir *directus* en el libro X, en que explica una serie de palabras por mero orden alfabético, indica que «se dice así, porque camina en lo recto»⁹³, definición que recuerda la expresión del Libro de los Salmos en que *directum* aparece como sustantivo, en relación con la Ley divina. La idea que *directum* expresaba —la ordenación— fué recogida por san Isidoro de Sevilla al tratar de definir el *ius*: «*ius* es —dice— nombre genérico, *lex* es una especie de *ius*. Se llama *ius* porque es justo. Y todo *ius* se basa en leyes y costumbres»⁹⁴. Salvo la referencia a la etimología de *ius*, que procede de la época clásica, nada en la definición de san Isidoro recuerda los conceptos de los juristas. No hay pluralidad de *iura*, sino un solo *ius*, y éste no se contrapone a las *leges*. Este *ius*, que es justo, se integra por las leyes y las costumbres, equiparadas éstas en rango e importancia a aquéllas. Leyes y costumbres integran una sola ordenación, que se da al hombre —que no es hecha por éste— y que por ello no requiere ser indagada y realizada. San Isidoro, que tantas palabras define, no se ocupa de decir qué es un *iurisperitus*, *iurisconsultus* o *pru-*

continentur leges sive species iuris de Theodosiano vel de diversis libris electae...” En el *commonitorium* se razona su formación con el fin de evitar “omnis legum Romanorum et antiqui iuris obscuritas” y se prohíbe se alegue “nec aliud cuicumque aut de legibus aut de iure..., ut in foro tuo nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur”.—Cf. GAUDEMET, “*Ius*” et “*leges*”, en *Iura* I (1950) 237-38.

93. SAN ISIDORO, *Etymol.* 10, 69: “Directus, eo quod in rectum vadit”.

94. SAN ISIDORO, *Etymol.* 5, 3, 1: “Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum est. Omne autem ius legibus et moribus constat”.—Sin embargo de que san Isidoro distingue técnicamente *lex*, *mores* y *consuetudo* (véanse los textos en la nota 97), en otro lugar contrapone en general la *lex divina* a la *lex humana*, que se basa en las costumbres: 5, 2, 1: “Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant: ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent”. En estas distinciones, tan difíciles de comprender y valorar —las leyes divinas basadas en la naturaleza no parecen guardar relación con el *ius naturale* tal como él lo define (5, 4, 1) ni las leyes humanas basadas en la costumbre con el *ius civile* (5, 5, 1) ni con el *ius gentium* (5, 6, 1)—, ¿está acaso presente la doble acepción de *directum* como Ley divina y como ordenamiento consuetudinario? Es imposible resolverlo.

dens; ni de definir qué es la *iurisprudentia*. El conocimiento y ciencia que ésta suponía de lo justo y de lo injusto, para san Isidoro constituye el objeto de la Filosofía⁹⁵.

La concepción eclesiástica de la Ley, equiparada al camino y por ello rectora y ordenadora de conductas, que había determinado la acepción de *directum* como conjunto de normas, se mantuvo viva en el transcurso del tiempo. La subordinación del Derecho humano a los preceptos de la Ley divina y natural que el Cristianismo impuso, al convertir aquél en mera aplicación, desarrollo o adaptación de ésta, le atribuyó en cierto modo las calidades y fines de la última. En este sentido, ya san Isidoro destaca que las leyes se dan para refrenar a los malos con el castigo y defender a los inocentes⁹⁶; y a las leyes asimila las costumbres⁹⁷. Tres siglos más tarde, en el glosario de Silos, *directum* o *derectum* se traduce como 'lo recto, lo ordenado'. Y en unas glosas puestas en un código de mediados del siglo x, de San Millán de la Cogolla, a un sermón de san Agustín, no sólo *directum* se identifica con 'la doctrina de Cristo'⁹⁸,

95. Compárese la definición de la *iurisprudentia* de ULPIANO en *Dig.* 1, 1, 10 § 2: "Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia", con la que SAN ISIDORO, *Etymol.* 2, 24, 1 da de la Filosofía: "Philosophia est rerum humanarum divinarumque cognitio, cum studio bene vivendi coniuncta".

96. SAN ISIDORO, *Etymol.* 5, 20: "Factae sunt autem leges ut carum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas". Reproducido literalmente por Graciano en el *Decretum* I, dist. 4, c. 1.

97. SAN ISIDORO, *Etymol.* 5, 3: "2 Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 3 Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione lex consistat, quando legem ratio commendat. 4 Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu", Cf. *Decretum* pars I, dist. 1. c. 3-5: Graciano comenta de la costumbre "quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur".

98. Las glosas han sido publicadas por MENÉNDEZ PIDAL, *Orígenes del español*³. 7. El texto del código reproduce una homilía de San Agustín, que dice así: "Primum quidem decet nobis audire iustitiam, deinde intelligere, per

sino que al destacar que quienes obren conforme a la Ley quedarán justificados ante Dios, se explica 'justificarse' por 'enderezarse'⁹⁹. La vieja metáfora del camino recto que expresa el obrar conforme a Derecho, sigue viva en la Edad Media, y no sólo inspira las glosas que acaban de citarse sino que da una acepción nueva a la vieja palabra latina *tortum* 'torcido'. En otro tiempo a *ius* se había opuesto *iniuria*, a *iustum*, *iniustum*, y a *rectum*, en su acepción moral, *pravum*. Pero que *directum* no se usa sustituyendo a *rectum* en su sentido moral, sino en su acepción propia de orientar, lo comprueba que a él se oponga ahora *tortum* 'torcido'¹⁰⁰, como equivalente a 'tuerto, acto contrario al Derecho'¹⁰¹. *Hacer derecho y no hacer tuerto,*

intelligentiam fructum reddere doctrine (glosa, mutilada: "es[...]ela vel deritura")... *Non auditores legis iustificabuntur* (glosa "non se endrezarán") *apud Deum, set factores*...

99. Véase la nota anterior.

100. La idea de 'rigidez' se expresa con *directum* por CICERÓN, *Pro Q. Roscio Comm.* 2: "Quid est in iudicio? *directum*, *asperum*, *simplex*; ... *quid est in arbitrio? mite*, *moderatum*"; y por RUFINO al traducir las *Homiliae* de Basilio 5, 9: "*directum* atque *indeclinabile iudicium*" (MIGNE, *Patrol. Graec.* 36, col. 1.772). La idea de 'deformación' aparece ya en S. AGUSTÍN, *Contra Iulianum* 2, 164: "*Secundum istam non rationem, sed distortionem tuam*". Véanse otros textos en CESARINI SFORZA, *Ius e directum* 33, 67 y 74-75.

101. *Tortus* o *tortum* no aparece en el latín clásico, ni en el *Codex Theodosianus* (Cf. GRADENWITZ), ni en las fuentes jurídicas postclásicas (Cf. LEVY, *Ergänzungsindex*), ni en las *Etymologiae* de San Isidoro, ni en los Glosarios de Silos editados por GARCÍA DE DIEGO. Las referencias más antiguas datan del siglo IX (DU CANGE, *Glossarium* ed. cit. en la n. 8, VIII, 136-37 s. v. 'tortus') y son frecuentes a partir de esta época en la acepción de 'contrario al Derecho' (véase E. RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña, Contribución al estudio del latín medieval* [Barcelona 1957] 246-47, s. v. 'tortus'). La palabra pasa al romance como *tuerto* y así en el *Poema del Cid* v. 3133-34, se cuenta como Alfonso VI celebra Cortes en Toledo por el Cid, "que reciba derecho — de ifantes de Carrión. = Grande tuerto le han tenido, — sabémoslo todos nos"; luego nombra jueces "por escoger el derecho — ca tuerto non mando yo" (v. 3188). Los del Cid piden al rey: "a derecho nos valed, — a ningún tuerto no" (v. 3576). Véanse otros datos y refranes en J. COSTA, *Concepto del Derecho en la Poesía popular española*, en sus *Estudios jurídicos y políticos* (Madrid 1884) 6.— GARCÍA DE DIEGO, *Dic. etimol.* pág. 811 núm. 3528 s. v. 'intortus' y pág. 1022 núm. 6768 s. v. 'tortus' no recoge esta acepción jurídica.

son frases que se repiten constantemente en la Edad Media en su acepción jurídica.

20. Si el triunfo de *Derecho* sobre *ius* fué completo en el aspecto lingüístico y en el conceptual, no se extendió, sin embargo, a todos los órdenes. *Ius* se había referido fundamentalmente a la realización del Derecho: a su formulación y a su aplicación. Tal como el fenómeno se había dado en el mundo clásico, entre aquélla y ésta no existía una diferencia radical. Los prudentes que llevaron a cabo la *interpretatio* del *ius civile*, los pretores que anunciaban el criterio a seguir en la concesión de acciones procesales y los prudentes que respondían a las consultas que se les hacían o analizaban las soluciones en casos concretos, creaban ciertamente Derecho, pero a la vez resolvían situaciones en que éste había de aplicarse. La falta de abstracción y el realismo que tanto se han destacado en los juristas romanos, encontraban su explicación en esto. *Directum*, por el contrario, significaba el ordenamiento jurídico como tal, sin consideración a su origen o al modo de formularse. Por eso, como se ha visto, cuando el concepto de *directum* triunfó, se olvidaron, porque ya nada expresaban, las palabras que se referían al proceso creador del Derecho: a la técnica misma —el *ius*—, al técnico —el *iurisperitus*— y a la ciencia —la *iurisprudencia*.

Pero *directum* no se refería para nada ni a la fundamentación ni a la aplicación del Derecho, como *ius*. Por eso no se extendió a estos aspectos. La adecuación del ordenamiento a la Justicia, siguió caracterizándose con *iustum* o *rectum* y no prosperaron las voces *derechurero* o *dreturero*. Y así, hoy, se califica el Derecho de *justo* o *recto*, lo mismo que en Roma. De igual manera, en la aplicación del Derecho las expresiones derivadas de *ius* se mantuvieron sin dificultad y sin apenas alteración morfológica, porque en este orden no tenía repercusión el nuevo concepto de *directum*. Y así, la potestad de declarar y aplicar el Derecho siguió denominándose *iurisdictio* 'jurisdicción'; la persona o funcionario que la ejercía, *iudex* 'juez'; la función, *iudicare* 'juzgar'; y el acto o serie de actos que

tendían a la declaración del derecho en litigio, *iudicium* 'juicio'. En estas manifestaciones valorativas o activas del Derecho, lo que *directum* expresaba —el aspecto normativo—carecía de trascendencia. Por eso en ellas pervivió —en sus voces derivadas— la vieja palabra *ius*.

ALFONSO GARCÍA-GALLO

LOS MONASTERIOS DÚPLICES ESPAÑOLES EN LA ALTA EDAD MEDIA

SUMARIO

- I. EL LEGADO MONÁSTICO DE LA ESPAÑA VISIGODA.—1. *Consideraciones previas.*—2. *Las fuentes del monaquismo dúplice: A) La «tuitio» de los monasterios femeninos. B) Los monasterios irregulares de fundación privada. C) El capítulo sexto de la «Regula Communis».*
- II. EL MONAQUISMO DÚPLICE EN LA ESPAÑA CRISTIANA.—1. *La supervivencia de la tradición visigoda.*—2. *Los monasterios particulares de carácter dúplice.*—3. *El sistema pactual en los monasterios dobles.*—4. *El régimen de los dobles monasterios.*—5. *La composición de las comunidades dúplices.*

I. EL LEGADO MONÁSTICO DE LA ESPAÑA VISIGODA.

1. *Consideraciones previas.*

No es ésta la primera vez que fijamos la atención sobre el problema de los monasterios dúplices en España. Al considerar diversos aspectos de la historia de nuestras instituciones canónicas, el tema de este peculiar tipo de monaquismo se ha cruzado repetidamente en nuestro camino, aun cuando tan sólo fuera de un modo que podría calificarse de marginal. Así ocurrió al estudiar en las páginas de este ANUARIO la *Traditio corporis et animae* y la gama de vinculaciones que esta relación de *familiaritas* espiritual y temporal establecía entre las iglesias o monasterios medievales y una extensísima serie de personas de diverso sexo y condición, que a través de ella se ligaban con variable intensidad a aquellos establecimientos eclesiásticos ¹.

1. «*Traditio corporis et animae*». La «*Familiaritas*» en las Iglesias y Monasterios españoles de la Alta Edad Media, en el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XXIV, Madrid, 1954, págs. 95-277.

Más tarde, y también en este mismo ANUARIO, publicamos una monografía sobre *Los monasterios familiares en España durante la Alta Edad Media*, donde la cuestión del monaquismo dúplice volvía de nuevo a plantearse: muchos de esos monasterios de fundación particular eran también, en efecto, dúplices o mixtos por razón de la comunidad que habitaba en ellos, y que estaba constituida, en todo o en parte, por personas pertenecientes a la familia o estirpe del fundador². Finalmente, en un tercer estudio aparecido en el *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva*, abordamos directamente el tema del monaquismo dúplice, examinando en concreto los orígenes que este fenómeno tuvo en nuestra historia, las causas que determinaron su aparición en la tradición monástica española³. Al volver ahora de nuevo sobre él, conviene anticipar una precisión que servirá para delimitar el objeto de nuestra investigación: intentamos examinar el fenómeno de los monasterios dúplices en cuanto es producto típico de nuestra propia tradición monástica, ya que él es uno de los rasgos que la caracterizan y le dan su propio acento y matiz, dentro de la historia del monaquismo occidental. Por esta razón quedarán al margen de nuestro estudio ciertos brotes esporádicos y tardíos, aparecidos en nuestro solar por influencia extranjera, que responden a factores nuevos de directa inspiración ultrapirenaica y que no pueden, por lo tanto, encuadrarse dentro de aquella tradición monástica⁴.

Todavía parece oportuna una segunda puntualización, ésta de orden terminológico. Es habitual hablar indistintamente de monasterios dúplices y de monasterios mixtos y ello no parece correcto. Como advierte Leclercq, los dos vocablos no pueden manejarse por igual porque no son perfectamente sinónimos. El primer tipo de monasterios albergaba una comunidad de va-

2. *Los Monasterios familiares en España durante la Alta Edad Media*, «A.H.D.E.», XXVI, Madrid, 1956, págs. 1-46.

3. *Los orígenes del monaquismo dúplice en España*, en «Homenaje a la memoria de don Juan Moneva», Zaragoza, 1955, págs. 237-248.

4. Vid., sobre este monaquismo dúplice tardío en la Europa occidental, DOM URSMER BERLIERE, *Les monastères doubles aux XII^e et XIII^e siècles* en «Mémoires publiés par l'Académie royale de Belgique, classe de Lettres», II^e série, t. XVIII, 1924.

rones y otra femenina, colocadas ambas bajo una misma autoridad, pero netamente separadas la una de la otra ⁵. Podría, incluso, tratarse a veces de verdaderos monasterios diferenciados, aunque vecinos entre sí y anejos el uno del otro: tal sería, posiblemente, el caso de ciertas fundaciones de San Fructuoso de Braga ⁶. En los monasterios mixtos, en cambio, hombres y mujeres vivían en común y la Iglesia, como es natural, no aprobó jamás una tal clase de cenobios. Esta diversidad conceptual conviene tenerla presente desde el primer momento, aun cuando en muchas ocasiones el laconismo de las fuentes documentales hará imposible dilucidar en cada caso concreto si nos hallamos ante una comunidad de uno u otro tipo. En principio, puede pensarse con fundamento que las de carácter mixto se darían, sobre todo, en los monasterios irregulares de fundación privada y régimen más o menos gentilicio.

2. Las fuentes del monaquismo dúplice.

Al estudiar el origen del monaquismo dúplice, veíamos que, en España, no parece que pueda atribuirse a una sola fuente o raíz, sino que en su génesis coincidieron una serie de factores diversos, que actuaron a manera de concausas. Estos factores operaron activamente durante la época visigoda y su vitalidad fué bastante para informar también las vigorosas manifestaciones de este fenómeno monástico que se atestiguan en los primeros siglos de la Reconquista. Esas causas o factores las reducíamos en esencia a tres: la *tuitio* ejercida por monasterios de varones sobre comunidades de vírgenes; la aparición de numerosos monasterios familiares de fundación privada, al

5. H. LECLERCQ et J. PARGOIRE, artic. *monastère double*, en «Dictionnaire d'Archéologie Chrétienne et de Liturgie», t. XI^e, 2.^e partie, París, 1934, col. 2183.

6. SISTER FRANCES CLARE NOCK, S. C. N., A. M., *The Vita Sancti Fructuosi. Text with a translation, introduction and commentary*, «The Catholic University of America Press», Washington, D. C., 1946, págs. 146-47. Vid. «D.A.C.L.», XI, 2, col. 2182, donde se pone en guardia contra el peligro en que se incurre con frecuencia de confundir con los monasterios dobles los que fueron simplemente vecinos.

margen de la disciplina canónica y sin un régimen de observancia regular, y, por último, la singular forma de vida religiosa establecida por San Fructuoso de Braga en la *Regula Communis*, que originaría un tipo de cenobio calificado por García Villada como de «especie de ciudad monacal»⁷. Si los dos primeros factores no son desconocidos en otras regiones, sobre todo de Oriente, y fueron allí directamente determinantes de la formación de los monasterios dúplices, el tercero es peculiarmente hispánico y no se encuentran huellas de él fuera de nuestro suelo.

La legislación eclesiástica en el reino visigodo del siglo VI parece haber sido opuesta a la creación de monasterios dúplices. Un canon del concilio de Agde, reunido en el año 506, durante el reinado de Alarico II, y recibido luego en la *Hispaña*, dispone que los monasterios de vírgenes se construyan lejos de los de varones, *propter insidias diaboli aut propter obloquutiones hominum*⁸. Dentro de ese mismo siglo VI, Justiniano promulgó su legislación contra los monasterios dobles que, según observa Pérez de Urbel, debía valer también para una parte de España, la que vino a hallarse por entonces sometida a la autoridad del Imperio bizantino⁹. Las decisiones justinianas son, en efecto, reiteradamente condenatorias y prohibitivas. En una ley del año 529, recogida en el Código, se ordenaba que en el plazo perentorio de un año desaparecieran las situaciones de esta índole¹⁰. Posteriormente, varias novelas se consagran a regular restrictivamente las indispensables relaciones de las comunidades de religiosas con el mundo exterior, con los ministros encargados del culto litúrgico o los apo-

7. Z. GARCÍA VILLADA, *Historia Eclesiástica de España*, t. II, 1.^ª parte. *La Iglesia desde la invasión de los pueblos germánicos en 409 hasta la caída de la Monarquía visigoda en 711*. Madrid, 1932, pág. 310.

8. TEJADA Y RAMIRO, *Colección de Cánones de la Iglesia española*, I, Madrid, 1849, pág. 411; Concilio de Agde de 506, can. XXVIII, *III monasterium puellarum procul a monachis construatur*.

9. FRAY JUSTO PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles en la Edad Media*, II², Madrid, 1945, pág. 11.

10. *Cod.*, I, III, 43.

crisarios que cuidaban de sus intereses materiales ¹¹. Una de las novelas, de enero de 546, vuelve expresamente sobre el tema de los monasterios dúplices para reiterar su prohibición y dictar normas de inmediata aplicación práctica, con el fin de proceder a la disolución de los que todavía existían ¹².

Pero si la legislación justiniana había de resultar ineficaz en las provincias orientales próximas a la metrópoli, como lo demostró la realidad posterior, con más razón tendría que ser letra muerta en el lejano enclave español, donde su dominio no llegaría a alcanzar sino una precaria y efímera existencia. Por eso no puede extrañar que en la segunda década del siglo VII, y precisamente en tierras de la Bética, las que más directamente recibieron el influjo bizantino, aparezca la primera legislación eclesiástica que abría uno de los caminos que podrían conducir a la creación de ciertos supuestos favorables al desarrollo del monaquismo dúplice.

A) La «tuitio» de los monasterios femeninos.

En el año 619, el Concilio II de Sevilla, presidido por San Isidoro en su calidad de metropolitano de la provincia eclesiástica, acordó que los monasterios de vírgenes se sometieran a la *tuitio* espiritual y temporal de los monjes. Es probable que esta decisión no tuviera otro alcance que el de reconocimiento y regulación de una situación preexistente, pero en todo caso el canon conciliar tiene la importancia de institucionalizar aquella situación y sancionarla legalmente. La tutela de los monjes se extendía no sólo a la atención de las necesidades del espíritu sino también al cuidado y administración de los intereses materiales de las religiosas. Para velar por éstos, debía designarse a un monje probadísimo, y el Concilio estableció, además, una serie de cautelas con el fin de asegurar el mantenimiento de la debida separación entre la comunidad protectora y la protegida y rodear de garantías las relaciones entre una y otra. El monasterio de vírgenes, a cambio del beneficio de la tutela, tenía que en-

11. *Novell.*, CXXIII, 2; CXXXIII, 3 y 5.

12. *Novell.*, CXXIII, 36.

cargarse de confeccionar la vestimenta para los religiosos del cenobio protector ¹³.

Este uso introducido en la Bética se hallaba muy difundido en Oriente. San Pacomio, Bgoul, Schenoudi y el mismo San Basilio de Cesárea lo favorecieron y propagaron, persuadidos de la conveniencia de que los monasterios femeninos en el desierto se levantaran en la proximidad de uno de varones, del que pudieran recibir cuidado espiritual y hasta auxilio y defensa, si llegaba el caso. Esta vecindad podía, sin embargo, conducir —y conduciría más de una vez— a formas de unión de intensidad creciente, incluso a la conversión en un cenobio dúplice ¹⁴. Un proceso semejante se daría también en tierras españolas, y en tal sentido cabe hablar de San Isidoro como del inspirador de una ley que favorecería la difusión del monaquismo dúplice. Sousa Soares advirtió, en efecto, la aparente incongruencia que existe entre las ideas del Santo, contrarias a ese sistema, y el canon del Concilio sevillano que, evidentemente, había de fomentarlo ¹⁵. Por ello no puede sorprender que, ya con anterioridad, Hilpisch afirmase que la *tuitio* de las vírgenes por los monjes fué una de las causas típicas de la formación de los monasterios dúplices en España ¹⁶, y que Mullins considere la legislación del Sínodo hispalense como punto de partida de la bri-

13. TEJADA Y RAMIRO, *Colección de Cánones*, II, Madrid, 1861, página 673; Concilio II de Sevilla de 13 de noviembre de 619, can. XI, *De monasteriis virginum ut a monachis tueantur*.

14. LECLERQ ET PARGOIRE, «D.A.C.L.», XI, 2, col. 2182-83. MABILLON advirtió ya la analogía existente entre lo dispuesto por el canon hispalense y la regulación de las relaciones entre los monasterios de vírgenes y los de varones, tal como aparece en la vida de San Pacomio. JOHANNES MABILLON, *Annales Ordinis Sancti Benedicti*, I, Lucae, MDCXXXIX, lib. XI, núm. XXVII, pág. 287.

15. CAMA BARROS, *Historia da Administração Publica em Portugal nos séculos XII a XV*, 2.^a edição dirigida por Torcuato de Sousa Soares; t. III, Lisboa, 1946; observações, núm. XXIV, pág. 344.

16. P. S. HILPISCH, *Die Doppelklöster, Entstehung und Organisation*, «Beiträge zur Geschichte des alten Mönchtums und des Benediktinerordens», Heft 15, Münster, 1928, pág. 53. Cfr. O. ZÖCKLER, *Ascese und Mönchtum*, II, Franckfurt, 1897, pág. 378.

llante fortuna que esas fundaciones habían de conocer en nuestro suelo ¹⁷.

Nicolás Antonio adivinó la ilación existente entre el canon del Concilio isidoriano y el sistema de protección de las comunidades femeninas, instaurado en sus fundaciones monásticas por San Fructuoso de Braga ¹⁸. Esta hipótesis parece sólidamente probable y podemos estimar las noticias de la *Vita Sancti Fructuosi* y los preceptos de la *Regula Communis* como el índice de la evolución experimentada por la institución de la *twitio* en el transcurso de unos breves decenios. El contraste entre ambas situaciones resulta interesante y permite comprobar el avance experimentado en el camino hacia un régimen dúplice, como consecuencia de la aplicación práctica del sistema tutelar ¹⁹.

Frances Clare Nock escribe que en ningún lugar de la *Vita* de San Fructuoso puede encontrarse la prueba de que el Santo fundase jamás monasterios de tipo dúplice; y para respaldar su afirmación, aduce el pasaje de la *Vita* en el que se refiere cómo al empezar a agruparse una multitud de mujeres en torno a la virgen Benedicta, la primera que había seguido la senda de la perfección religiosa en pos de las huellas del Santo, Fructuoso ordenó que se construyera para ellas una casa *in alia solitudine*, según era la costumbre ²⁰. Nock reconoce, en cambio, que la *Regula Communis* contiene una serie de preceptos claramente destinados a comunidades dúplices; pero de ahí no se deduce —afirma— que Fructuoso fuera fundador de monasterios de esta clase: resulta, simplemente, que el monaquismo dúplice era

17. SISTER PATRICK JEROME MULLINS, O. P., A. M., *The spiritual life according to Saint Isidore of Sevilla*. «The Catholic University of America Press», Washington, D. C., 1940, pág. 189.

18. NICOLÁS ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Vetus*, Ed. anotada por Francisco Pérez Bayer, vol. I, Madrid, 1787, pág. 385, núm. 267, n. 1.

19. La hipótesis de Bishko, recogida por Manuel C. Díaz, de que la *Regula Communis* no pertenece a San Fructuoso, no ha sido hasta ahora razonada con argumentos suficientes para que nos decidamos a seguirla y abandonar la opinión tradicional. Vid. MANUEL C. DÍAZ, *La cultura en la España visigótica del siglo VII*, en «Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo», V, *Caratteri del secolo VII in Occidente*, tomo secondo, Spoleto, 1958, pág. 836, n. 66.

20. NOCK, *The Vita Sancti Fructuosi*, pág. 146.

un problema y una realidad viva en la España del siglo VII y que el Santo legislador visigodo al redactar su *Regula Communis*, que viene a ser una colección de ordenanzas episcopales, no pudo soslayar aquella realidad, sino que hubo de afrontarla y dictar las normas indispensables para hacerla discurrir por un cauce jurídico ²¹.

Todas estas afirmaciones, exactas en buena parte, resultan, sin embargo, demasiado simplificadoras. Por eso mismo pueden producir confusión y hacer enjuiciar defectuosamente una situación que, lejos de parecer sencilla, se nos ofrece en extremo compleja. Esa complejidad aconseja proceder con cautela y establecer las oportunas precisiones. Y la primera observación que puede arrojar alguna luz sobre el tema será la siguiente: si es cierto que la *Regula Communis* dedica una serie de capítulos a describir la situación anárquica creada por la multiplicación de monasterios irregulares de fundación privada y a procurar enmendarla, encauzando debidamente ese movimiento ascético, otros capítulos contemplan un supuesto muy distinto, el de casas religiosas regularmente constituídas, con vistas a las cuales se establece, precisamente, la norma de la *tuitio* de los monasterios femeninos por los varones. Sistema tutelar que, aunque es muy probable que se hallase ya consagrado por el uso en tiempos de San Fructuoso y no fuera—como hemos visto—de su personal invención, no es menos verdad que el Santo lo aplicó a monasterios femeninos fundados por su directa iniciativa. Y esta afirmación vale, en primer término, para el que albergó a la comunidad de mujeres reunida en torno a la virgen Benedicta.

21. *Ibid.* Téngase presente, como hace observar DOM A. MUNDÓ, que estamos en unos tiempos que era frecuente que los obispos escogieran la regla que debía seguirse en los monasterios de su jurisdicción; varios concilios les reconocieron expresamente ese derecho. Cuando dichos obispos eran monjes y poseían una cultura literaria, una de sus tareas primordiales fué el componer su propia regla. (Tal fué el caso de los obispos-monjes Leandro, Isidoro y Fructuoso. Vid. ANSCARI MUNDÓ, *Il Monachismo nella Penisola Iberica fino al sec. VII. Quaestioni ideologiche e letterarie*, en «Settimane di Studio sull'Alto Medioevo», IV *Il Monachismo nell'Alto Medioevo e la formazione della Civiltà occidentale*, Spoleto, 1957, pág. 94.

El episodio relatado en la *Vita* de la reclamación judicial interpuesta por el antiguo esposo de Benedicta sirve para que podamos contemplar el ejercicio *de facto* de la misión tutelar. Cuando se presentan en el monasterio de mujeres el *gardingo* prometido de la virgen y el *comes* designado por el Rey para juzgar el caso, es el *Praepositus virginum* quien les recibe, negocia con ellos y se ve al fin forzado a presentar a Benedicta ante el oficial real ²². Se trataba del monje, probado y virtuoso, a quien estaba confiada la cura espiritual y temporal de las religiosas, que desempeñaba con ese título de *Praepositus virginum*, perfectamente expresivo de su oficio. Y obsérvese que el cargo y la función existe, pese a tratarse de monasterios de directa fundación de San Fructuoso y estar emplazado el femenino en un lugar apartado del de varones, *in alia solitudine*..

Todo esto abona en favor de la recepción por San Fructuoso en sus fundaciones de la institución de la *tuitio* monástica, sancionada por el Concilio II de Sevilla. «Nada hay hasta aquí —escribíamos en otro lugar— que se aparte de la estricta aplicación del criterio del canon hispalense. Pero, si pasamos a examinar el texto de la Regla, podremos apreciar en seguida una primera diferencia. El Concilio había encomendado la tutela de cada monasterio a un solo monje y aunque, por lo que acabamos de ver, también en la regulación de San Fructuoso tal función compete a un *Praepositus virginum*, éste se encontraría rodeado de un pequeño grupo de compañeros, que le auxiliarían en el desempeño de su cometido» ²³. En efecto, la *Regula Communis* habla de la presencia, no ya de uno sino de algunos monjes en el monasterio femenino. Y aun en el caso de que esta Regla tuviera el carácter, que apuntaba Nock, de colección de ordenanzas episcopales, parece sumamente probable que Fructuoso, que admitió la *tuitio* en sus propias fundaciones, regulase su aplicación en éstas de acuerdo con las mismas normas que impuso quizá con carácter general a todos los monasterios

22. FLÓREZ, *España Sagrada*, XV, Madrid, 1759, apéndice IV, página 461.

23. ORLANDIS, *Los orígenes...*, pág. 240.

cuando legisló en calidad de obispo de Dumio o de metropolitano de Braga.

Según estas normas, se establece una clara distinción entre los principios que regulaban con carácter general las relaciones de los monasterios de varones y los femeninos, y las disposiciones especiales, valederas tan sólo para el pequeño grupo de monjes a quienes estaba confiada la tutela de las religiosas. El capítulo XV recoge aquellos preceptos de validez universal y ordena la total separación entre los monjes y las religiosas *quas habent tuendas*, partiendo de la prohibición absoluta de que habiten conjuntamente en una misma casa: *ut monachi cum sororibus uno Monasterio habitare non audeant* ²⁴. El solo enunciado del capítulo XVI dice bien a las claras que contempla un supuesto diverso: *Quales fratres debeant cum sororibus uno in Monasterio habitare*. Frente a la anterior prohibición general, se dan aquí las normas que han de regir la convivencia con las religiosas del pequeño grupo de monjes a quienes está encomendada la misión tutelar y que tiene su habitación en el monasterio femenino. Y, adviértase bien, ya no se trata de un monje, como disponía el Concilio de Sevilla, sino de algunos monjes, *pauci et perfecti*, que moraban de continuo en la casa, en una parte del edificio convenientemente separada del resto: *in Monasterio puellarum procul a cella monachos habitare mandamus* ²⁵.

No vamos a descender a un examen pormenorizado del contenido de esos capítulos y de las dos diferentes regulaciones que en ellos se establece, pues lo hicimos ya en otra ocasión ²⁶. Importa tan sólo sacar la conclusión que de todo lo dicho claramente se desprende: que la *tutela* monástica estuvo muy lejos de ser ajena al proceso de formación de los monasterios dúpli-

24. LUCAS HOLSTENIUS-MARIANUS BROCKIE, *Codex Regularum*, I, Augustae Vindelicorum, MDCCLIX, pág. 215-16; *Regula Communis*, cap. XV, *Qualiter Monasteria virorum ac puellarum se custodire debeant*.

25. HOLSTENIUS-BROCKIE, *Codex Regularum*, pág. 216, cap. XVI.

26. Vid. *Los orígenes...*, págs. 240-42. Cfr. también NOCK, *The Vita Sancti Fructuosi*, pág. 147, en torno al significado de la misión del *praepositus* y al tipo de relación de dependencia de las religiosas con respecto a aquél.

ces. La institución sancionada por el canon hispalense abrió cauce jurídico a un sistema de protección, pero no fué más que el punto de arranque de un camino. Los preceptos de la *Regula Communis* son buen indicio de cuanto se había avanzado por él al cabo de muy pocos años. Y el progreso fué en una dirección que conducía hacia el monaquismo doble. Que los cenobios femeninos sometidos a tutela fueran ya casas dúplices en tiempos de San Fructuoso —¿cabe hablar en ellos de unidad de régimen?—, podrá ser cuestión opinable; pero de lo que no hay duda es de que estaban en trance de llegar a serlo. Como evidente es también, en suma, que la *trinitio* fué uno de los factores que de manera directa contribuyeron a la configuración de ese sistema monástico y a su difusión en la Península Ibérica.

B) Los monasterios irregulares de fundación privada.

Pero el monaquismo dúplice obedeció también a otras causas. Una de éstas, de primordial importancia, fué la proliferación de pequeños monasterios de fundación particular, que surgieron por doquier en la España del siglo VII.

Gama Barros llamó ya la atención sobre este aspecto de la realidad social de aquel tiempo y lo relacionó con el origen de los monasterios dobles: «Ja no seculo VII —escribió— costumavan algunas persoas unir —se em corporação pelo vinculo do juramento com suas mulheres, filhos, servos e vizinhos, formando para si mosteiros em suas proprias casas, costume que S. Fructuoso Bracarense condemnava severamente no capitulo I. de su Regra. D' ahi vinha tal vez a origem dos mosteiros dúplices, cuja existencia o canon XX do concilio de Nicea de 787, prohibindo-os para o futuro, parece explicar pelo facto de familias interas renunciarem simultaneamente ao mundo»²⁷. Es muy atinada la observación de Gama Barros, aun cuando no parece, por lo que hasta ahora hemos expuesto, que se daba atribuir a los monasterios domésticos el exclusivo origen del monaquismo dúplice en nuestro suelo. Y acierta también el gran his-

27. GAMA BARROS, *Historia da Administração*, II², Lisboa, 1945, página 88.

toriador portugués al entender el canon del Concilio I de Nicea como el testimonio de que en Oriente, al igual que aquí, el movimiento de ascetismo familiar dió lugar a la creación de comunidades monásticas de carácter doble.

San Fructuoso, en el capítulo I de la *Regula Communis*, nos dejó esbozado un cuadro de negras tintas sobre la situación creada por la multiplicación de los monasterios familiares. Pero, en todo caso, sus noticias son de mucha utilidad porque reflejan un interesante aspecto de la vida real de la época. «Es —escribimos en otro lugar— la narración de un abuso, pero de un abuso que responde a una mentalidad y a un ambiente»²⁸. Algunos laicos movidos por un afán, tal vez sincero pero imprudente, de asegurar la salvación de sus almas —*ob metum gehennae*—, recurrían al singular expediente de convertir sus villas rurales en pseudomonasterios y constituir allí, con sus mujeres, hijos, siervos y vecinos, una comunidad religiosa *sui generis*, a la que los miembros se ligaban por el vínculo del juramento²⁹. Otras veces eran presbíteros los que incurrían en parecidos abusos³⁰.

Indiscreto ascetismo familiar. Es notable la analogía que existe entre la aparición de estos monasterios familiares en España y en Oriente. Pargoire ha reconstruído la historia de la erección de uno de esos cenobios bizantinos, que tal vez reproduzca con bastante aproximación el posible origen de más de una de las fundaciones visigodas contemporáneas. Unos esposos, Jorge y Theophanô, tomaron la resolución de consagrar a Dios los últimos años de su vida. Pero en vez de retirarse cada uno, como hubiera sido lo correcto, a un monasterio distinto, ciertas plaudosas consideraciones y el prurito de poder gloriarse de ser ellos mismos fundadores les decidieron a crear su propio monasterio. Eran ricos y poseían un gran latifundio, en cuyo centro estaba

28. ORLANDIS, «*Traditio corporis et animae*», ed. separata, pág. 24.

29. HOLSTENIUS-BROCKIE, *Codex Regularum*, I, pág. 208; *Regula Communis*, cap. I; *Ut nullus praesumat suo arbitrio monasteria facere nisi communem collationem consulerit, et hoc Episcopus per canones et regulam confirmaverit.*

30. *Ibid.*, pág. 209; *Regula Communis*, cap. II: *Ut presbíteri saeculares non praesumant absque Episcopo, que per Regulam vivit, aut consilio Sanctorum patrum, per villas Monasteria construere.*

la *villa*, con toda suerte de dependencias. Se hicieron las obras indispensables y pronto surgió allí un monasterio doble, cuyas comunidades estaban integradas, en gran parte, por parientes y servidores del matrimonio fundador. Jorge, convertido en el Padre Gerásimo, encabezó la comunidad de varones y Theophanô, bajo el nombre de Madre Theoctista, fué la superiora de las mujeres ³¹.

La historia de esta fundación debió repetirse muchas veces en el mundo bizantino. El Concilio II de Nicea, al tratar del problema de los monasterios dobles, señala como causa principal de su existencia la relación familiar entre los fundadores, que colectivamente deseaban abrazar la vida religiosa —*qui autem volunt cum cognatis mundo renuntiare et vitam sequi monasticam*—, y a la misma razón originaria de parentesco atribuye el fenómeno del monaquismo dúplice el diácono Ignacio, biógrafo del Patriarca San Nicéforo. Buena prueba del arraigo de estos monasterios la constituye el hecho de que el Concilio niceno de 787, aun prohibiendo su creación en el futuro, se mostró con ello más transigente de lo que había sido Justiniano: toleró que continuasen los que ya existían, a condición de que las relaciones entre las dos comunidades se atuvieran a las normas establecidas por San Basilio de Cesárea ³². Pero en Bizancio, la existencia de los monasterios dúplices se acercaba ya a su fin; estaba próxima su desaparición definitiva en los primeros años del siglo IX, como consecuencia de la enérgica acción pastoral y disciplinar del mencionado Patriarca Nicéforo de Constantinopla ³³.

En España, estas fundaciones de índole privada y familiar —*monasterios propios*, si queremos emplear una denominación

31. J. PARGOIRE, *Les monastères doubles chez les Byzantins*, en «Echos d'Orient», IX, 1906, pág. 21-25, recogido en «D.A.C.L.», columnas 2185-86.

32. HOLSTENIUS-BROCKIE, *Codex Regularum*, I, en especial, páginas 103 y sigs. Vid., particularmente, entre otras, *interrogatio* CLXXIV, CXCVII, CXCIX, CCI, etc.

33. TEJADA Y RAMIRO, *Colección*, III, pág. 825; Concilio II de Nicea, can. XX: *Non oportet deinceps ex uno duplex fieri monasterium, et de duplicibus monasteriis*. Cfr. «D.A.C.L.», col. 2187.

tan inadecuada como la de *iglesias propias*—, se sustraerían a la ley diocesana con más aparente razón que las iglesias, justamente por el hecho de estar habitadas por cierta especie de comunidad³⁴. Esa traza de vida monástica favorecía el intento de los fundadores de liberarse de la intervención episcopal y obtener las ventajas y la autonomía patrimonial que la legislación conciliar del siglo VII, tan propicia a los monasterios, reconocía generosamente a los verdaderos cenobios³⁵. Todo ello no hacía sino agravar el problema y daba pie a los excesos denunciados por San Fructuoso, inevitables muchas veces, aun en casos en que el móvil fundacional hubiera sido bien intencionado y respondiese a un impulso de sincero fervor. Estos monasterios familiares serían, además, con frecuencia, no ya dúplices sino mixtos, con todos los peligros que esa indiscriminada convivencia de varones y mujeres llevaba consigo. La oposición de San Fructuoso estaba, pues, plenamente justificada, sin que ello signifique que existan buenas razones para pensar que logró poner fin a tales abusos. Los hechos posteriores parecen probar más bien lo contrario: los monasterios familiares de carácter mixto conocieron un notable florecimiento durante la Alta Reconquista, lo que demuestra que la simiente había conseguido sobrevivir más allá de los límites temporales de la época visigoda. Pero la intervención de San Fructuoso tuvo, además, la singular virtud de abrir un nuevo cauce al ascetismo familiar, que inexorablemente había de operar en sentido también favorable al régimen del doble monaquismo³⁶.

34. El Concilio de Lérida de 546, en su canon tercero, a más de recoger la legislación restrictiva de Concilio de Agde de 506 y del I de Orleáns de 511, se refirió expresamente al caso de las fundaciones particulares hechas por laicos. TEJADA Y RAMIRO, *Colección*, II, pág. 140; Concilio de Lérida de 546, can. III: *De monachis, ut clerici ordinentur cum voluntate abbatis, et quae monasterio offeruntur non auferantur, et de basilicis quae laici facerint...* Si autem ex laicis quisquam a se facta basilicam consecrari desiderat, nequaquam sub monasterii specie, ubi congregatio non colligitur vel regula ab episcopo non constituitur, eam diocesana lege audeat segregare.»

35. ORLANDIS, *Los monasterios familiares*, ed. separata, págs. 13-15.

36. ORLANDIS, *Los orígenes...*, *ob. cit.*, pág. 14.

C) El capítulo sexto de la «Regula Communis».

El capítulo sexto de la *Regula Communis* prevé la recepción conjunta en los monasterios de familias enteras —esposo, esposa e hijos menores de siete años—. San Fructuoso, a la vez que combatía el desorden de los monasterios irregulares de fundación privada, quiso encauzar cuanto de aprovechable pudiera haber en aquella corriente de imprudente ascetismo. Los móviles que impulsaba a todo un grupo familiar a abrazar colectivamente la vida monástica podían responder a impulsos de sincero fervor; la frustración de los designios iniciales no tendría muchas veces otra causa que la misma flaqueza humana, que marchitaría aquellos nobles intentos por faltar el respaldo de las indispensables garantías. San Fructuoso deseaba apartar tales peligros, sin oponerse por principio al ascetismo familiar. El enunciado mismo del capítulo de la Regla es de por sí bastante significativo: *Qualiter debeant viri cum uxoribus ac filiis absque periculo vivere in monasterio* ³⁷.

Se trata, según parece, de un supuesto diverso del que presenta la *Vita Sancti Fructuosi* cuando describe aquel maravilloso impulso de fervor —*tanta itaque in utroque sexu almiñca florebat sanctitas*—, que impulsaba a hombres y mujeres con sus hijos e hijas a renunciar al mundo y abrazar la vida de perfección, siguiendo las huellas del Santo y de la virgen Benedicta. Allí está claro que los esposos y los hijos ingresaban como monjes en la comunidad de varones —*ut viri cum filiis suis ad Sanctam se converterent Congregationem monachorum*—, y las esposas entraban con sus hijas en el monasterio de mujeres —*matronae vero eorum cum filiabus suis Sancto se sociarent consortio pueblarum*—, en aquel monasterio que Fructuoso había construído para ellas *in alia solitudine* y que, como veíamos, estaba sujeto a la *tuitio* del cenobio del Santo ³⁸. En el supuesto previsto por la *Regula Communis* las cosas ocurren de diverso modo. Todos los miembros de la familia ingresan, al parecer, en un mismo monasterio y se someten a la única autoridad del

37. HOLSTENIUS-BROCKIE, *Codex Regularum*, I, pág. 211.

38. *España Sagrada*, XV, págs. 460-61; NOCK, *The Vita Sancti Fructuosi*, pág. 146.

Abad, a quien incumbe determinar solícitamente el régimen de vida a que estarán sujetos, los pormenores de su peculiar observancia. El monasterio atenderá a todas sus necesidades, incluso de orden material, por lo que debían abandonar cualquier preocupación por el cuidado de los bienes patrimoniales que antes poseyeran. Pero ese desprendimiento y su obediencia a la autoridad abacial no significa que se tratara de una verdadera profesión monástica. Su permanencia en el monasterio era a título de *hospites et peregrini* y la disciplina que debían guardar sería menos rígida que la de los monjes. En efecto, las normas que regulaban las relaciones que podían mantener entre sí eran más suaves que las valederas para religiosos de distinto sexo: marido y mujer, aun viviendo separados uno de otro, podían verse y hablarse con licencia del Prior, y a los niños, que también vivían aparte, bajo la custodia de un monje experimentado, se les permitía acudir junto a sus padres cuantas veces lo desearan. Estamos, en fin, ante una singular forma de vida canónica —consecuencia de la *traditio* en manos del Abad—, cuyo mayor parecido habrá que buscarlo en ciertos tipos de entrega de familiares y oblatos en monasterios de los siglos siguientes, de los cuales pudieron ser los *hospites* de la *Regula Communis* un importante y próximo precedente ³⁹.

¿Debemos concluir de todo lo dicho que San Fructuoso fuera un fautor del monaquismo dúplice? Nicolás Antonio no vacila en responder afirmativamente, en atención a los cenobios ideados por el Santo donde se recibieron familias, de acuerdo con el capítulo sexto de la Regla Común, y que no fueron, como hemos visto, los únicos que él fundó ⁴⁰. Zöckler y más recientemente Fernández Alonso, expresan una opinión semejante y coinciden en interpretar el título mismo de *Regula Communis* como la prueba de que estaba especialmente destinada a regir un monasterio de tipo dúplice ⁴¹. Pérez de Urbel se opone ro-

39. ORLANDIS, «*Traditio corporis et animae*», págs. 28-34.

40. *Biblioteca Hispana Vetustis*, I, pág. 267; Vid. MABILLON, *Annales Ordinis Sancti Benedicti*, I, 1, XIII, núms. XL-XLIII, págs. 364-65.

41. ZÖCKLER, *Ob. cit.* II, pág. 378; J. FERNÁNDEZ ALONSO, *La cura pastoral en la España romanovisigoda*, Roma, 1955, págs. 492-93.

tundamente a tal interpretación y no quiere ver en esta Regla el más ligero indicio de doble monaquismo: «El título de *Regla Común* —escribe— parecería justificar esta apreciación, pero en realidad esta Regla no se acuerda de los monasterios dúplices sino para condenarlos»⁴².

Parece evidente —como afirma Pérez de Urbel—, que el título de *Regula Communis* no puede estimarse como indicativo por sí mismo de que la Regla se destinaba a ordenar la vida monástica de comunidades de carácter doble. Pero sería temerario no querer reconocer en ella ninguna huella ni indicio de doble monaquismo. Los monasterios que la Regla condena son los de fundación privada, habitados por comunidades de índole familiar y que las más de las veces serían, no ya dobles, sino mixtos. Pero la Regla Común —como veíamos— reglamenta la *tuitio* en un sentido que fácilmente podría provocar la conversión de los cenobios protegidos en monasterios dobles. Y esa Regla Común abrió también las puertas de un mismo monasterio a familias enteras, que eran acogidas dentro de sus muros y cuyos miembros moraban allí establemente y en calidad de «huéspedes», sometidos a la autoridad de un único Abad. Una condición, la suya, perfectamente diferenciada de la monástica, según el texto de la Regla, «aunque es posible —como advertíamos en otro estudio— que la continuidad de su permanencia en el monasterio y la poca fijeza de los conceptos jurídicos llevase a confundir y unificar lo que en principio pudo estar perfectamente diferenciado»⁴³. Por todas estas razones podemos concluir que si la supervivencia de los monasterios particulares fué uno de los factores que determinaron el florecimiento del monaquismo dúplice en la Alta Reconquista, es muy probable, también, que las tradiciones inspiradas en el movimiento ascético de San Fructuoso operasen en análogo sentido y contribuyeran a producir ese mismo resultado, más allá de los límites cronológicos de la España visigoda.

42. *Los monjes españoles en la Alta Edad Media*, I, pág. 435.

43. *Los orígenes...*, *Ob. cit.*, pág. 245.

II. EL MONAQUISMO DÚPLICE EN LA ESPAÑA VISIGODA.

I. *La supervivencia de la tradición visigoda.*

La época visigoda representa un período de decisiva importancia en la historia monástica española. Como ha escrito Dom Mundó, si Italia no tuvo un monaquismo autóctono hasta los tiempos de San Benito, así faltó también en la Península Ibérica un monaquismo característico hasta que surgió como uno de los frutos del florecimiento espiritual visigótico. Este monaquismo presenta unas notas peculiares, de las cuales la más característica es el *pactum*, el contrato entre el abad y los monjes⁴⁴. Podríamos añadir que, al lado del sistema pactual, es oportuno señalar también como rasgos propios de la tradición monástica suevo-visigoda los singulares fenómenos de ascetismo familiar, reprobados y encauzados a la vez por la *Regula Communis*, y las acusadas tendencias hacia el doble monaquismo, a que hemos hecho referencia en las páginas anteriores.

La tradición monástica visigoda sobrevivió a la catástrofe que terminó con la existencia misma del Estado. Bajo el dominio musulmán, los monjes mozárabes de los cenobios cordobeses fueron —a juicio de Pérez de Urbel— «los genuinos continuadores de los monjes visigodos formados bajo la dirección de San Isidoro y San Fructuoso»⁴⁵. Los más famosos monasterios de la Córdoba musulmana eran dúplices y en las dos comunidades regidas por la autoridad de un único abad había numerosos niños, un significativo pormenor que hace pensar en la recepción conjunta de familias en el monasterio, prevista y sancionada por la Regla Común.

En los núcleos cristianos del norte de la Península, la pervivencia del sistema pactual es uno de los indicios que permite identificar la continuidad de la tradición indígena. Huellas de

44. MUNDÓ, *Il Monachesimo nella Penisola Iberica...*, en «Settimana», IV, pág. 103.

45. PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles en los tres primeros siglos de la Reconquista*, en el «Boletín de la Academia de la Historia», tomo CI, Madrid, 1932, pág. 25; también en *Los monjes españoles en la Edad Media*, II, págs. 265-66.

este régimen las encuentra Abadal en el *pacto* con que se inicia en 807 la fundación del monasterio de Gerri y posiblemente en la carta de comunidad de Sant Esteve de Servás, del año 833. Se trata de monasterios de la Cataluña carolingia donde esa tradición visigoda, tras de sobrevivir un siglo al final del Reino gótico, iba a desvanecerse muy pronto bajo la creciente presión de las influencias benedictinas procedentes de más allá del Pirineo ⁴⁶. Pero si en el nordeste de la Península la Regla de San Benito suplantó pronto al monaquismo de estirpe visigoda, éste persistió de un modo mucho más perdurable en los otros territorios libres de la España cristiana.

La recepción de la Regla benedictina no significó, en modo alguno, la desaparición del régimen monástico dúplice. En efecto —como escribe Dom Schmitz, el historiador de la Orden de San Benito—, fueron innumerables los monasterios dobles que existieron bajo esta Regla y en las cuales las religiosas se hallaban sometidas, tanto en el aspecto económico como en el disciplinar, a la autoridad del Superior de la comunidad de varones, que gozaba sobre ellas de la *potestas paterna* y de jurisdicción plena ⁴⁷. Sin embargo, el excepcional éxito del monaquismo dúplice en la Alta Reconquista se dió, sobre todo, en territorios y ambientes no afectados todavía por las corrientes ascéticas preponderantes en el Occidente europeo, sino empapados de las tradiciones monásticas visigodas, lo que no empece a que ese régimen persistiera cuando la Regla de San Benito consigue penetrar en ellas y obtener, por fin, un predominio indiscutido.

2. Los monasterios particulares de carácter dúplice.

Ya Ambrosio de Morales —y su testimonio es invocado por Julio Puyol—, al historiar la época de Ordoño I, hacía obser-

46. RAMÓN D'ABADAL, *Catalunya Carolingia*, vol. III. *El comtats de Pallars i Ribagorça*. Primera part, Barcelona, 1955 pags. 208-209. Cfr. en la segunda parte del mismo volumen, pág. 280, doc. núm. 1, de 20 de junio de 807, fundación de Gerri; pág. 284, doc. núm. 9, de Sant Esteve de Servás, de noviembre de 833.

47. DOM PHILIBERT SCHMITZ: *Histoire de l'Ordre de Saint Benoit*, I, Maredsous, 1942, págs. 299-300.

var que la mayor parte de los monasterios de entonces eran de carácter dúplice ⁴⁸. No tiene esta observación valor episódico o circunstancial, sino que refleja lo que fué la tónica dominante durante varios siglos. Por eso escribe Sánchez Albornoz que los monasterios dúplices alcanzaron «gran difusión y larga vida en el reino asturleonés» y que conforme a este régimen se fundaron «las más célebres comunidades religiosas del país», Guimáraes, Sobrado, Piasca, Covarrubias, Aguilar y tantas otras ⁴⁹.

Es bien sabido el procedimiento por el que surgió un sinfín de monasterios de creación particular que contribuyeron muy eficazmente a la repoblación y puesta en cultivo de las tierras reconquistadas. Sánchez Albornoz, también resume en breves y gráficas palabras unos hechos que debieron reiterarse una y otra vez. «Un presbítero, un abad, un hombre temeroso de Dios o una mujer piadosa levantaban en su heredad una iglesia en honor de un santo, construían junto a ella un claustro, atraían a sí algunos «gasalianes» o compañeros, dótaban al cenobio con sus bienes y la nueva comunidad religiosa iniciaba una nueva vida de oración y trabajo» ⁵⁰. Estos monasterios, que en muchas ocasiones no pasaron de tener una vida efímera, pero que otras veces alcanzaron dilatada y próspera existencia, recuerdan por las circunstancias que rodean sus orígenes a aquellos monasterios irregulares condenados por San Fructuoso de Braga. Su vigoroso auge en la España cristiana es buena prueba de que la semilla no se había extinguido del todo en la época

48. AMBROSIO DE MORALES, *La Coronica General de España*, Alcalá, 1574-86, lib. XIV, cap. I; JULIO PUYOL, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, «Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», tomo XII, Madrid, 1926, págs. 110-11.

49. CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Serie de documentos inéditos del Reino de Asturias*, en «Cuadernos de Historia de España», I-II, Buenos Aires, 1944, pág. 317; Vid. también, *Una ciudad hispano-cristiana hace un milenio. Estampas de la vida en León*, Buenos Aires, 1947, pág. 155, nota 49.

50. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Serie de documentos*, «Cuadernos» I-II, páginas 318-19; Cfr. ORLANDIS, *Los monasterios familiares...*, pág. 19 y siguientes, el apartado que lleva el epígrafe «La fundación de monasterios particulares».

visigoda y que la realidad social y espiritual de los primeros tiempos de la Reconquista fué clima propicio para que se desarrollase y alcanzara un renovado florecimiento.

Estos monasterios particulares, como ocurría ya con los visigodos, fueron muchas veces dúplices y, probablemente, también de carácter mixto. La pequeña comunidad regida en 917 por el presbítero Alarico, estaba compuesta por una hermana suya, Eilo, y tres compañeros; un hermano y su hermana, más otra mujer, integraban en 981 la comunidad presidida por la abadesa Argelo; y un *frater* y una *soror* formaban la reducida grey del presbítero Morellus y habitaban un pequeño monasterio que, al igual que los dos anteriores, se incorporó a la abadía de Cardeña ⁵¹. El cenobio del presbítero Saturnino no contaba con más moradores que su hermano Salvador y la mujer de éste, Columba, cuando, en 1063, se agregaba también a San Millán ⁵².

Estemos viendo que las personas que formaban esas pequeñas comunidades que se incorporaron a más importantes monasterios se hallaban con frecuencia emparentadas entre sí. Es

51. LUCIANO SERRANO, *Becerro Gótico de Cardeña*, Valladolid, 1910, página 309, doc. núm. CCXCVII, de 13 de noviembre de 917; «Ego Alaricus presbiter et germana domna Eilo deovota, sive et omnes fratres nostros, id est. Andulfus et Obeco et Justo Moratyni tibi domno et patri nostro Damiano sive et omni congregatione qui sunt in Sancto Petro Karadignensi... tradimus primo in manibus tuis corda et corpora nostra; exinde omnia facultate nostra...» pág. 144, doc. núm. CXXXI de 1 de diciembre de 981: «Hec est series testamenti quam facere voluimus ego Argelo abbatissa simulque germanis frater Valero et Onneca conversa necnon et Todildi...»; sigue la entrega a Cardeña con su «ecclesia Sancti Cipriani»; pág. 275, doc. núm. CCLVIII, de 20 de diciembre de 1066: «Ego Morellus una pariter cum Jhoannes frater et Maria soror... tradimos corpus et anime proprium; deinde domus nostra corte cum duos corrales et intus ecclesie Sancte Marie Virginis...».

52. SERRANO, *Cartulario de San Millán de la Cogolla*, Madrid, 1930; pág. 185, doc. núm. 177, de 29 de abril de 1063: «Ego igitur Saturninus presbiter et frater meus Salvator Sarraciniz et uxor eius Columba tradimus nosmetipsos ad arcisterium sanctissimi patroni Emiliani presbiteri... cum facultatibus quas Dominus nobis benigne largitus est id est, cum proprio monasterio cui vocabulum dicitur S. Emiliani de Foio, quem ego in mei patrimonii hereditate fundavi in propriis solaribus...».

éste un dato que parece muy significativo y nos sugiere nuevas analogías entre los cenobios irregulares visigodos y estos monasterios de fundación particular de la Alta Edad Media. En unos y otros percibimos la raíz familiar de sus orígenes y, a veces, también, de su pervivencia. Estos aspectos los examinamos especialmente en nuestro estudio sobre los monasterios familiares ⁵³, por lo que ahora nos interesa, tan sólo, insistir sobre uno de ellos: el de su carácter dúplice o mixto. En efecto, la duplicidad monástica es, a veces, la consecuencia de la naturaleza «doble» del grupo familiar fundador, integrado por varones y mujeres, o de la previsión de que todos los miembros del linaje, de uno y otro sexo, pudieran en el futuro tener cabida en el monasterio. La erección, a mediados del siglo x, del dedicado a los Santos Justo, Pastor y Pelayo, *sub castellum Eburi*, es un caso representativo: un hermano y una hermana se asocian para iniciar la empresa; él, Juan, abandonó con tal propósito el monasterio de Kaozolos y ella salió de uno de mujeres; su primer compañero fué un pariente llamado Julián y luego se les adhirieron otras personas, un presbítero, una mujer y alguno más, que constituyeron la reducida comunidad del cenobio dúplice o mixto; un cenobio, por cierto, que tuvo una vida independiente muy corta, pues sus moradores, mudando de parecer, lo incorporaron en 967 al monasterio de Kaozolos, de donde había salido el hermano fundador y se sometieron a la autoridad del abad Taurino y de sus sucesores ⁵⁴. Un siglo más tarde y en la región burgalesa, otra iniciativa semejante partía, también, de un grupo familiar formado por dos hermanos y una hermana, que fundaron el monasterio de San Miguel Arcángel y constituyeron su primera comunidad ⁵⁵.

Otras veces los fundadores dispusieron que sus monasterios estuvieran abiertos siempre a su parentela presente y futura de

53. Vid especialmente, págs. 22-25.

54. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Madrid, 1945, pág. 1204: doc. núm. 370, de 30 de diciembre de 967.

55. SERRANO, *El Obispado de Burgos y Castilla primitiva desde el siglo v al XIII*, III, Madrid, 1936, pág. 78: doc. núm. 32, de 8 de diciembre de 1088.

uno y otro sexo. Así el de Lordosa, fundado en 882 por Muzara y Zamora, que lo dotaron con numerosas propiedades *pro uincto atque uestimentum monagus et fratres et sirores et propinquis nostris*, y el de Santa Eulalia de Curtis, propiedad familiar del obispo de Iria, Pedro que lo reconstruyó y dotó «para los hermanos que perseverasen allí en una vida santa y para las hermanas de nuestra progenie... sin excluir tampoco al extraño que no tenga nuestra sangre»⁵⁶. Y conocemos también monasterios dúplices o mixtos donde la nota gentilicia se manifiesta en la sucesión en el cargo abacial de persona perteneciente a la estirpe del fundador, como sucedió en otros varios antiguos cenobios gallegos: el de Barreto, a orillas del Miño, que, *una cum fratribus et sororibus*, erigió cierto abad Senior, al que siguieron en el gobierno su sobrino Bellarifonso y, al morir éste, su otro sobrino Astrulfo, que es quien lo regía en el año 842⁵⁷; o el de Santa María de Mezono, fundado en 870 por el abad Reterico, en unión de dos sobrinos y una sobrina, y en el que durante casi un siglo puede seguirse la sucesión de abades de la familia en el gobierno de una comunidad integrada, también, por renovadas generaciones de sobrinas y sobrinos⁵⁸.

56. *Portugaliae Monumenta Historica, Diplomata et Chartae*, I, Olisipone, MDCCCLXVII, pág. 6: doc. de 882, de fundación del monasterio de Lordosa. FLÓREZ, *España Sagrada*, XIX, pág. 336: doc. de restauración y dotación del monasterio de Santa Eulalia de Curtis, de 995. Cfr. PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles en la Edad Media*, II, páginas 316-17.

57. EMILIO SÁEZ, *Colección diplomática del monasterio de Celanova*, (en preparación), fol. 74 v. 1.^a col. —75 r., 2.^a col., doc. núm. 1, de 24 de enero de 842. El documento fué publicado por RISCO, *España Sagrada*, XL, págs. 381-82.

58. ANTONIO LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela*, II, Santiago, 1899, ap., pág. 151, doc. número LXVI, de 30 de marzo de 955: el abad Gundesindo dona, a cambio de otras, al obispo Sisnando y a su padre Hermenegildo la iglesia de Santa María de Mezonzo y hace una breve historia de ella. Alfonso III (vid., doc. núm. VIII, de 17 de septiembre de 870, en la pág. 18) hizo entrega de la villa de Mezonzo al abad Reterico, para que hiciera en ella un monasterio, como, en efecto, lo hizo. «Postea aduenit ei vo-

3. *El régimen pactual en los monasterios dobles.*

En el siglo de historia del monasterio de Mezonzo a que acabamos de referirnos, la designación de nuevos abades iba acompañada de la estipulación del *pactum* entre ellos y la comunidad que iban a regir⁵⁹. Se nos ha conservado incluso el texto de uno de los pactos, el que se establece a raíz de la elección de Fulcaredo, primer sucesor del abad fundador, Reterico⁶⁰. Esto indica que el sistema pactual fué asimilado por el

luntas ut faceret exinde ipse reterigus abbas scripturam firmitatis ad subrinos suos nominibus fulcaredus et petrus presbiteri seu et berilli deuota sicut et fecit...» Muerto Reterico, la historia sigue su curso en aquel monasterio familiar: «Denique fecerunt ibidem cenobium monasterii idemque subrinis de ipso fulcaredo abba uel de petro presbytero ei subter adnotati et elegerunt ipsum fulcaredum abbatem, tradiderunt se ei per pactum regule quod presenti paret. Defunctusque ipse fulcaredus abba et frater eius Petrus presbyter reliquerunt eam ad suprinos uel fratres suos atque sorores, secundum in pactum resonant... et stantes in ipsum iam prefatum locum absque abbate qui illorum erat progenie et nepeligerent sibi ipsos uimaram abbatem qui illorum erat progenie et nepus ipsius reterici abbatis. Et iterum ipse uimara abbas, fecit suum pactum in eius nomine et tradiderunt se ei et omnia illorum secundum eis regula docuit et in eorum testamentum resonat, et fuerunt omnes e seculo migrati in eius iure et reliquerunt ei omnia sua secundum pactum rourauerunt. Defunctus uero ipse uimara abbas, reliquit ipsam uillam et ipsam ecclesiam simul et pactos atque testamentos et cartas uel omnia sua possidenda ad suprinum suum gundesindum abbatem...». Este Gundesindo es el que otorga la presente escritura.

59. Vid. doc. contenido en la nota anterior.

60. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Iglesia de Santiago*, II, Ap.; doc. núm. IX, de 5 de junio de 871: «Nos omnes fratres et sorores qui subter scripturi uel signa facturi sumus pactum simul et placitum deo et patri nostro fulgaredus abbati et petri presbyteri qualiter modo et deinceps sub regula abtúa (?) et sanctorum patrum exempla tua simus obedientes imperio pro salute animarum nostrarum, qualiter juste et pie et caste et sobrie uiuamus in hoc seculo amen...». Sigue el texto del pacto y al final la relación de los que suscriben: Pedro, presbítero; Unila, presbítero; Heldefonso, presbítero; Holonio, presbítero; Sesemiro, diácono; Senderica, deovota; Recesindo, diácono; Aliberta, deovota; Ermildo, diácono; Terenciano, presbítero; Gendo, presbítero; Visterla, diácono; Ageredi, diácono, Gundesindo, diácono; Geodeverto, diácono; Sisnando, diácono, y Iubando, presbítero.

monaquismo dúplice, sin excluir siquiera aquellos cenobios que, a más de dobles, eran también de índole familiar. Los pactos monásticos constituyen, como recordamos antes, uno de los rasgos más peculiares del monaquismo autóctono hispano, de tradición suevo-visigoda. Dom Herwegen consagró a su estudio una monografía publicada a principios de siglo, que se ha hecho clásica, y en la que recogió varios pactos de monasterios altomedievales, redactados según diversos formularios que él estima derivados del modelo típico que figura como apéndice a la *Regula Communis* de San Fructuoso de Braga ⁶¹. Bišhko, en fecha mucho más reciente, amplió sobremanera la base documental de Herwegen, utilizando para su investigación un número notablemente mayor de pactos de monasterios castellano-leoneses, pero aceptando los criterios de clasificación en series propuestos por Herwegen ⁶². Ultimamente Dom Mundó expresa la opinión de que una de las series de pactos no procede del común origen fructuosiano ⁶³. Este tipo de índole más espiritual y templada, sería como había pensado ya Mabillon, de factura isidoriana y tendría por autor al Santo Metropolitano de Sevilla, que lo habría compuesto para que rigiera en el monasterio Honoriacense ⁶⁴.

En cualquier caso, el régimen pactual es indicio cierto de continuidad de la tradición monástica visigoda, tanto si se estima de-

61. HILDEFONS HERWEGEN, *Das Pactum des Hl. Fructuosus von Braga*, «Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Ulrich Stutz», 40 Heft, Stuttgart, 1907. El texto del pacto de San Fructuoso puede verse en Holstenius-Brockie, *Codex Regularum*, I, págs. 218-19.

62. CHARLES JULIAN BISHKO, *Gallegan pactual monasticism in the repopulation of Castile*, en «Estudios dedicados a Menéndez Pidal», II, Madrid, 1951, págs. 513-31, especialmente, págs. 526 y sigs.

63. MUNDÓ, *Il Monachesimo nella Penisola Iberica...*, «Settimane», IV, págs. 104-6.

64. MABILLON, *Annales Ordinis Sancti Benedicti*, L. XII, número XLII, págs. 331-32: tras de estudiar la Regla de San Isidoro, dada por éste para el monasterio Honoriacense, termina con estas palabras: «In codice Lirinensi vetustissimo huic regulae praemittitur pactum quod monachi illius monasterii abbati suo faciebant in haec verba...»; a continuación inserta el texto de pacto cuyo origen isidoriano reivindica ahora nuevamente Mundó.

rivación exclusiva de la legislación del Santo bracarense, como si se admite que también San Isidoro lo aplicó a monasterios que vivían bajo su regla. ¿Para qué tipo de monasterios redactó Fructuoso el pacto que lleva su nombre? García Villada es de la opinión de que el Santo contemplaba concretamente a los cenobios descritos en la *Regula Communis*, donde se recibían familias enteras y que constituían según sus palabras, «una especie de ciudad monacal»⁶⁵. Esas casas religiosas, en fin, que, si no de derecho, por lo menos de hecho, se asemejaban mucho a los monasterios dúplices. Herwegen, en cambio, se muestra de contrario parecer: al estudiar el pacto de Savárico, de clara ascendencia fructuosiana, no quiere admitir el carácter dúplice de la comunidad que lo suscribe y que había sido puesto de relieve por su primer editor, Nicolás Antonio⁶⁶. Herwegen utiliza la edición de Ewald y da la impresión de que quiere deducir de las correcciones introducidas a la lectura de Nicolás Antonio la prueba de la inexistencia de monasterios dúplices en España⁶⁷.

65. *Historia Eclesiástica*, II, pág. 310; en la pág. 311 añade: «Para esta clase de monjes cuadra mejor que para ninguna otra el pacto de San Fructuoso antes examinado, pues en él se salvaguardan de una manera explícita los derechos de los súbditos a obtener la libertad en determinadas condiciones».

66. NICOLÁS ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Vetus*, I, págs. 385-86, núm. 267, n. 1. A continuación de transcribir el pacto de Savárico, añade: «Suscribunt autem huic pacto bini supra octoginta in quibus. «Allostus Presbyter: Manuel Confessor: Sarra (f. Sarracenus) Presbyter: ...ntudiyus Presbyter et Confessor: Bretus Diaconus: Recesindus abba: Fundilani subdiaconus» reliqui monachi atque inter eos: «Leobille monacha: Eras monacha; et paulo inferius: Tecdildi manu mea monacha: Froils manu mea monacha: Euaeza manu mea monacha: Sontrildi manu mea monacha: Adosinda cum filia mea Fñe maria ubi nos trademus cum omne nostra facultate monache».

67. La nueva edición del pacto de Savárico fué publicada por PAUL EWALD, *Reise nach Spanien im Winter von 1878 auf 1879*, en «Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde», VI, 1881, págs. 227 y sigs. La edición de EWALD difiere de la de NICOLÁS ANTONIO en que tras algunos nombres de suscriptores del pacto, donde el editor español añadía *manu mea monacha*, EWALD transcribe solamente *manu mea*. HERWEGEN—*Das Pactum*, pág. 5— piensa que EWALD, por descono-

Es un error el empeño de Herwegen en negar carácter doble a la comunidad regida por el abad Savárico. Muchos de los nombres de las personas que suscriben el pacto, según la propia edición de Ewald, son indudablemente nombres femeninos y aportan la evidencia de la naturaleza dúplice de aquel cenobio. Por otra parte, la existencia —abundante existencia— de monasterios dobles en la época de la Reconquista es una realidad histórica tan patente, que para demostrarla pueden aducirse, no uno, sino docenas de testimonios. Y numerosos son, también, los documentos suscritos por hombres y mujeres que atestiguan la vigencia del sistema pactuai en bastantes monasterios de indudable carácter dúplice.

El viejísimo pacto de Aguas Calidas, del año 790, nos da a conocer la constitución de la comunidad gobernada por el abad Alvaro. Se trata, pese a la época remota, de una comunidad más nutrida que la de muchas exiguas fundaciones particulares. Junto a cinco varones, dos de ellos presbíteros, formaban parte de ella hasta una docena de mujeres, cuyos nombres se relacionan en el documento ⁶⁸. El pacto de San Pedro y San Pablo

cer la edición española, no pudo darse cuenta de la importancia que encerraba su mejor lectura del documento, pues suponía nada menos que privar a NICOLÁS ANTONIO de su principal argumento para demostrar la existencia de monasterios dúplices en España: «Antonio las nämlich bei den Unterschriften mehrfach für «manu mea»: manu mea monacha», fand somit hier Mönche und Nonnen in bunter Reihe und konstruierte daraus ein «zwingendes» Argument für die Existenz von Doppelklöstern in Spanien». Pero en la misma transcripción de EWALD—y dejando al margen la incorrección de NICOLÁS ANTONIO de añadir a algunas firmas el término «monacha»—, parece incuestionable el carácter femenino de varios de los nombres de firmantes del pacto de Savárico: Leobilli, Luziana, Eras, Gota, Teodildi, aña Teodildi, Maia, Froilo, Evaeza, Sonttrildi.

68. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. 1, págs. 1.036-37; doc. núm. 3, de 1 de enero de 790: «Ego Alvaro una cum fratribus meis, id est, habitantes in Aguas Calidas locum, facimus, abrenuntiationem, qui sumus prenominati, id est, Flainus, Petronius presbiter, Simpronius presbiter, Egliga, Fioncius, ita et mulieres, id est, Recesinda, Roilo, Severa, Clarisima, Lavinia, Pompedia, Flavina, Andeleo, Wasca, Aulia, Flaina, sic abrenunciamus abbati nostro domino Albaroni...»; siguen las cláusulas del pacto.

de Nauroba —no mucho más reciente que el anterior— se estipuló el 28 de febrero de 818 entre el abad Argilego y una comunidad compuesta por siete hombres y cinco mujeres ⁶⁹. El pacto del monasterio gentilicio de Santa María de Mezonzo, fechado el 5 de junio de 871, al que hemos hecho antes referencia, nos presenta como una comunidad de fuerte predominio masculino la que eligió por abad a Fulcaredo: lo suscriben quince varones, de los cuales siete eran presbíteros y ocho diáconos; pero no faltan del todo las mujeres, y entre los firmantes se encuentran los nombres de dos *deovotas*, Senderica y Aliverta ⁷⁰. Y lo mismo ocurría en el pacto que habían suscrito treinta años antes —el 24 de enero de 842— los habitantes de Santa María de Barreto —otro monasterio familiar al que hemos también aludido—, con el sobrino del fundador y tercero en el orden de los abades, Astrulfo: aunque se advierte que no figuran los nombres de todos los miembros de la comunidad; entre los que expresamente se mencionan aparecen los de once varones —cuatro de ellos presbíteros y dos clérigos— y los de cinco mujeres ⁷¹. Diez mujeres, por lo menos, firmaron.

69. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Serie de documentos...*, «Cuadernos», I-II, págs. 334-36; doc. núm. 3, pacto monástico de los monjes de San Pedro y San Pablo de Nauroba, de 28 de febrero de 818. Los suscriptores del pacto son los siguientes: «Gomesindus presens in oc pacto, manu mea, † feci. Mauricellus in pacto, manu mea, † feci. Azenarii in oc pacto, manu mea, coram testibus, feci. Felmirus in oc pacto, manu mea, † feci. Gundibadus in oc pacto, manu mea, † feci. Sanctus in oc pacto, manu mea, † feci. Flacinus in oc pacto † feci. Ego Egira et me sibe et mea hereditate quem trado et concedo, et, manu mea, † feci. et coram testibus confirmo. Ego Liliola in oc pactu, manu mea, † feci. Ego Ermogia in oc pacto, manu mea, † feci. Argilo in oc pacto, manu mea, † feci. Ego Antonia in oc pacto, manu mea, † feci et coram testibus roborabi». A continuación figura la *traditio* de cierto Arias que al parecer se incorporó más tarde a la comunidad y que se adhiere al pacto.

70. Vid. nota 60.

71. Sáez, *Celanova*, fol. 74, v., 1.^a col.; 75, r., 2.^a col.; doc. de 24 de enero de 842. El pacto termina así: «...illi qui hodie mecum sunt in uno cenobio prebiteri clerici et deuote quorum nomina hec sunt: Hylledurus prebiter, Mirone, Rakericus, Solmirus presbiter, Vistremirus, Dactus, Ansuetus clericus, Fredericus, Aroaldus prebiter, Randulfus prebiter, Serotinus clericus, Leouildj ancilla Dei, Hermesinda, Guisenda uel

junto a los monjes el pacto de Savárico, a finales del siglo ix o principios del x, pese a la resistencia de Herwegen a aceptar el carácter dúplice de esta comunidad ⁷². En fin, hombres y mujeres suscribieron en 928 el pacto con su abad Osanio, en el monasterio consagrado a San Pedro, y la misma naturaleza mixta tenía en 1044 la comunidad de Sotoavellanos, firmante del pacto con el abad Arciseo ⁷³.

El pacto estipulado en el año 941 entre la abadesa doña Ailo y la comunidad de Santa María de Piasca está suscrito, tan sólo, por treinta y siete religiosas ⁷⁴; pero son tantos los documentos que atestiguan que Piasca era un monasterio dúplice, que la falta de nombres masculinos no puede hacernos dudar del carácter del cenobio. Según el P. Fita, la razón sería, simplemente, que el diploma original nos habría llegado mutilado: «estando como lo está cortado por la mitad en sección latitudinal, por donde aparecen trazos del primer renglón, ha perdido la nómina de los varones que habían ingresado, como las mujeres, a formar parte de la comunidad» ⁷⁵. Tal vez la razón sea otra, ya que el tenor del pacto —se habla de *sorores*, *discipulas*, *filias*, sin alusiones a personas de otro sexo—, es apropiado para que lo firmen tan sólo mujeres. Es posible que en Piasca, el más famoso de los monasterios dúplices españoles, religiosas y varones suscribieran por separado sus respectivos pactos.

De todo lo expuesto se desprende claramente el profundo arraigo que el sistema pactual encontró en el ámbito del doble

alii plures quorum nomina longum scribere est, et Spasanda, et Astragundia, detestamur omnia ipsarum ecclesiarum ut abeat qui uenerit ad gradum confessionis...»

72. Vid. nota 67.

73. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. II, pág. 1.348; doc. núm. XXXIX, de 26 de noviembre de 928; vid. en el vol. II de la misma obra, pág. 1325, doc. núm. 665, de 1044.

74. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. III, pág. 372 doc. núm. VIII, de 11 de junio de 941. Había sido ya publicado por el P. FIDEL FITA, *El monasterio dúplice de Santa María de Piasca y la Regla de San Fructuoso de Braga en el siglo x*, «B.R.A.H.», XXXIV, 1899, págs. 449-50.

75. FITA, *Santa María de Piasca*, pág. 451

monaquismo. Las fórmulas canónicas visigodas, y en especial las fructuosianas, se adecuaron a maravilla a los establecimientos religiosos de carácter dúplice. Es posible que tal fuera la intención del Santo Metropolitano de Braga, si es que redactó su *Pacto* con vistas a los singulares monasterios previstos en el capítulo sexto de la *Regla Común*. En todo caso, aquella proclividad hacia el doble monaquismo, que advertíamos al examinar la obra y la legislación de San Fructuoso, explica su éxito entre estos monjes y monjas de los siglos siguientes a él, pero que aún se hallaban de lleno dentro de la tradición monástica visigoda. Una tradición todavía poderosa, ciertamente, pero cuajada también de impurezas y desviaciones, como consecuencia de la crisis de las estructuras eclesiásticas y del retroceso cultural y social que siguió al derrumbamiento del Estado visigótico. Tal vez una de las más chocantes muestras de ese confusionismo institucional nos la ofrezca la paradoja de ver las fórmulas pactuales inspiradas por Fructuoso aplicadas en monasterios dúplices de tipo familiar, como los de Mezonzo o Barreto, que tanto recuerdan a aquellos pseudomonasterios irregulares de siglos anteriores, de los que el monje visigodo había sido implacable flagelador.

4. *El régimen de los dobles monasterios.*

El régimen de los monasterios dúplices en lo poco que dejan adivinar las escuetas noticias transmitidas por los documentos, parece caracterizarse por su falta de uniformidad. Podemos comprobar, en efecto, que se siguieron los más diversos criterios en lo que se refiere a la calidad y condición de la persona que aparece en cada lugar investida de autoridad y gobernando a las respectivas comunidades. Hubo monasterios dobles presididos por un abad, otros que tuvieron a su frente una abadesa, y unos terceros, todavía, en que un abad y una abadesa otorgaban conjuntamente las escrituras, recibían donaciones para la casa, como si cada uno rigiera su propia comunidad, pero sin que se deje traslucir la forma en que pudieron coordinarse sus respectivas funciones. Y ni aun siquiera esos tipos de régimen pueden considerarse para cada monasterio como

estables y definitivos, sino que fueron flúidos y elásticos, puesto que en más de una ocasión se sucedieron en una misma casa, a lo largo del tiempo, diversas formas de gobierno monástico⁷⁶.

El que fuera mujer o varón la persona que rigiera un monasterio doble se debió a veces a que hubiera sido una u otra la persona de quien partiera la iniciativa de la fundación. Cuando doña Elaguntia, una señora gallega del siglo x, estableció un monasterio en su *villa* de Abelio, que había heredado de su hijo Bermudo, muerto sin sucesión, fué ella quien tomó el título y las funciones de abadesa de la comunidad doble que reunió en torno a sí. En Sobrado, la voluntad de los fundadores puso el gobierno de monjes y monjas en manos de la abadesa Elvira y de las que en el futuro le sucedieran⁷⁷. Pero la mayor parte de los documentos relativos a monasterios dobles no nos informan acerca de las circunstancias que rodearon su fundación y se limitan a expresar quién era la persona que ejercía la autoridad en un momento determinado. Así sabemos de comunidades dobles gobernadas por un varón, como la del monasterio de San Martín de Cea, regido en 924 por el abad Gonzalo, o por una mujer, como la de San Salvador de Trives, que presidía en 963 la abadesa Ugilli⁷⁸.

Existieron monasterios de los que nos ha llegado más abun-

76. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Estampas de la vida de León*, pág. 155; n. 49; cfr. DOM PH. SCHMITZ, *Histoire de l'Ordre de Saint Benoît*, I, pág. 299.

77. MUÑOZ ROMERO, *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas*, Madrid, 1847; pág. 155; doc. del año 960: Silo de Lucido, monje, y San Rosendo, abad de Celanova, permutan el monasterio de Abelio por el de Pravio. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Iglesia de Santiago*, II Ap., pág. 140, escritura de fundación del monasterio de Sobrado.

78. «Cuadernos de Historia de España», III, Buenos Aires, 1945. JULIETA GAULLART, *Algunos documentos de inmunidad de tierras de León*, doc. núm. 3, de 27 de enero de 924. SÁEZ, *Celanova*, fol. 76, v., 1.^a col.; doc. núm. 154, de 28 de abril de 963: Moisen «cognomento» Abdela y su mujer Trudildi dan la mitad de sus bienes al monasterio de San Salvador y San Agustín, en el territorio de Trives, «et tibi Ugilli abbatisse uel fratribus uel sororibus in eodem loco degentibus et in uita sacta perseverantibus».

dante documentación y cuyo régimen podemos, gracias a ella, observar mejor. Así sucede en el de Santas Juliana y Basilisa, cuyo carácter doble no consta con certeza, pues pudo ser tan sólo de mujeres. Pero si así fué, la abadesa compartió en varias épocas la autoridad regular con un varón, que lleva igualmente el título de abad. En 957, un presbítero y una mujer, Pececina, al entregarse al monasterio, lo hacen al abad Tello, que firma la escritura en representación de la *turma sororum*⁷⁹. Sin embargo, el pacto que dos años más tarde suscriben las monjas, y entre ellas Pecenina, lo estipulan con la abadesa Ositia, que aparece como cabeza de la comunidad, sin que ello obste a que en 962 aquel abad, Tello, aparezca de nuevo recibiendo la *traditio* a Santa Juliana de dos mujeres, que se dirigen a él como *patri nostro Tellu abba*⁸⁰. Parece como si la función del abad recordara aquí la de uno de aquellos monjes a quienes la legislación visigoda encomendaba la *trinitio* de los monasterios de vírgenes y sus relaciones con el exterior. Pero en los años siguientes vemos que es la propia abadesa Ositia quien en nombre propio otorga los documentos y recibe las donaciones sin que se mencione ni intervenga varón alguno por parte del monasterio⁸¹. Hasta que, otra vez, pasado el tiempo, un nuevo abad, Julián, entra en escena y figura en las escrituras junto a la abadesa Ositia, otorgándose ahora documentos con los nombres de los dos⁸².

79. *Cardena*, pág. 134, doc. núm. CXX, de enero de 957: «Ego Munnio presbiter et Pecenina una pariter trademus nos metipsos ad Sancti Iuliani et eius regula et Tellu abba et omnis turma sororum».

80. *Cardena*, pág. 126, doc. núm. CXV: *pactum* estipulado entre la abadesa Ositia y sus monjas el 28 de enero de 959; pág. 125, núm. CXI, de 24 de septiembre de 962: Ramel y su mujer Urraca se entregan con sus bienes, «tibi patri nostro Tellu abba et ad domum Sancte Juliane et ad alios sanctos, qui ibidem sunt seu ibidem turba sororum deservientium...»

81. *Cardena*, pág. 123, doc. núm. CVIII, de 6 de agosto de 968; pág. 125, doc. núm. CXIII, de 14 de septiembre de 971; pág. 124, doc. núm. CIX, de 30 de junio de 973.

82. *Cardena*, pág. 132, doc. núm. CXVIII, de 4 de enero de 980: *traditio* de Trasmondo, con el quinto de sus bienes, «tibi abbatissa mea

Monasterio doble con un abad y una abadesa al frente de la comunidad lo fué el de San Vicente de Fístoles, a principios del siglo IX, bajo la égida de la *deovota* Guduigia y del abad Sisnando⁸³. El de Covarrubias lo sería en el siglo siguiente, aunque, como advierte Pérez de Urbel, desde el momento en que fué abadesa la infanta Urruca su autoridad prevaleció sobre la del abad y llegó incluso a eclipsarla⁸⁴. En fin, un caso típico de monasterio dúplice a cuyo frente estuvieron según las épocas abades o abadesas es el de San Dictinio de Astorga. La comunidad fué en todo momento doble, una comunidad constituida por vírgenes, continentes y confesores, para emplear los términos que se repiten en las escrituras. En la primera mitad del siglo X, cuando el obispo Fortis ocupaba la sede de Astorga, el régimen de San Dictinio lo ejercía un abad y conocemos los nombres de dos de esos abades contemporáneos de Fortis, Vimara y Andrés. Pero en la segunda mitad del siglo el gobierno monástico pasa a manos femeninas, y parece que fueron abadesas las que, a lo largo de cien años se sucedieron al frente de la comunidad, que siguió siendo, desde luego, de carácter dúplice. Entre 980 y 1079 conocemos los nombres de varias abadesas de San Dictinio: Froilo, Virgilia, Mater, Flamula, Aragunti y Guntina⁸⁵.

Ositia est abbati meo Juliani confessor, vel omni collegio sororum quohabitantes in domum Sancti Juliani et Basclisse».

83. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III; página 1.040, doc. núm. 9, de 1 de julio de 811; págs. 1.041 y sigs., doc. núm. 10, de 22 de abril de 817.

84. DOM LUCIANO SERRANO, *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, Valladolid, 1907; pág. 7, doc. núm. III, de 6 de enero de 974: «Ego Ioannes frater et Veilla et Petro et Scemena et Apalea... tradimus nobis in domum Sanctorum Cosme et Damiani... locum vocitatum Covarrubias, vel ibidem Justa abatissa et domino Lucio abba regentes caterba Deo votas...»; pág. 8, doc. núm. IV, de 3 de mayo de 974; *traditio* a Covarrubias del presbítero Juan y de don Munio: «tradimus nobis medipsis et tibi domno Lucio abba et domna Justa abbatissa regente cohors alma quohabitantibus in domum...». Vid. PÉREZ DE URBEL, *Los monjes*, II, pág. 314.

85. FLÓREZ, *España Sagrada*, XVI², pág. 66; pág. 431, doc. núm. IV, donación hecha por el obispo de Astorga, Fortis, al monasterio de San Dictinio y al abad Vimara en el año 925: «...damus igitur et confirma-

Santa María de Piasca, el más estudiado y mejor conocido de nuestros monasterios dúplices, estuvo gobernado por abadesas durante la mayor parte de su existencia. El *pactum* de 941, como vimos antes, lo suscribió con su comunidad doña Ailo, que según Yepes fué la primera abadesa, aun cuando su antigüedad en el cargo dataría por lo menos del año anterior, ya que con tal título figura al frente del cenobio doble en un documento de 940⁸⁶. El gobierno de Ailo debió prolongarse durante muchos años, seguramente, piensa el P. Fita, hasta el 966⁸⁷. De este período se han conservado diversas escrituras, y en todas ellas Ailo figura al frente de la comunidad de *fratres y sorores*⁸⁸. En 977 tenía por sucesora a Fronilde, que como reli-

mus pro stipendio Virginum ac Continentium, vel Confessorum ibidem deservientium...»; en 1021, el monasterio sigue siendo dúplice y a su frente se hace la abadesa «domna Mater»; vid pág. 448, doc. núm. XII; pág. 456, doc. núm. XVI, de 1039: el obispo de Astorga, Sampiro, se dirige para realizar una permuta, «vobis domna Flamula et Collegium Sororum et Monachorum de Sancti Dictini Episcopi».

86. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. III; pág. 1.371, doc. núm. VII de 940: «Ego Nonitus...in locum Piasca territorio Levanense necnon et Apatissa Domna Hailo cum omni collegio sororum et monachorum qui ibidem peragentibus vitam monasticam...». YEPES *Corónica General de la Orden de San Benito*, tomo III, Irache, 1610, fol. 184.

87. FITA, *Santa María de Piasca*, pág. 450.

88. *Piasca*, pág. 451: Nonito y su mujer Quilio, con voluntad de sus hijos Flaino y Alfonso, entrega una viña «Piasca, «et apatisse domna Hailo cum homni collegio sororum et monachorum qui ibidem proagentibus vita monasticam...»; pág. 453, doc. de 18 de mayo de 951, venta de una viña en Los Coos: «Ego Simplicius, cognomento Karapele, vobis fratres de Piasca, id est ailoni apatisa, vel aliorum multorum fratrum vel sororum...»; págs. 454, doc. de 5 de julio de 951, venta de otra viña: «Ego habolus placuit michi et venit voluntas ut vinderem vobis, fratres et serores de Piasca, id est domna Hailo appase, vel aliorum fratres et serores binea...»; pág. 455-57, doc. de 13 de febrero de 957. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. III, pág. 1.374, doc. número XIII de 955: «Ego Materno ex magno et nobilissimo genere trado filiam meam Todilli ad abbatisaam domna Ailoni et ecclesie et fratribus et sororibus qui ibidem vitam monasticam duxerint...cum omni sua ereditate».

giosa había suscrito el pacto de 941 ⁸⁹. Otra Fronilde era abadesa en el año 1030, cuando había transcurrido ya casi un siglo de existencia documentada de la abadía dúplice ⁹⁰. Yepes da como última abadesa de Piasca a Urraca, «que fue la primera de San Pedro de Dueñas, por la Era mil y ciento trece, cuando se comenzó el monasterio de monjas, o por mejor decir, se trasplantó de nuevo, juntando las monjas que estaban en Piasca y otras en Sahagún, para que vivieran juntas en San Pedro de las Dueñas» ⁹¹. Pero es probable que en los últimos tiempos de su existencia se interrumpiera en Piasca la tradición del gobierno femenino, puesto que en 1051 encontramos a un abad, Rodrigo, como único superior, ejerciendo la autoridad abacial sobre las vírgenes y monjes que integraban aquella comunidad, entonces, todavía, de inequívoco carácter dúplice ⁹².

5. *La composición de las comunidades dúplices.*

Es oportuno, todavía, hacer algunas observaciones acerca de la composición de las comunidades de los monasterios dobles españoles, para precisar mejor el sentido y el alcance que debe darse al concepto de duplicidad monástica. Esta noción, en ciertos casos, tiene un significado jurídico diáfano: la *congregatio tam sororum quam etiam canonicorum* de San Juan de las Abadesas está formada por una comunidad de monjas, sujetas a la Regla de San Benito, y otra de canónigos, que habitaban también en el cenobio, sometidas las dos a la auto-

89. FITA, *Piasca*, pág. 450.

90. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. III; pág. 1.377, doc. núm. XXIV, de 14 de abril de 1030, donación de don Munio Alfonso la Piasca, «vobis Fronildi abbatisa... et collegium fratrum vel sororum servorum et ancillarum Christi, qui cotidie militant et depregant...»

91. YEPES, *Coronica General*, III, fol. 181.

92. FITA, *San Miguel de Escalada y Santa María de Piasca*, «B.R.A.H.», XXXIV, 1899, pág. 335; doc. de 20 de junio de 1051: Urraca hace entrega de su cuerpo, su alma y toda su hacienda a Santa María de Piasca, «neonon et abbas dño ruderigo et virginum, monacorum, qui ibidem morantium fuerint». Vid. PÉREZ DE URBEL, *Historia del Condado de Castilla*, III, Ap. III, pág. 1.380, doc. núm. XXXIII.

ridad de la abadesa ⁹³. Otras veces—la mayoría—, la realidad era más compleja y confusa. No hablamos ya de las comunidades mixtas de muchos monasterios familiares o particulares, al margen de una verdadera ordenación canónica. Pero incluso en establecimientos monásticos más regularmente constituídos, la composición de la comunidad era con frecuencia poco clara y esa misma imprecisión dificulta perfilar con nitidez los conceptos e impone presentar los hechos con los matices que en la propia realidad se observan.

En la donación hecha al monasterio dúplice portugués de Cete, el 4 de noviembre de 1103, por los esposos Oveco García y Cida Gómez, se dice que aquellos bienes habían de servir, *pro victum et vestimentum monachorum presbiterorum diaconorum clericorum sanctarum virginum deuotarum religiosarum et confessarum que bona fecerint et uita sancta perseuerauerint* ⁹⁴. Esta variedad de términos para enumerar a las diversas categorías de miembros de la comunidad se da con mucha frecuencia en los documentos ⁹⁵. Vocablos muy usados

93. VILLANUEVA, *Viaje literario a las iglesias de España*, VIII, Valencia, 1821; pág. 236, doc. núm. XII, de 965, permuta del alodio de Genestosa por el de Vidra entre el monasterio de San Juan de las Abadesas y los condes Seniofredo y Oliva y su hermano el levita Miro: «Ego Fredeburgis, abbatisa et cuncta congregatio tam sororum quam etiam canonicorum degentes in cenobio beatissimi Iohannis precursoris Domini nostri Iesu Christi qui est situs in comitatus Ausonense in valle Riopullensi, sub regula almi Patris Benedicti Deo militantes...»; vid. en las págs. 237-40 la bula del Papa Benedicto VIII, del año 1017, dirigida al obispo de Vich, Borrell y al abad Oliva, de Santa María de Ripoll expulsando a las monjas del monasterio y estableciendo en su lugar una comunidad de canónigos regulares, y en la pág. 68 los comentarios de VILLANUEVA a los dos documentos.

94. *Documentos Medievais portugueses, publicados por la Academia Portuguesa da Historia*; vol. III, Documentos particulares, Lisboa, 1940; pág. 124, doc. núm. 142, de 4 de noviembre de 1103.

95. *Port. Mon. hist., Dipl. et Ch.*, I, pág. 22, doc. del 931-50; donación de Ramiro II a Guimarães: «Concedo vobis illa ad tuitionem ipsorum fratrum et sororum que sub regimine uestro deo militant... ut sit nobis hanc deuotio in remuneratione et uobis tolerationem ospitum aduenientium peregrinorum et pauperum que ibidem in uimaraes in uita sancta perseuerauerint...». *España Sagrada*, XVI², pág. 454,

fueron, por ejemplo, los de *conversus* y *confesus*, que aparecen al lado de los de *monachus* o *frater*. Converso parece que designó originariamente al que ingresaba en la vida religiosa en edad madura, para satisfacer por sus pecados, mientras que la voz *confesor* procede seguramente de la disciplina penitencial de la liturgia visigótica y respondía al hecho de que muchos penitentes, para observar más fácilmente los deberes de su estado, pasaban a vivir a un monasterio y conservaban su apelativo propio. Pero parece probable que los términos se perpetuaran, vacíos ya de su sentido primigenio y sin una real eficacia singularizadora⁹⁶. Por otra parte, en los monasterios vivían personas de uno y otro sexo que, sin formar parte *stricto sensu* de la comunidad, se hallaban vinculadas a ella por lazos espirituales y materiales, siguiendo las huellas de la tradición monástica visigoda, sin contar a los socios y familiares, que podían tener o no residencia en la casa⁹⁷. Todos estos factores contribuyen a hacer menos precisa la fisonomía de la comunidad monástica y, en consecuencia, la propia noción de duplicidad.

En el año 865, dos esposos, Sonna y Munnina, pasaban a vivir por un año —*anno in cenobio abitemus*—, en un monasterio de San Cosme y San Damián, sometándose durante ese tiempo a la obediencia regular, una fórmula que recuerda vivamente la recepción de familias en monasterios prevista en la *Regula Communis*⁹⁸. En 935, otro matrimonio, Gondemiro y Susana, donaban *post obitum* todos sus bienes a un monasterio portugués regido por el abad Mestulio, comprometiéndose el que en su día fuera cónyuge supérstite a ingresar en el cenobio: *insuper etiam promittimus deo et vobis ut quis ex nobis superstitis fuerit in presenti vita monasterium introcat, et secundum ins-*

doc. núm. XV de 1933: Elvira, hija de Bermudo II, concede la villa de Pozolo al monasterio de Santa Marta de Tera, «Ecclesiae vestrae vel sacrosancto Altario, et ad Sanctimonialium, Monachorum, et fratrum, vel qui regularem agende vita cotidianis diebus deservire...».

96. ORLANDIS, «*Traditio corporis et animae*», págs. 35-40.

97. *Ibid.*, págs. 78-105.

98. BARRAU-DIHIGO, *Chartes de l'église de Valpuesta du IV^e au XI^e siècle*, «*Revue Hispanique*», 1900, págs. 299-300, doc. núm. V, de 22 de octubre de 865.

*institutionem regule et arbitrio vestro fuerit vivat*⁹⁹. Pocos años después, otros esposos se entregaron con todos sus bienes al monasterio leonés fundado por el obispo Cixila; y después que el marido murió *in congregatione monasterio cum grado confessionis*, la mujer, María, *remansit sub religioso gradu* y la comunidad la mantuvo y atendió por todo el resto de su vida¹⁰⁰. Ninguno de estos monasterios parece que tuviera carácter dúplice; todos los indicios son de que se trataba de cenobios de varones, y sin embargo, ¿hasta qué punto la permanencia estable en ellos de personas de distinto sexo, sometidas a una determinada observancia religiosa, pudo conferirles cierto grado de duplicidad?¹⁰¹

Todos estos hechos nos dicen una vez más cómo la realidad viva es más compleja y elástica que el cuadro de conceptos en que a veces se pretende encasillarla. También la institución de los monasterios dobles conoció formas y situaciones ambiguas que no por confusas deben ser silenciadas, aunque evitando generalizaciones y manteniéndolas dentro de los límites que realmente tuvieron. Entonces vemos cómo en monasterios netamente masculinos, cuales fueron Leire, Irache o San Juan de la Peña, hallamos mujeres vinculadas por lazos de fraternidad —*sorores*— e incluso una señora se califica a sí misma de monja de Irache —*cum me sanctimonialem facerem in iraxe*—¹⁰².

99. *Port. Mon. hist., Dipl. et Ch.*, I, pág. 25, doc. núm. XL, de 935.

100. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Documentos sobre el «juicio del libro» en León durante el siglo x*; doc. del año 952, en el «A.H.D.É.», I, 1924, pág. 384.

101. También se dió la presencia de enfermos que vivían en los monasterios de manera habitual y eran atendidos material y espiritualmente por la comunidad. Un caso de asistencia a un enfermo en un monasterio dúplice lo hallamos en el pacto concertado con este fin entre Gonzalo Peláez y el cenobio portugués de San Telmo. Vid. *Port. Mon. hist., Dipl., et Ch.*, I, pág. 266; doc. núm. CCCCXXV, de 1060.

102. *Libro Gótico de San Juan de la Peña*, fol. 41, r. doc. de 1048: Galga de Ipuzcha entrega a San Juan de la Peña su monasterio de Santiago de Laquedenz, en Pamplona, «pro eo quia sororem me ibi feci et quia ad sanctum Iohannem me comendavi». *Becerro de Irache*, folios 91-91 v., doc. de 1203: doña Sancha Pedriz de Uztiniga hizo entrega de su monasterio de Santa María de Elizmendi a Irache, «quando

Irache que pese a su carácter inequívoco, recibió en 1060 la donación del monasterio de Yguirre y acogió bajo su régimen al abad Aznar con la comunidad dúplice que en aquel monasterio vivía ¹⁰³. Y en el mismo siglo, Auria Aznarez vivía en el monasterio de Lizasoain, convertido en *decania* de Leire, *per licentiam de illos abbates de Leiore* ¹⁰⁴. En el sentido ambiguo de considerar a estas mujeres miembros *lato sensu* de la comunidad debe interpretarse en todo caso el que alguna escritura del siglo XI vaya dirigida al abad de Leire, *et omni congregationi monachorum et sororum*, sin pretender asignar por ello al monasterio navarro un carácter propiamente doble que no tuvo jamás ¹⁰⁵.

Pero éstos son, ciertamente, casos límites que caen fuera del verdadero marco del régimen monástico dúplice. Y de este monaquismo en su más genuino sentido tenemos, como hemos podido comprobar, un sinfín de ejemplos insignes en la historia eclesiástica de nuestra Alta Edad Media. Los siglos IX, X y XI fueron la época dorada en los monasterios dúplices. Todavía al iniciarse el siglo XII el fenómeno tenía la suficiente entidad como para causar alarma en Roma y motivar los reproches del Papa Pascual II al Arzobispo Gelmírez, que recoge la *Historia*

me feci sorore ipsius loci»; fol. 105 v., doc. de 1212: doña Tota de murielo ofrece a Irache todo el patrimonio que posee en Lerin, «cum me sanctimonialem facerem in iraxe».

103. *Becerro de Irache*, fols. 6-6 v., doc. de 1060: el rey Sancho hace ingenuo y libre el monasterio de Santa María de Yguirre, del abad Aznar, «ut tradas te sicuti et tradas cum tuo iam dicto monasterio tam uirorum quam mulierum deuotarum tuo sub regimine degentium in potestatem uel ditionem sanctae mariae ad cuius honorem ecclesia edita est et monasterii quod dicitur irach atque vermudi abbatis ibidem almam fratrum sub regula sancti benedicti conuersantium congregationem regentis...».

104. *Becerro de Leire*, págs. 43-44, doc. de 1085: «Karta de Lizasoain».

105. *Becerro de Leire*, págs. 30-40, doc. de 1085: doña Sancha Garcés dona a Leire sus heredades de Lerda, «... et concedo et dono animam meam et corpus meum Sancto Salvatori et dompno abbati Regimundo et omni congregationi monachorum et sororum...».

Compostelana ¹⁰⁶. Aunque es posible que el Pontífice, a juzgar por los términos que emplea, contemplara más todavía que a los cenobios estrictamente dúplices, a aquellos monasterios mixto que con tanto éxito habían proliferado en la España cristiana, lo cierto es que el doble monaquismo de tradición nacional languideció y hubo de extinguirse muy pronto. Y las manifestaciones posteriores del fenómeno que en los siglos siguientes aparecerán se debieron a influencias extranjeras, como las fundaciones filiales de Fontevrault, de las que el monasterio de Vega fué el más notable ejemplar en la Península ¹⁰⁷.

JOSÉ ORLANDIS

106. FLÓREZ, *España Sagrada*, XX, pág. 33: «Illud omnino incongruum est quod per regionem vestram Monachus cum Sanctimonialibus habitare audimus: ad quod resecandum Experientia Tua imineat, ut et qui in praesentiarum simul sunt, divisim longe habitaculis separentur, prout arbitrio tuo et relligiosorum virorum consilio melius visum fuerit; nec in posterum consuetudo huiusmodi praesumatur». Es curioso observar que las palabras del Papa parecen dar a entender que la existencia de los monasterios dúplices en España es noticia conocida desde poco tiempo en Roma, cuando sabemos que el fenómeno se remonta a varios siglos antes. Debemos ver en ello, seguramente, un indicio de la creciente centralización eclesiástica, consecuencia de la Reforma Gregoriana. Y es evidente que la enérgica actitud de la Sede Romana sería uno de los factores que contribuyeron poderosamente en la desaparición del régimen monástico dúplice.

107. Vid. su colección diplomática publicada por DOM LUCIANO SERRANO, *Cartulario de Monasterio de Vega con documentos de San Pelayo y Vega de Oviedo*, Madrid, 1927. Sobre Fontevrault, cfr. PATRICE COUSIN, *Precis d'Histoire monastique*, Bloud et Gay, 1956, págs. 288 y 294.

SAN AGUSTIN Y LA CUOTA DE LIBRE DISPOSICION

Interpretación de Graciano

Se ha asignado un papel de gran importancia al influjo de la Iglesia en la evolución de la propiedad en el Derecho germánico. Dado el concepto cristiano del uso de los bienes temporales y su puesta la constante exhortación a la caridad, principalmente con disposición o enajenación de aquéllos, encontraría la Iglesia serias dificultades, representadas ya por una propiedad colectiva, o ya por una propiedad individual con fuertes limitaciones sociales, que coartaban la facultad de disponer al propietario. Salvo reducidas formas de propiedad particular, como el conjunto de bienes muebles de uso personal que acompañaba al difunto a su tumba, equipo del muerto, todo el patrimonio estaba vinculado de cierta manera a la comunidad doméstica¹; de tal modo, que fueron desconocidas las disposiciones por causa de muerte². Si se quería disponer del patrimonio doméstico era preciso el asentimiento de los herederos³, investidos de sus derechos de expectativa. Pero llega un momento en la historia de la propiedad germánica en que se permitió al jefe doméstico disponer de una cuota del patrimonio, surgiendo la llamada parte o cuota de libre disposición.

La génesis de este fenómeno jurídico de tanta trascendencia, que pedía una explicación conveniente, ha sido expuesta de modo que la Iglesia aparece luchando frente a aquellas dificultades señaladas, hasta conseguir a su favor una cuota o portio del patrimonio, que se llamó cuota pro anima. Aunque el origen y evolución de ésta

1. Hans PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*. Bosch, Barcelona, 1957, p. 174.

2. *Ibidem* p. 363.

3. *Ibidem*, pp. 108 y 361.

se presentó en la doctrina bajo puntos de vista diferentes, sin embargo era común el destacar la labor interesada de la Iglesia, por la predicación de los Santos Padres. Brunner⁴ señala la actividad eclesiástica en la positiva cristianización del equipo del muerto (armas, vestidos, caballo, etc.), transformando dicha parte del muerto en la parte pro anima. Esta explicación de Brunner la encontramos confirmada expresamente en las obras de algunos de los Padres de la Iglesia, como, por ejemplo, San Juan Crisóstomo⁵, quien al recomendar la distribución de limosnas en sufragio de los difuntos, razona a los fieles precisamente el modo de cristianizar el equipo del muerto. Dice que al igual que los bárbaros cuando muere uno de ellos queman con él todas sus propiedades, creyendo que así se las envían, debe el cristiano enviar los bienes propios del muerto al cielo mediante esas limosnas.

Tales palabras revelan una doctrina sobrenatural nueva, algo muy lejos de un fuerte combate de aquella costumbre pagana, para conseguir, bajo penas canónicas⁶, hacer suya la parte del muerto. Es cierto que los Padres de la Iglesia se proponen revestir de nuevo espíritu las costumbres e instituciones paganas que no fuesen condenables en sí mismas, pero de un modo amplio y de sentido espiritual. Recuérdese, entre otros testimonios, a San Ambrosio⁷ cristianizando el rito fúnebre que canta Virgilio⁸ de arrojar flores sobre el difunto, convirtiendo esa costumbre en la distribución de limosnas y oraciones en sufragio del alma.

Frente a la tesis de Brunner se sostiene que el influjo cristiano no sólo consiguió el mortuarium, sino que además obtuvo de modo directo y positivo la separación de una cuota patrimonial, que fué precisamente la pars animae. Así afirma Planitz⁹ que por aquella influencia eclesiástica, ya desde temprana época, le fué concedida al

4. BRUNNER-V. SCHWERIN: *Historia del Derecho Germánico*. Labor, 1936, pp. 237-38. Traducción y notas de J. L. Alvarez.

5. *Homil. LI. P. G. XXX*, n. 3-5; col. 369-376.

6. PLANITZ, *op. cit.* p. 365.

7. "Non ego floribus tumultum epis aspergam, sed spiritum ejus Christi odore perfundam. Spargant alii plenis lilia calathis, nobis liliun est Christus...". *De obitu Valentiniani consolatio*, P. L. XVI, 56, col. 1375-76.

8. *Encida*, L. VI.

9. *Op. cit.* p. 108.

causante una cuota parte del patrimonio para su libre disposición como utensilio pro anima, surgiendo en consecuencia la parte libre en forma de cuota pro anima, configurada cual "legítima eclesiástica" ¹⁰.

Si bien es común el afirmar que la teología y predicación cristianas, concentrando su esfuerzo en resaltar la salvación del alma a través del valor meritorio de la limosna, han sido los móviles eficientes que provocaron el desmoronamiento de la propiedad germánica, sin embargo lo que se hace es resaltar exclusivamente la obra de San Agustín, cuyos sermones, se dice, son los que actuaron de modo definitivo esta labor de la Iglesia. Para ello han tomado como fundamento las palabras con que aconseja a los fieles que tuviesen a Cristo como un hijo más, dejándole una parte de la herencia como a ellos: he aquí el origen de la *pars Christi* o *portio animae*, con la que se permitirá luego, convertidos los germanos al Cristianismo, disponer de una cuota ideal del patrimonio. Creemos que basta leer tales sermones para deducir que dicho Doctor de la Iglesia no tuvo nunca la intención de aconsejar, ni menos exigir, una cuota pro anima; ni de sus consejos, mal interpretados hoy, se dedujo el efecto jurídico de provocar dicha cuota. Si así hubiese sucedido es injusto destacar de modo absoluto a San Agustín, olvidando a Padres tan importantes como San Ambrosio y San Jerónimo, entre otros, quienes utilizaron semejantes figuras oratorias al aconsejar la caridad. Intentamos, por tanto, rectificar lo dicho hasta ahora sobre el influjo eclesiástico acerca de la cuota pro anima o de libre disposición, aclarando en su recto sentido la mente de San Agustín ^{10 bis}.

1.º *San Agustín y la pars animae*.—Recuérdese cómo expone Planitz su origen ¹¹: se remonta a las concepciones eclesiásticas, en especial la doctrina de San Agustín, según el cual debía contarse a Cristo en el círculo de los hijos; debía ser coheredero con ellos. Y la doctrina agustiniana, según el citado autor, influyó en la vida

10. PLANITZ, op. cit. p. 364.

10. bis A través de la reseña bibliográfica hecha por Alvaro D'Ors en A. H. D. E. XXVII-XXVIII, 1957-1958, ps. 1179-1185, conocemos la obra de BRUCK, Eberhard F: *Kirchenväter und soziales Erbrecht. Wanderungen religiöser Ideen die Rechte der östlichen und westlichen welt*, donde se trata de modo magistral este mismo tema.

11. *Op. cit.* p. 364.

práctica, tanto en el Imperio Romano como en los nuevos Estados Germánicos. Al obtenerse así la separación de una cuota ideal del patrimonio, se producía una desviación fundamental de los principios de la comunidad doméstica, a la que faltaba, durante la mano común, cuotas separadas¹².

El tema de la influencia de San Agustín en el Derecho Germánico ya había sido tratado de manera exhaustiva por Schultze¹³ con su famosa monografía sobre el origen de la parte de libre disposición. Puso de relieve sugestivamente esa influencia directa mediante la repetición de los consejos agustinianos: "Fac locum Christo cum filiis tuis... duos filios habes, tertium illum comptat, etc."¹⁴. Obtenida, por tanto, una cuota disponible en favor del alma, pronto pasó a convertirse en cuota de libre disposición, saliendo de la esfera eclesiástica. Según el citado autor esa parte es un producto de la caridad cristiana y del valor meritorio o expiatorio de las buenas obras.¹⁵, conforme a la predicación agustiniana. Y supone que esta influencia de San Agustín se realiza ya directamente, ya mediante las breves citas que hacen Yvo de Chartres y el Decreto Graciano¹⁶.

Hace ya tiempo que San Agustín viene causando impresión, con las citadas palabras de la homilía 86, en los estudios histórico-jurídicos. Es posible que sea Pitzorno¹⁷ el primero en resaltar la importancia de los consejos agustinianos con la publicación de su estudio acerca de una institución medieval consistente en el prohijamiento de la Iglesia. Para el profesor italiano aparece bien claro el pensamiento de San Agustín, y estima que efectivamente quiere que en la división del caudal hereditario se compute a Cristo como un hijo¹⁸. Entre la sugerencia "dabis portionem unam..."

12. *Op. cit.* p. 364.

13. ALFRED SCHULTZE: *Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts*. Leipzig, 1928.

14. S. AGUSTÍN: *Sermo LXXXVI*.

15. L. G. de VALDEAVELLANO: *La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*. A. II. D. E. IX, 1932, p. 136.

16. VALDEAVELLANO: *op. cit.* p. 136.

17. Benvenuto PITZORNO: *L'Affigliamento della Chiesa. Studio storico-giuridico*. Sassari, 1904.

18. B. PITZORNO: *op. cit.* p. 13.

y las fórmulas del "affigliamento" medievales hay una tal semejanza que le inclina a pensar que ellas dependen de esa doctrina agustiniana¹⁹. Pocos años después otro profesor italiano, Falco²⁰, insiste en las obras de San Agustín como antecedente necesario de las disposiciones en favor del alma.

Sin embargo, dada la autoridad que merecía, es el profesor alemán Schultze quien más se cita y acepta, aun cuando se hagan ciertas salvedades. Con ello ha quedado afirmada la postura de San Agustín, apareciendo como creador de la portio animae o cuota pro anima. Pues Besta²¹ aun cuando diga que en las condiciones actuales de los estudios jurídicos, haya que admitir que esa portio animae, aportación del cristianismo, sea debida también a San Juan Crisóstomo, sin embargo son las palabras de San Agustín, ya conocidas, las que señalan de modo positivo ese influjo.

En España Valdeavellano²² se sirve de la obra de Schultze para intentar una explicación del influjo eclesiástico en nuestro derecho hereditario, que tuvo por fruto —según él— la transformación del quinto visigodo de cuota libre en cuota pro anima. Aunque considera la tesis de Schultze respecto del Derecho visigodo un poco atrevida y no asentada "en realidad sobre fundamentos de absoluta solidez"²³, sin embargo sigue admitiendo, conforme a dicho autor, la influencia de la Iglesia, que en España actúa de modo constante para atribuirse la cuota libre del quinto visigodo. Estima que la predicación de San Agustín se incorpora al Derecho canónico²⁴. Con lo dicho podemos apreciar la importancia tan señalada que se ha dado a la obra de San Agustín, respecto del derecho hereditario, principalmente por medio de Schultze. A veces se aceptan sus conclusiones para sacar consecuencias demasiado absolutas. J. A. Rubio²⁵ cita la "ejemplar monografía, recibida con unánime encomio por la crítica", y convencido se cree.

19. B. PIZORNO: *op. cit.* p. 14.

20. M. FALCO: *Le disposizioni pro anima*. Torino 1911.

21. E. BESTA: *Le successioni nella storia del diritto italiano*. Padova, 1935, p. 110, n. 322.

22. *Op. cit.* p. 136.

23. *Op. cit.* p. 141.

24. *Op. cit.* p. 150.

25. *Donationes post obitum y Donationes reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla*. A. H. D. E. IX, 1932, p. 6.

en el deber de afirmar que la labor de la Iglesia no consistió en fomentar el quebrantamiento del principio de la propiedad familiar colectiva, sino que fué ella, precisamente, la que asestó el primero y decisivo golpe a dicho principio. Por tanto, se estima en general, por cuantos han tratado del presente tema, que San Agustín requirió efectivamente a los fieles que considerasen a Cristo como un heredero más, y con sus palabras "Fac locum Christo... etc.), en modo práctico y jurídico, proponía expresivamente la forma de la donación²⁶. En esta línea seguida sobre el estudio de la cuota pro anima se destaca la obra de Maldonado, "Herencias en favor del alma", quien acertadamente y con rigor científico aísla dicha pars animae de la cuota libre, para abordar el estudio de aquélla concentrándolo en sí misma. Basado en la realidad jurídica medieval española, cuya variedad de disposiciones agrupa sistemáticamente, logra penetrar en los fundamentos de la institución, apreciando los distintos factores de su origen y desarrollo²⁷.

Visto así, aunque sea a grandes rasgos, el estado del problema, intentamos exponer la recta interpretación del consejo agustiniano, examinando con cierto detenimiento los textos principales de donde se han tomado las citas conocidas. Nos proponemos demostrar que San Agustín no tuvo nunca la intención que se le atribuye de aconsejar que de las herencias se hiciese una división tal que una cuota fuese para Cristo, es decir, para los pobres, en beneficio del alma. Al mismo tiempo es nuestro propósito exponer lo que pretendió ciertamente San Agustín, o sea la defensa de los derechos de los hijos, la verdadera piedad para con ellos, evitando su desheredación o el perjuicio de sus intereses, a causa de las liberalidades piadosas. Sentido recto que conocieron intérpretes posteriores, como veremos.

2.º *Doctrina de San Agustín.*—No puede pretenderse de sus obras una influencia diversa, más especial y directa, de la que evidentemente tuvieron las de los demás Padres de la Iglesia sobre el origen y desarrollo de las liberalidades piadosas. San Agustín, por tanto, lo que hace es seguir fielmente la exposición y enseñanza de los principios cristianos acerca del uso recto de los bienes tempora-

26. R. BIDAGOR, S. J.: *Los sujetos del patrimonio eclesiástico*, R. E. D. C, año 1950, p. 26.

27. J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, pp. 36-37.

les, que habrán de servir a la salvación del hombre. Sus sermones y homilias se ajustaron a la corriente doctrinal de la Iglesia, de gran repercusión en el Derecho. Uno de aquellos principios vitales era la virtud de la Caridad, como mandamiento nuevo de Cristo, distintivo de la Iglesia, que afectando de un modo sensible a los bienes temporales, se manifestaba necesariamente en la limosna, como obra de misericordia corporal. De aquí la influencia de las enajenaciones de bienes. San Agustín se valió de lo ya enseñado por la catequesis de los Apóstoles y transmitido por los Padres Apostólicos, repitiendo, por ello, lo dicho sobre el valor meritorio de las obras de misericordia, el carácter penitencial de la limosna y la lucha contra los abusos de la propiedad y vicios, como la avaricia.

Como raíz o punto de partida ha de considerarse la relación entre el uso de los bienes temporales con la Vida eterna, según presentaba la Antigua Ley y posteriormente la predicación de Cristo. Por ello la administración y disposición de los bienes jugaba un papel trascendental en la vida cristiana, la que había de sostenerse con la práctica abundante de obras meritorias. San Agustín continuó la directriz marcada ya en este sentido, por lo cual en sus instrucciones urgía a los fieles a sembrar el bien ^{27 bis} sirviéndose de San Pablo ²⁸, a fin de que pusieran un buen cimiento para el futuro ²⁹, según exigía aquél por medio de Timoteo. Todas las categorías de bienes servían para ese fin sobrenatural, porque todo era apto para hacer el bien ³⁰ y aumentar la justicia, según el salmo CX, 9, que él comentaba ³¹, así como la epístola de Pablo a Timoteo ³².

Sin pretender aquí un estudio de los sermones agustinianos, sin embargo, a modo de síntesis, recogeremos su labor sobre la liberalidad o beneficencia, fruto de aquellas orientaciones dadas acerca del

27 bis. *Homil. XI, de verbis Evangelii sec. Matth, V, 1-12*. B. A. C. 1952, X, p. 60.

28. "Bonum autem facientes non deficiamus: tempore enim metemur", *Gal. VI, 9*.

29. "... divites sint in bonis operibus, facile tribuant, communicent. Thesaurizen sibi fundamentum bonum in futurum..." *I Tim. VI, 18-19*.

30. *Homil, LXI*. B. A. C. X, p. 134. *Matth. VII, 7*,

31. "Dispersit, dedit pauperibus; iustitia eius manet in saeculum saeculi".

32. *I Tim. VI, 7-10; 17-19*. *Hom LXXXV*, B. A. t. X. p. 323, *Matth, XIX, 17-25*.

destino de la riqueza. Y como fué la insistente exhortación a la limosna, por las razones sobrenaturales conocidas, la que motivó las recomendaciones tan criticadas de San Agustín, creemos necesario fijar la atención en los dos extremos que constituían la médula de la disciplina patrística sobre la limosna, es decir: a) identidad de Cristo con los pobres, cuyo fundamento era el Cuerpo Místico de Cristo ³³, y b) la limosna medio apto para conseguir el perdón de los pecados.

El primer motivo está tomado de las palabras: "Quod enim ex minimis meis fecistis, mihi fecistis" ³⁴, cuyo comentario por San Agustín es de importancia para comprender la famosa homilía LXXXVI que habla de hacer heredero a Cristo. Con arreglo a aquellas palabras evangélicas desarrolla varias homilías bajo este pensamiento central: das a Cristo cuando das al pobre ³⁵, porque lo recibe quien ahora es indigente en sus pobres ³⁶, probándolo, como era de esperar, con el Evangelio ³⁷.

El segundo matiz o fundamento lo desenvuelve San Agustín sirviéndose del mismo patrón que siguieron los demás Padres de la Iglesia; acude a imágenes bellas e impresionantes, que luego se repetirán tantas veces en los diplomas medievales. Las manos de los fieles deberán andar veloces e incansables en repartir limosnas para vaciar los pecados diarios del alma, como los marineros vacían el agua filtrada en la nave ³⁸. Al igual que ya hizo San Cipriano recoge los mismos textos del Antiguo Testamento y se los explica a los fieles uno tras otro, con fuerza aplastante ³⁹; citas, dice, que son a modo de ejemplo, pues innumerables serían los testimonios de las

33. *Ef.* IV, 12 y 15, *Rom.* XII, 4-5, 8. *I Cor.* VI, 15; XII, 28.

34. *Matth.* XXV, 40.

35. *Homil.* XIII, n. 4. B. A. C. X, p. 532.

36. *Homil.* CXXIII, n. 3,4,5: *de ver. Evang. Vocatus est* B. A. C. X, p. 630 y ss.; *Homil.* CXXXVII, n. 2. *Joa.* X, 16 B. A. C. X, p. 810.

37. *Matth.* XXV, 35-45.

38. "quid est ambulent manus? Dent, fac opera bona. *Homil.* LVIII, n. 10. *De oratione dominica*, *Matth.* VI, 9-13. B. A. C. X, p. 106.

39. *Sem.* LX, n. 10. B. A. C. 1950, XII, p. 808, "Sicut aqua extinguit ignem, sic eleemosyna extinguit peccatum". *Eccli.* III, 33; "Include eleemosynam in corde pauperis et ipsa pro te deprecabitur Dominum", *Eccli.* XXIX, 15; "Consilium meum audi, Rex, et peccata tua eleemosynis redime". *Dan.* IV, 24.

Sagradas Escrituras en orden a lo que puede la limosna para extinguir y borrar los pecados ⁴⁰. Con gran efecto y seguridad penetra su predicación en la vida moral y patrimonial de sus fieles, obteniendo influjo sensible hacia las prácticas religiosas, logrando formar una conciencia fácil al desprendimiento de los bienes, aumentando las limosnas, convertidas así en frutos dignos de la penitencia ⁴¹.

Es suficiente confrontar lo dicho por San Agustín con la enseñanza tradicional y común para darnos cuenta que no dijo ni podía decir nada nuevo*. Expuso el concepto cristiano del mérito en las obras de misericordia como los demás Padres y sirviéndose de las fuentes comunes. Por tanto, sus obras colaboraron en difundir la misma doctrina ya conocida desde los primeros momentos. De esta labor de la Patrística surgió la fórmula "pro remedio animae", o simplemente "pro anima", que constituyó una causa especial de multitud de actos jurídicos inter vivos y mortis causa, de diferentes efectos, como donaciones, puras y simples o con reserva de usufructo, instituciones de herederos a favor de iglesias, legados, fideicomisos, fundaciones, etc., agrupados posteriormente bajo el término de pías causas. El desenvolvimiento de dicha fórmula "pro

* Recuérdese la exposición hecha por Cristo del primero y segundo mandamiento ⁴². y cómo su doctrina fué presentada bajo el lema del amor ⁴³. Desarrollando el segundo mandamiento impone la limosna con la fuerza que ya tenía por precepto divino en el Antiguo Testamento, si bien perfeccionada sobrenaturalmente ⁴⁴, con lo que resaltaba más su valor meritorio ante la recompensa celestial ⁴⁵, y la ofrecía a los pecadores, a los fariseos, colmados de rapiña a fin de que repartiendo sus bienes alcanzasen misericordia ⁴⁶. Los Apóstoles aconsejaban la caridad mutua, comunicándose los bienes, precisamente porque cubre la muchedumbre de los pecados ⁴⁷.

40. "Et alia multa sunt divini eloquii documenta, quibus intenditur multum valere eleemosynam ad extinguenda et delenda peccata". *Serm.* LX, n. 10, ed. cit. nota anterior.

41. *Serm.* LX, n. 12, ed. supra. 810. *Luc.* III, 8; *Matth.* III, 8.

42. *Marc.* XII, 29-34.

43. *I Joa.* III, 11, Cristo puso medida a ese amor entre los cristianos, que fué El mismo, *Joa.* XIII, 34-35; señaló la novedad sobrenatural en forma de luz nueva, de manera que quien aborrezca a su hermano anda en tinieblas y no sabe a donde va, *I Joa.* II, 711.

44. *Matth.* V, 42; *Deut.* XV, 8.

45. *Luc.* VI, 38.

46. *Luc.* XI, 39-41.

47. *I Petr.* IV, 8. El Apóstol se servía del libro de los *Proverbios* X, 12.

anima" tiene lugar desde los primeros instantes, ya bajo el sentido de que la limosna es el precio de la redención del alma, de los pecados⁴⁸, como dice la Didaché, en cuanto que la limosna es quasi poenitentia peccati⁴⁹; o bien en el sentido amplio de que las riquezas tienen un uso primordial, la salvación del alma⁵⁰. Este desarrollo de la fórmula en rescate o remedio del alma es obra ciertamente de los Padres de la Iglesia y la vemos estampada, por influjo de su doctrina y de las prácticas eclesiásticas, en multitud de documentos de toda la Edad Media, por los que se autorizaban solemnemente actos jurídicos y políticos de la más diversa naturaleza.

Estando el punto de partida tan remoto, no podemos admitir con Falco⁵¹ que San Cipriano sea el verdadero padre de esta doctrina, fuentes de las disposiciones pro anima; aunque no dudamos de la importancia del impulso y propagación debidos a él, especialmente con su obra *De Opere et eleemosynis*⁵². Dicha evolución se mantuvo ininterrumpida en Oriente y Occidente⁵³. Respecto de las fuentes utilizadas por San Agustín ocupa un puesto de importancia

48. *DIDACHE*, IV, 8, Ed. B. A. C. Padres Apostólicos, Madrid, 1950,

49. La llamada *Carta II de San Clemente Romano a los Corintios*, XVI, 4: "Bona igitur eleemosyna quasi poenitentia peccati; melius ieiunium oratione, eleemosyna autem utroque; caritas operit multitudinem peccatorum. Eleemosyna enim fit levamen peccati". Se trata de una homilía, atribuída a San Clemente, pero hoy sin fundamento; sin embargo tiene el valor de ser una muestra auténtica de la más pura y más antigua forma de predicación cristiana conservada. B. A. C. Padres Apostólicos. Madrid, 1950.

50. *Clemente Alexandrino*, "... fatetur enim Scriptura, animae redemptionis pretium esse proprias divitias, hoc est, si ditescat, salvus erit per elargitionem"; *Paedagogus*: P. G. VIII, 610. c.

51. M. FALCO: *Op. cit.* p. 8.

52. Utiliza SAN CIPRIANO la figura tan familiar a sus oyentes del préstamo o usura hecho a Dios: "Patrimonio tuo Deum faenera; Christum ciba", *De Habitu Virginum*, II, P. L. IV, 449, A. La Limosna y las obras meritorias ayudan a la oración: "Cito orationes ad Deum ascendunt, quas ad Deum merita nostri operis imponunt", *De Dominica Oratione*, XXXII, 33. P. L. IV, 540. A. Por último la limosna y el perdón de los pecados, *De Opere et eleemosynis*, 3.4.5, y 6, *PIL. IV*, 615 B. La figura del préstamo era familiar a los Padres conf. SAN PAULINO, *Sermo XXXIV De gazophilacio*, P. L. LXI, col. 345-346. *Epis. XXXII*, PL. LXI, col. 340.

53. SAN ATANASIO: *De Virginitate*, VI, P. G. XXVIII, 258. B. San Juan Crisóstomo, Homil. de verbis Apostoli "habentes eundem spiritum". III, 11-12. P. G. II, 300. In epistulam ad Philipenses Homiliae, P. G. III, 203.

San Ambrosio, quien comenta para enseñar esta doctrina además de los textos utilizados por San Cipriano, otros nuevos, tan importantes algunos que le sirvieron para relacionar este *remedium animae* con un rescate que debía pagar a Dios cada judío según el Éxodo⁵⁴; transmitía con toda pureza y fidelidad la clásica expresión *redemptio animae*⁵⁵ mediante las riquezas⁵⁶. En la oración fúnebre o llanto por el alma de Satiro, alababa su piedad porque no quiso hacer testamento a fin de que San Ambrosio se constituyese en dispensador a favor de los pobres⁵⁷, quienes fueron sus herederos. Bien conocidas fueron de San Agustín y de toda la Iglesia latina estas enseñanzas y los principios que estableció para el verdadero concepto de la liberalidad⁵⁸.

Puede preguntarse si San Jerónimo sirvió de fuente a la obra de San Agustín; sin entrar en el estudio acerca de las conocidas relaciones epistolares y literarias entre ellos⁵⁹, es importante señalar que aunque aquél le precede, ambos tuvieron una fuente común: la doctrina y prácticas de la Iglesia, con lo cual no es extraño que ambos coincidan en las expresiones frecuentes de Cristo heredero o coheredero con los hijos, etc. El pensamiento de San Jerónimo no podía apartarse de la directriz marcada acerca de esta doctrina común. No debemos extendernos en repetir frases que son comunes, baste recordar, por ejemplo, el comentario al salmo XLVIII, y encontraremos que lo hace en el mismo sentido que San Agustín⁶⁰ para exhortar a la limosna, redimiendo con ella los pecados;

54. *Epist. VII*. P. L. XVI, col. 905. *Exodo XXX*, 11; *Prov. XIII*, 8.

55. "Est et redemptio animae misericordia; redemptio enim animae hominis divitiae ejus, quibus utique fit misericordia, quae sumptu pauperes juvat". *Epístola VII*, P. L. XVI, 905.

56. *Ibidem*; además *De officiis*, L. I. c. XXX, 150. P. L. XVI, 67.

57. "Ergo dispensatores nos, non haeredes reliquit; nam haereditas successori quaeritur, dispensatio pauperibus obligatur". *De excessu fratris sui Satyri*, P. L. XVI, 1309.

58. *De Officiis*, L. I. C. XXX, 144, 145, 146, 148, P. L. XVI, 65-66.

59. Pueden verse a modo de ejemplo las cartas: 28, escrita el año 394 probablemente; 39, año 397, de Jerónimo a Agustín; 67, año 402. 68, de Jerónimo a Agustín; 71, del año 403, Edición de la B. A. C. Tomo VIII, Madrid, 1951.

60. *Breviarium in psalmos*. P. L. XXII, col. 965.

la distribución de esos bienes ha de ser hecha de modo que sea Cristo quien la reciba en los pobres, enfermos, etc. ⁶¹.

3.º *El pretendido valor jurídico de la homilía LXXXVI, de San Agustín.*—Impulsado por los fundamentos ya señalados, exigió en su predicación, de modo incansable, la limosna. Ahora bien, siendo la avaricia uno de los vicios que más se oponen al recto uso de los bienes, se decidió a luchar contra ella con todas sus fuerzas, y siempre que tuvo ocasión. Esta necesidad fué la causa de pronunciar su famosa homilía LXXXVI, donde aconseja dejar a Cristo, o sea a los pobres, como un heredero más entre los hijos ⁶².

Es necesario estudiar la citada homilía, si bien en líneas generales. La ocasión fué combatir el vicio de la avaricia, que tantas veces se propuso ⁶³. Sirvieron de motivo las palabras del Evangelio según San Mateo ⁶⁴: “Vade, vende omnia quae habes et da pauperibus”. Repite lo dicho en otras homilías y sermones acerca del verdadero tesoro; de trasladar las riquezas al cielo, mediante las limosnas, etc. y refuerza sus palabras con el recuerdo y descripción del Juicio Final. Después cambia el tono de la homilía para adoptar la forma de un desafío literario entre la avaricia y la lujuria, exponiendo con vivos colores la dialéctica de ambas, coincidiendo graciosamente la lujuria y Cristo en sus argumentos contra la avaricia.

Previendo San Agustín la seria dificultad del vicio que combate, el apego gravemente desordenado de sus fieles a las riquezas, sale al paso afrontando las objeciones. Una de ellas era la piedad para con los hijos; es muy importante fijarse en esta objeción que motivarán las famosas palabras ya conocidas. San Agustín quiere

61. “Sed tibi aliud propositum est: Christum vestire in pauperibus, visitare languentibus, pascere in esurientibus, suscipere in his qui tecti indigent, et maxime in domesticis fidei...”. *Epist. ad Demertiadem, de servanda virginitate*. P. L. XXII. col. 1119.

62. “Fac locum Christo cum filiis tuis, accedat familiae tuae Dominus tuus accedat ad prolem Creator tuus, accedat ad numerum filiorum tuorum frater tuus... Duos filios habes, tertium illum computa: tres habes, quartus numeretur: quintum habes, sextus dicatur... Dabis autem portionem unam, quam unius filii deputasti. Deputa te unum amplius genti”. *Homil. LXXXVI*.

63. Por ejemplo el comentario al salmo XXXVIII. P. L. XXXVI, col. 424.

64. *Matth. XIX, 21*.

resolverlas y acude a dos razones, con las que pretende convencer al auditorio de que es falsa esa piedad. La primera: cuando un hijo se muere ¿qué se hace con la parte de herencia que le corresponde? Acrece la parte de los demás; ¿por qué?, se pregunta, pues tal hijo no ha muerto. Como consecuencia, si fuese piadoso, ese padre enviaría a su hijo muerto la porción hereditaria adonde se fué, es decir, al cielo. Y para enviarla se servirá de los pobres, o sea de Cristo representado por ellos; la imagen de los indigentes portadores la repite con frecuencia en su predicación. Este pensamiento o imagen de enviar la parte de herencia del hijo muerto, mediante obras de misericordia, fué común a la Patrística como vamos a ver en seguida; no es frase original ni exclusiva de San Agustín.

San Jerónimo⁶⁵ al consolar a Juliano por la muerte de sus dos hijas, le invita a que las cuotas hereditarias que les corresponden sirvan para la redención de su alma y alimento de los pobres; ellas, sus hijas, están reclamándole su herencia. San Juan Crisóstomo⁶⁶ pretende también consolar a los padres por la muerte de sus hijos, estimando que no hay razón para llorarlos, pues, entre otras razones, aunque el padre pierda un heredero, debe alegrarse, pues es coheredero con Cristo; sin que deba preocuparse a quién va a dejar sus bienes, pues el padre debe enviárselos al hijo muerto, dándolos en limosna a los pobres, y así le servirán para bien de su alma. Además apunta una razón muy importante sobre la posible cristianización del mortuarium, que debió ser efectiva en muchos casos, como vimos.

San Agustín intentaba, como los demás Padres, la cristianización de las costumbres paganas. El influjo cristiano respecto de las exequias dió vida a muchas prácticas eclesiásticas que permanecieron unidas a la liturgia funeral a través de los siglos. Entre ellas las más importantes han sido las oblaciones y ofrendas litúrgicas, distribución de limosnas, banquetes o convivía defunctorum, bien previstas en las disposiciones de última voluntad, o en su defecto

65. "Bona liberis pares qui te ad Dominum praecesserunt; ut partes eorum non in divitias sorores proficiant sed in redemptionem animae tuae atque alimenta miserorum. Haec monilia filiae tuae a te expetunt, his gemmis ornari capita sua volunt... Repetunt a te partes suas...". *Epist.* CXVIII, ad Julianum" P. L. XXII, col. 963-64.

66. *Homil.* L I; P. G. XXX. n. 3-5; col. 369-376.

ordenadas por los herederos, parientes o amigos. Los efectos jurídicos de tales prácticas se sintieron en el derecho hereditario, haciéndose frente en todos los casos a estas expensas con los bienes del difunto, cuando los tenía.

Las obras de piedad y misericordia fueron ocupando el puesto de otras ceremonias, y cuando era imposible su desaparición quedaban transformadas por el espíritu cristiano. La distribución de limosnas⁶⁷ se impuso de tal modo que rara vez faltaría en los entierros, repartiéndose por los familiares, ya en la misma iglesia, presente el cadáver, o bien sobre la misma tumba. Lógicamente estas distribuciones estaban en relación con la fortuna dejada por el difunto.

La insistencia con que los Padres hablaban de estas obras de piedad en favor de los moribundos hizo que arraigaran en lo más íntimo de la conciencia cristiana. Recordemos a San Paulino describiendo el entierro de la esposa de Pammachio⁶⁸; en tal ocasión innumerables indigentes llenaron la basílica romana, donde se celebraba, recibiendo limosnas y víveres de un modo que evocaba la escena evangélica de la multiplicación de los panes y peces⁶⁹. El fundamento de estas distribuciones caritativas estaba en las razones puestas por los Padres, o sea el valor sobrenatural meritorio para el alma del difunto⁷⁰. Tal presencia y abundancia alcanzaron estas limosnas que la Iglesia tuvo que corregir los excesos, ya por el posible perjuicio para los derechos de los hijos en los bienes hereditarios, bien en orden a los escándalos en los convites y distribución

67. S. Agustín; *Ench.* P. L. XL, 283: "Neque negandum est defunctorum animas pietate suorum viventium relevari cum pro illis sacrificium mediatoris offertur, vel eleemosynas in ecclesia fiunt..." S. AMBROSIO, *Epist. XIII Dilectissimo Pammachio*, P. L. LXI, col. 213. *Concilio IV de Cartago*, canon XCV: Qui oblationes defunctorum, Mansi, III, 958.

68. "... quanto ipsum apostolum attollebas gaudie, cum totam ejus basilicam densis inopum coetibus stipavisses..." *Epist. Cit.* P. L. LXI, col. 214.

69. *Ibidem*.

70. "Sed egena corpora fovens, releuntibus in meliorem tuam partem operibus tuis, retributione divina tuum potius spiritum saginasti; et benedictae conjugis animam refecisti; in illam transfundente Christi manu, quae tua pauperibus erogabantur, eum in ictu oculi permutata in caelestes cibos carnalis esca transiret..." SAN PAULINO; *Epist. XIII, Dilect. Pammacho*, P. L. LXI, col. 215.

de limosnas, o ya en la reaparición de las costumbres paganas que tardaron mucho en desaparecer⁷¹.

El segundo argumento aducido por San Agustín en la homilía LXXXVI, que estamos comentando, es el siguiente: como ha hablando de la muerte de un hijo teme entristecer al auditorio, y entonces cambia la figura retórica para conseguir el mismo efecto, o sea luchar contra la falsa piedad hacia los hijos. Dice el Santo, figúrate, no que se te ha muerto un hijo, sino que te ha nacido uno nuevo, uno más: Cristo. Y así, con este razonamiento encaja las famosas palabras tan comentadas y repetidas: "pon a Cristo entre tus hijos; déjale a tu Señor formar parte de la familia", etc. "Suponiendo tengas dos, cuéntale a El por tercero", etc.⁷². "La avaricia, decía a continuación, no tiene nada que responder", y la comunidad conmovida aplaudió satisfecha, como hace notar el mismo orador sagrado. Terminó exhortando a la limosna. Eso es todo. Basta leerla para comprender que San Agustín no pretende otra cosa que corregir la avaricia, obtener de los fieles que asistan a Cristo invisible en los pobres, que no arguyan con la piedad hacia los hijos, porque si muere uno deben enviarle su parte, mediante obras de misericordia; y si viven todos, también deben ayudar a los pobres, pensando que tienen un hijo más, el mismo Cristo.

Una vez conocida la homilía recuérdese la importancia dada a ésta por los diversos autores, creyendo, como Schultze, que el Santo aconsejó a los fieles dejar una parte de la herencia en favor de Cristo. ¿Tanta fuerza jurídica tuvieron las palabras de San Agustín para provocar la costumbre de dejar una cuota o porción de la herencia a la Iglesia o al alma? Para medir el alcance de su consejo, uno más de los contenidos en la extensa homilía LXXXVI, se hace preciso tener en cuenta que no es más que un recurso oratorio, considerando a Cristo como un hijo entre sus herederos, a los efectos de conseguir la caridad y combatir la avaricia. Lo que vemos confirmado examinando los textos de otros Santos Padres que utilizaron la misma imagen, de Cristo heredero, para aconsejar las obras de caridad.

71. S. AGUSTÍN: *Carta a Aurelio, obispo de Cartago*, año 392 B. A. C. Madrid, 1951, VIII, p. 89.

72. *Conf. nota 62.*

San Ambrosio⁷³, maestro de San Agustín, se complace en virtud de una fiducia en disponer de los bienes de Satiro en favor de los pobres, cuyo lugar ocupa Cristo como heredero; le dice en la Oración o llanto a su muerte que, aunque no quiso hacer testamento, no ha perdido un heredero, precisamente porque ayudará a su coheredero (Cristo en los pobres); ha cambiado a un sucesor en cosas corruptibles por un copartícipe en las inmortales. La consecuencia que deduce es al mismo tiempo la razón suprema que sustentaba el pensamiento de la Patrística: se le deja más al heredero cuando su porción se destina ad pretium futurorum. Es exactamente el mismo tema que ya había ilustrado de mano maestra San Cipriano⁷⁴, obispo de Cartago, cuya influencia fué decisiva en la Iglesia de su tiempo y muy sensible en los Padres posteriores.

Con las mismas palabras de San Agustín exponía San Jerónimo⁷⁵ dicha fórmula, tan repetida, de considerar a Cristo entre los hijos herederos: dice a una viuda que piense en su alma al partir los bienes, y no los deje todos a sus hijos; es más, que haga a Cristo coheredero de éstos. Más de una vez aconsejó San Jerónimo que nombrasen heredero a Cristo⁷⁶, dejando precisamente los bienes propios a los pobres, es decir al Cristo que todavía vive y puede

73. "Nec tu perdidisti haeredem, quae adjuvas cohaeredem: sed pro successore corruptibilium, mutasti consortem immortalium. Habes qui tibi repraesentet haeredem: solve pauperi quod debetur haeredi... Plus successori tuo relinquis, si portio ejus non ad luxum praesentium proficiat, sed ad pretium futurorum; *De Exessu*, II, 13. P. L. XVI 1319.

74. "Fac tibi possessionum terrestrium Christum participem, ut et ille te sibi faciat regnorum caelestium cohaeredem". *De opere et elemosynis*, c, 13. P. L. IV.

75. "Si qua autem vidua habet liberos et maxime si nobilis familiae est, agentes filios non dimittat; sed ex aequalitate eos amet, et ut meminerit primum animae suae, et ipsam putet esse de filiis et patiatur potius cum liberis, quam omnia filius derelinquat; immo Christum liberorum suorum faciat cohaeredem". *Epist. CXX ad Hedibiam, De quaestionibus*, XII. P. L. XXI, 984-85.

76. "Cui dimittes tantas divitias? Christo qui mori potest. Quem habebis haeredem? Ipsum quem et Dominum. Contristabitur pater, sed et laudabitur Christus: lugebit familia, sed angeli congratulabuntur. Faciat pater quod vult de substantia sua: non es ejus, cui nata es, sed cui renata: et qui te grandi pretio redemit, sanguine suo". *Epist. LIV, ad Furiam, De vindicta servanda*; P. L. XXII, col. 551.

morir; al mismo Señor. Si de valor jurídico queremos hablar, diremos que ningún Padre ni otro escritor eclesiástico aconsejó cuota hereditaria alguna. Como veremos después, los textos que se aducen para demostrar la influencia jurídica de los consejos ya conocidos, suponen todo lo contrario, es decir, que pretendían poner un límite a las disposiciones piadosas cuando comparaban la parte hereditaria dejada a fines espirituales con la que debían destinar a sus hijos. No puede, por tanto, valorarse aisladamente la influencia de un santo Padre a ese respecto en el Derecho. Sí, es cierto que la doctrina común sobre las disposiciones pro anima alcanzó bien pronto su valor jurídico, pero sin la influencia particular y concreta de un autor eclesiástico determinado. Justiniano⁷⁷ parece seguir el consejo de considerar a la Iglesia heredera al partir los bienes, según la Novela CXXIII "De Sanctissimis et Deo amabilibus", pero no puede apreciarse si lo hace inducido por las palabras de San Jerónimo o de cualquier otro Padre. Por ella se dispone el modo de dividir los bienes cuando alguien ingresa en un monasterio, de forma que si quiere repartir todo su haber entre los hijos deberá hacerlo contando su persona como un hijo más, y esa parte corresponderá por derecho al monasterio.

Mente de San Agustín: recta interpretación.—Para comprender con exactitud su pensamiento a este respecto, es necesario tener en cuenta el fin que se propuso cuando señalaba la cuantía de las disposiciones piadosas en una parte igual a la de los hijos; dicho fin era afrontar el peligro que amenazaba a los deberes familiares, en cuanto que por un falso celo religioso comprometerían los fieles su patrimonio, perjudicando los legítimos intereses de los hijos. En tales ocasiones él encontraba dos obstáculos: el derecho hereditario romano, de una parte, y de otra, la avaricia que a veces movió al clero para captar herencias y donaciones.

En cuanto al Derecho romano, si bien es cierto que la Iglesia en general se sirvió de los medios técnico-jurídicos que le proporcionaba, contribuyendo a su desarrollo jurídico-patrimonial, sin embargo ofrecía el grave inconveniente de la libertad de testar, fren-

77. "Si vero omnem substantiam inter filios dividere voluerit, propria sua persona filiis communerata, unam sibi partem modis omnibus retineat quae debeat iuri monasterii competere". *Nov. CXXIII, c. XXXVIII*, Si qua mulier. C. I. C. Rudolfus Schöell. Berlín, 1928.

te a la cual opusieron siempre los Padres el respeto a las obligaciones y cargas familiares. El deseo de atender a la salvación del alma mediante la distribución y desprendimiento de los bienes, se vió grandemente facilitado a partir de la Constitución de Constantino⁷⁸ por la que se concedía licencia a todo ciudadano para dejar sus bienes, al morir, en favor de las iglesias. Como consecuencia, entre los medios de alcance de los fieles, el testamento en todas sus formas, fué el más excelente para conseguir, tanto aquéllos como la Jerarquía⁷⁹ el fiel cumplimiento de sus disposiciones espirituales para después de su muerte.

Por lo que se refiere a la excesiva solicitud de monjes y clérigos respecto de herencias o legados píos, sabemos que requirió varias veces las amonestaciones de la Iglesia, a través de epístolas, sermones y comentarios de los Santos Padres. Y este estado de cosas parece que motivó la intervención de la autoridad imperial mediante alguna disposición severa, según manifiestan las quejas de ciertos Padres. San Jerónimo, proponiéndose con energía atacar esa avaricia de los clérigos que se interponían entre la Iglesia heredera y los testadores, se lamentó al mismo tiempo con dolor de que esa conducta mereciese una ley prohibiéndoles recibir herencias, legados o donaciones de los fieles, incluso bajo la forma de fideicomisos⁸⁰. Del mismo modo San Ambrosio⁸¹ se hace eco de dicha prohi-

78. "Imp. Constantinus A. ad Populum. Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens honorum quod optavit relinquere"... *De sacrosanctis ecclesiis*. C. I., 2.1. Ed. cit.

79. El testamento de San Gregorio Nacianceno nos muestra la costumbre usada en Oriente en el siglo IV, Conf. *Le testament de Saint Gregoire de Naziance*. F. MARTROYE: *Extrait des memoires*, París, 1924. Era frecuente dejar grandes fortunas a la Iglesia, como puede verse en Paul ALLARD: *Une grande Fortune romaine au cinquieme siecle*. "Revue des Questions Historiques", XXXVII, 1907. París. Sobre la distribución que hizo de sus bienes Santa Melania, *Analecta Bollandiana*, t. XXII, 1903, pp. 5-50.

80. "Nec de lege conqueror: sed doleo cur meruimus hanc legem Cauterium bonum est. Provida seyaque legis cautio et tamen nec sic refrenatur avaritia. Per fideicommissa legibus illudimus... *Epist. LII ad Nepotianum, de vita clericorum*. P. I., XXI, col. 532.

81. At contra, nobis etiam privatae sucessionis emolumenta recentibus legibus denagantur... non enim putamus injuriam, quia dispendium non dolemus..." "Scribuntur testamenta tamplorum ministris, nullus excipitur profanus, nullus ultimae conditionis... soli ex omnibus clerico commune jus clau-

bición imperial, quejándose de que el clero católico fuese tratado con tal vejación, y por tanto, apareciendo en condiciones de inferioridad y desprecio frente a los ministros del culto pagano. Si bien ambos padres advierten que su queja no era motivada por razón de los bienes temporales que perderían, sino por las causas que decidieron tal medida y por la desigualdad de trato recibido del Estado. San Agustín combate enérgicamente semejante actitud de monjes y clérigos, a quienes dedica sus famosos sermones CCCLV y CCCLVI⁸² que referimos a continuación.

Así, pues, tuvo que enfrentarse San Agustín con los problemas y dificultades que tanto la libertad de testar como la actitud de su clero le presentaban. Las soluciones que fué dando en las consultas influyeron a modo de jurisprudencia, pasando después a constituir otros tantos cánones conciliares⁸³; y las más de las veces sirvieron de crítica dura mezclada con exhortaciones a través de sus homilias. Como pensamiento central ha de señalarse: el respeto sagrado a los deberes de justicia y de piedad⁸⁴, los cuales no podían olvidarse ni comprometerse con falso celo religioso, amparados jurídicamente por el Derecho romano. La rectitud de su criterio está patente en las numerosas decisiones formuladas en los casos en que la Iglesia, por voluntad de algún donante, concurría a la división del patrimonio con los familiares. Antes que perdiesen la paz y unión ciertos hermanos, prefirió que se entregase a una iglesia pobre sólo la mitad de los bienes, devolviendo a los hermanos del bienhechor la otra mitad⁸⁵. Era su criterio más bien escrupuloso,

ditur... nulla legata vel gravium viduarum, nulla donatio... malo enim nos pecunia minores esse, quam gratia". *Epist. XVIII, dirigida al Emperador Valentiniano*; n. 12 y 14, respectivamente, P. L. XVI col. 976.

82. Si quis irascitur in filium suum et moriens exhereditat eum, si viveret, non eum placarem? non ei filium suum reconciliare deberem. Quomodo ergo cum filio suo volo ut habeat pacem cujus appeto haereditatem? *Sermo CCCLV*, P. L. XXXIX, col. 1571.

83. François MARTROYE: *Saint Augustin et le droit d'heritage des Eglises et des monasteres*. M. S. Nat. des Antiquaires de France, t. 68, p. 122, París, 1909.

84. Al ser llamado para decidir los litigios entre familiares a causa de herencias solía decir: "... Quid autem velle potero Deo regente, nisi quod justitia jubet et pietas postulat?" *Sermo CCCLVI*. P. L. XXXIX, col. 1576.

85. "... cum consilii meo divisit ipsam rem et dimidiam donavit fratribus,

cuidando que sus monjes no apareciesen como poseedores de bienes, por lo que procuraba con toda diligencia poner a nombre del monasterio fundado las herencias y donaciones fiduciarias recibidas por ellos⁸⁶. Exigía, además, a sus fieles que si algo querían dar a los clérigos fuesen bienes u objetos destinados al uso común,⁸⁷ como consecuencia de su actitud frente a la avaricia.

Con estos antecedentes podemos descubrir el verdadero sentido de aquellas palabras: tienes un hijo, considera a Cristo otro; dos tienes, sea Cristo el tercero... le darás a El una parte igual a la de tus hijos. ¿Qué quiso decir San Agustín? No encontramos intérprete más adecuado que él mismo; providencialmente tuvo que repetir dicho consejo varias veces, expresando en algunas ocasiones su intención con toda claridad, dándole su alcance de manera precisa y evidente. Así lo hizo cuando pronunció el conocido sermón CCCLV, "De vita et moribus clericorum suorum", con el cual se defiende San Agustín de diversas acusaciones como aquella que propalaron fieles y enemigos, de no querer recibir herencias en favor de la Iglesia, perjudicando, según ellos, seriamente a la diócesis Hiponense, a la que nadie quería instituir heredera por dicho motivo⁸⁸.

Interesa de modo especial que subrayemos cómo define exactamente su postura, respecto del problema hereditario. La principal dificultad se presentó cuando uno de sus monjes, Jenaro, se reservó cierto dinero bajo el pretexto de custodiarlo hasta la edad conveniente de una hija, a la que dijo pertenecía; pero enfermando y puesto a morir, previo juramento de que el dinero era propio, hizo testamento, instituyendo heredera a la Iglesia: "¡O, dolor, illius

dimidiam Ecclesiae pauperi in loco eodem constitutae". *Sermo CCCLVI*, P. L. XXXIX, col. 1576.

86. "...ipso presbytero Bernabae donatus est ... in ipso loco monasterium instituit. Sed tamen quia nomine ipsius donatus erat locus, mutavit instrumenta, ut nomine monasterii possideatur". *Sermo CCCLVI*, P. L. XXXIX,

87. "Si quis meliorem dederit, vendo; quod et facere soleo; ut quando non potest vestis esse communis, pretium vestis possit esse commune. Vendo et ergo pauperibus". *Sermo CCCLVI*, P. L. XXXIX, col. 1580.

88. "Ecce quare nemo donat Ecclesiae hiponensi aliquid: ecce quare non eam faciunt qui moriuntur haeredem: quia episcopus Augustinus de bonitate sua... donat totum, non suscipit". *Serm. CCCLV*, P. L. XXXIX, col. 1571.

societatis"! ⁸⁹ —exclama San Agustín— negándose a aceptar la herencia. La razón era bien clara para él: ese capital tenía sus herederos, es decir, los hijos del monje ⁹⁰. De modo que frente a la acusación de privar de bienes a la Iglesia, él responde que siempre recibirá herencias y donaciones piadosas, pero nunca en perjuicio de los herederos; al contrario aceptará esas herencias si hacen lo que tantas veces ha aconsejado: "unum filium habet, putet Christum alterum..." ⁹¹, tiene dos, considere a Cristo el tercero, tiene diez, haga a Cristo el undécimo; con lo que repite las palabras ya conocidas de la homilía LXXXVI. Y añade inmediatamente que por eso recibió la herencia del hijo de Juliano, porque había muerto sin dejar sucesión.

Sigue acumulando argumentos, deshaciendo dudas y explicando su actitud en los diversos casos, conocidos de todos los fieles. Es más, para completar el sentido de su célebre consejo, recuerda y alaba al obispo Aurelio, quien devolvió la nuda propiedad de unos bienes donados a su iglesia por matrimonio sin hijos, porque después de hecha la donación nacieron éstos, estando en potestad del obispo, dice San Agustín, el no devolverlos, si bien iure fori, no iure poli ⁹².

De modo bien claro consta, y nos extraña que así no se haya visto, la mente de San Agustín: defender las legítimas esperanzas de los hijos, no pudiendo en recta moral admitirse una herencia o donación en perjuicio de aquéllos. Con este fin aconseja lo que tantas veces ha dicho —lo sabemos por la homilía LXXXVI, por el

89. "Sed Ecclesiam scripsit haeredem! Nolo munera ista, non amo amaritudinis fructum" *Ibidem*, col. 1571.

90. "... propeter hunc dolorem statui haereditatem ipsam in Ecclesia non suscipere. Filiorum ipsius sit quod reliquit, ipsi inde faciant quod voluerint", *Ibidem*, col. 1371.

91. "Sed plane si faciat quod saepe hortatus sum; unum filium habet, putet Christum tertium; decem habet Christum undecimum faciat et suspicio... Ecce unum dico, filii Juliani haereditatem suscepi, quare? Quia sine filiis defunctus est". *Ibidem*, col. 1572.

92. "Quidam cum filios non haberet, neque speraret, res suas omnes retento sibi usufructu donavit Ecclesiae. Nati sunt illi filii, et reddidit episcopus nec opinanti quae ille donaverat. In potestate haberet episcopus non reddee; sed iure fori, non iure poli". *Serm. CCCLV*, P. L. ... 1572.

comentario al salmo XXXVIII⁹³, y por el sermón que comentamos—: que los fieles den limosnas de sus bienes, que hagan donaciones en favor del alma, pero entregando a este fin todo lo más una porción igual a la de cada hijo; pero entiéndase bien, no en sentido obligatorio de que han de dejar una porción de esa cuantía a Cristo o a la Iglesia, sino en cuanto que moralmente no debe sobrepasar dicha liberalidad piadosa a la parte dejada a un hijo. Es por tanto la intención de San Agustín la de señalar un límite a la libre disposición, evitando: o que fuesen desheredados los hijos, en beneficio de la Iglesia, o que sufrieran cualquier otro perjuicio en sus derechos por excederse el padre en las donaciones pías.

¿Cómo puede pasarse de las palabras de San Agustín a la cuota pro anima? Ni de sus consejos, ni de las palabras de San Jerónimo, ni de cualquier otro Santo Padre ha nacido una cuota hereditaria pro anima o en beneficio de la Iglesia. Si han hablado de Cristo heredero ha sido utilizando una figura literaria para exhortar a la caridad y a las obras de misericordia en beneficio del alma. De aquí que con el tiempo cuando el consejo cristiano de seguir a Cristo lleva consigo la disposición de los bienes temporales tenía muy en cuenta el respeto a la legítima de los hijos. En el Derecho Imperial una situación semejante está prevista, habiendo cuajado en disposiciones legales concretas⁹⁴ la doctrina de los Santos Padres, caracterizada por el sagrado respeto a los deberes de familia, lo cual posteriormente se consiguió con la porción legítima en la cuantía señalada por el Derecho.

93. "Cum autem servaveris in terra, dic mihi cui congregabis ea? Filios habes: unum plus numera, et da aliquid et Christo. Thesaurizat, et non cognoscit cui congregabit ea: vane conturbatur". *Enarratio in psalmum XXXVIII*, P. L. XXXVI, col. 424.

94. "Si qua mulier aut vir monasticam elegerit vitam et intraverit in monasterium filiis non extantibus, monasterio in quo ingreditur et res eius competere iubemus. Si vero talis persona filios habeat et non antequam intrem in monasterium de suis rebus fecerit dispositionem et legitimam partem filiis deputaverit, etiam sic liceat (ei) et postquam ingreditur monasterium suam facultatem in proprios dividere filios, ita tamen ut nulli filiorum suorum minuat legitimam partem; quam vero non dederit filiis partem, monasterio competat. Si vero in monasterium degens moriatur, antequam inter filios suos proprias distribuatur res, legitimam partem filii percipiant, reliqua vero substantiae pars monasterio competat". *De Sanctissimis et Deo amabilibus, Nov. CXXIII*, c. XXXVIII, Si qua mulier. C. I. C.

Que el consejo de San Agustín tuvo ese alcance que indicamos lo vemos a través de la interpretación dada en el siglo IX por el concilio Aquisgranense del año 816⁹⁵, el cual da normas acerca de la vida y costumbres del Clero; para ello acoge las palabras de San Agustín, respecto de las herencias en favor de la Iglesia, y transcribe el mencionado sermón CCCLV bajo el número CXII de los capítulos. Juntamente con el sermón CCCLVI⁹⁶ "de vita et moribus clericorum" sirve como de norma introductoria y a la vez de base a los capítulos sobre la situación económica del clero, pobreza, bienes eclesiásticos, etc., sobre todo en relación con las disposiciones pías y derechos familiares.

En el siglo XII Graciano insiste sobre el respeto hacia el derecho de los hijos en las disposiciones hereditarias, y para ello no encuentra testimonio más competente que la autoridad de San Agustín, transcribiendo las citadas palabras del sermón CCCLV, e interpretando su recto sentido. Se pregunta si el testador tiene libertad para disponer de sus bienes una vez que San Agustín dice que ha de distribuir su herencia de acuerdo con el número de hijos más uno, o sea Cristo⁹⁷; entonces expone el sentido literal de aquellas palabras, diciendo que no es un mandato, sino que intenta disuadir a los fieles para que ninguno desherede a su hijo, dejándolo todo a Cristo. Descubre a continuación, es decir después de transcribir el párrafo "Si quis irascitur filio suo", la mente de San Agustín y expresa que no es otra sino la de fijar una medida o límite al testador, no imponiéndole una cuota obligatoria, sino prohibiéndole pasar dicho límite⁹⁸. Al plantear esta duda, ya metódica, o bien

95. *Monumenta Germa. Hist. Concilia II*, Hannov. año 1906, pp. 385-89; 389-94.

96. *Monumenta Germa. Hist. Concilia II*, pp. 385-89; 389-94.

97. "Sed non videtur libera testatoris voluntas, cum secundum Augustinum pro numero filiorum debeat fieri testamentaria distributio facultatum, veluti, si quis habet unum filium, Christum putet alterum; si vero duos Christum faciat tertium, etc sic per ordinem... Sed illud Augustini non est iubentis, sed dehortantis, ne quis iratus filium suum exheredaret, atque totum Christo relinqueret". *Decret. Causa XIII*, Q. II, c. VII, *Aemilius. Friedberg*, 1955.

98. "Gratian. Hac nimirum auctoritate mensura testatori prefigitur, non quam cogatur exsolvere, sed quam prohibetur transcendere" C. XIII, Q. II, c. VIII.

real, Graciano resuelve la posible contradicción entre el consejo agustiniano y la libertad de testar. Al mismo tiempo para nosotros representa un testimonio de gran valor en varios sentidos, particularmente ahora para confirmar la intención de San Agustín cuando tantas veces ha dicho que Cristo sea considerado como un hijo más, respecto de la herencia. Es evidente la falta de causalidad positiva entre los sermones referidos y la *pars animae*, en el sentido de aconsejar una cuota para causas pías, cuando es al contrario, señala un límite a esas liberalidades.

La interpretación de Graciano, que es auténtica, fué confirmada por los decretistas, como por ejemplo el Maestro Rufino, quien examina la aparente dificultad entre las citadas palabras de San Agustín y otros cánones del Decreto, o sea la Causa XIX, Q. III, c. *Si qua mulier*⁹⁹ por el cual puede dejarse los bienes al monasterio donde se ingresa reservando a los hijos la legítima. A lo que responde Rufino¹⁰⁰ que las palabras de San Agustín no suponen una prohibición, sino que solamente se propone disuadir para que ninguno deje a la Iglesia una parte mayor que la recibida por el heredero, y sobre todo para que nadie airado contra su hijo haga tal cosa. Sin embargo, no obsta dicho consejo para que respetada la legítima, todo lo demás pueda darse a la Iglesia, según las leyes civiles.

Dr. J. A. INFANTES FLORIDO
*Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad
de Sevilla.*

99. Recoge la disposición de Justiniano; confer.

100. "Sed istud augustini non prohibitio, sed dissuasio est, scilicet ut non plus conferat ecclesiae quam relinquat haeredi. vel ex causa intelligendum, videlicet ut non contra filium iratus hoc faciat unde dicit: Si quis irascitur. Pia vere menti deliberatione precedente praeter legitimam omnia sua potest dare ecclesiae, sicut asserunt leges humanae". *Summa Magistri Rufini*. Ed. Dr. H. Singer. Paderborn 1902, p. 336.

EL REAL PATRONATO DE CANARIAS

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I: CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ECLESIAÍSTICO DE CANARIAS. A) La Catedral y las parroquias; B) Diezmos; C) Estatutos.

II: LA INSTITUCIÓN DEL REAL PATRONATO DE CANARIAS. A) Antecedentes; B) La bula "Orthodoxae fidei" de Inocencio VIII; C) Epoca en que empezó a regir el nuevo orden; D) Su naturaleza y contenido; E) Transcendencia; F) Los beneficios curados; a) Su carácter y procedimiento especial de provisión; G) Invocación del Real Patronato en las contiendas y resoluciones sobre ceremonial; a) El cabildo catedral, frente a los inquisidores y en sus controversias con los obispos; b) La Audiencia como representación regia; c) Los Ayuntamientos de Gran Canaria y Tenerife y los beneficiados de La Laguna en oposición al cabildo eclesiástico.

III: FUNDACIONES DE REAL PATRONATO.

APÉNDICE DOCUMENTAL.

INTRODUCCIÓN

El Patronato Regio de Canarias ha pasado casi siempre inadvertido a los historiadores generales. A ello ha contribuído, sin duda, el que en las recopilaciones de las leyes de España y de Indias no se menciona su existencia, y que si se le compara con el trascendental patronato indiano su importancia es escasa. Sin embargo, la institución a que nos referimos presenta particular interés histórico-jurídico en el campo de las relaciones entre la Iglesia y el Estado no sólo por haber sido, junto con la de Granada y Puerto Real, la primera merced pontificia de un real patronato de carácter amplio o *universal* sobre un territorio geográficamente bien determinado, sino, también, por que la gestión por parte de los reyes de esta concesión extraordinaria de la Santa Sede confirma que no hubo hasta en-

tonces un auténtico patronato regio de España, sobre todo el ámbito nacional, como pretendieron después los monarcas y afirmaron los regalistas del siglo XVIII al considerar que el derecho a presentar para cargos eclesiásticos era una consecuencia de la soberanía territorial¹.

Es verdad que los soberanos españoles desde fines del siglo XIII habían logrado que a su ruego el Papa nombrase a los obispos y por costumbre tolerada o gracia especial de los pontífices presentaron clérigos a ciertos beneficios². También se les otorga o reconoce, como a los particulares, el patronato de las iglesias que fundaran y dotasen. Aún más, los pontífices declararon a favor de los reyes el derecho a disponer de varias dignidades y bienes eclesiásticos y les reservan un patronato especial en razón de los méritos contraídos en servicio de Dios y de la Iglesia al luchar contra los mahometanos propagando la Fe en las tierras reconquistadas. Pero ninguno de tales privilegios, a pesar de los términos generales en que algunos son concedidos, alcanzó la consideración jurídica de título bastante para constituir un patronato *universal* ni tuvo prácticamente este efecto, para el cual es necesario esperar al concordato de 1753. Todavía lo que entonces se consigue no es seguramente un verdadero patronato, sino un derecho *sui géneris* de presentación.

El Real Patronato de Canarias fue, en cuanto a su título,

1. La existencia desde antiguo de un real patronato de España, amplio o general, se ha sostenido de un modo más o menos preciso hasta nuestros días, invocándose como base jurídica del mismo el canon 6 del concilio XII de Toledo y la práctica constantemente repetida desde el siglo VII. (Cf. Antonio YBOT DE LEÓN: *La Iglesia y los eclesiásticos españoles en la empresa de Indias*. Barcelona, 1954, págs. 296-297.) Un escrito anónimo de carácter regalista sobre el Real Patronato de España, que se conserva en el archivo de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Tenerife (La Laguna), defiende la tesis de que el privilegio es inmemorial y que las licencias que otorgaban los reyes para la elección de los obispos eran prueba de que en la Corona residía tal derecho, pero, al propio tiempo, advierte en cuanto a lo observado en la práctica que, según el testimonio de Miguel Roussel, en la época de Urbano VI todos los beneficios de España fueron de libre colación de la Santa Sede. (Archivo citado, leg. 20/27.)

2. Demetrio MANSILLA REYO: *Iglesia castellanoleonesa y Curia Romana en los tiempos del rey San Fernando*. Madrid, 1945, págs. 181-182.

análogo al de Indias; pero aquél no evoluciona en el sentido de este último, que llega a crear una situación peculiar extraordinaria dentro del derecho canónico universal, caracterizada por un desplazamiento hacia los órganos del Estado de iniciativas y funciones en gran parte tradicionalmente indelegadas por la suprema autoridad eclesiástica³. En Canarias, por el contrario, la tendencia más destacada en el desenvolvimiento de la institución es ir a una uniformidad eclesiástica con la Península. Así, el excepcional régimen que disfrutó el País en cuanto a la provisión de los beneficios, consistente en que los cabildos seculares intervinieran para cubrir en propiedad las vacantes, abriendo concursos y proponiendo dos personas idóneas al rey, desaparece con el tiempo, pues ya en el último tercio del siglo XVIII los obispos de las Islas logran, definitivamente, la facultad de convocar los mencionados concursos, hacer los exámenes y elevar las propuestas de los aspirantes más beneméritos a la Corona.

I. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ECLESIASTICO DE CANARIAS.

A) *La catedral y las parroquias*

La historia eclesiástica de Canarias ofrece la particularidad de que en época anterior a la Conquista, todavía en los primeros intentos de evangelización del Archipiélago, es creada la diócesis. En efecto, por la bula *Celestis rex regum*, de 7 de noviembre de 1351, el papa Clemente VI erige el obispado de la Fortuna y nombra a su primer pastor fray Bernardo, de la Orden de Monte Carmelo. No se trata de conferir un título episcopal *in partibus*, sino de crear una diócesis de carácter «misional». En dicha bula se advierte que el lugar donde se levantara la catedral sería denominado «ciudad». Muy pronto aparece con su sede en Telde (Gran Canaria) y a fray Bernardo le suceden tres o cuatro obispos, el último por título expedido

3. Manuel GUTIÉRREZ DE ARCE: *Regio Patronato Indiano*, en "Anuario de Estudios Americanos", tomo IX, Sevilla 1954, págs. 107-168.

en 1392. Estaban exentos de jurisdicción intermedia por depender directamente de la Curia pontificia ⁴.

La extinción tácita del obispado de Telde se produce definitivamente con la bula *Romanus Pontifex*, de 7 de julio de 1404, donde ya se establece una organización canónica ordinaria. Por ella se erige el castillo de Rubicón, de la isla de Lanzarote, en ciudad; su pequeña iglesia de San Marcial, en catedral, y se extiende la nueva diócesis a todas las Canarias, declarándose que queda sufragánea de la archidiócesis de Sevilla. Veinte años después se crea otro obispado, el de Santa María de Betancuria, en Fuerteventura, con jurisdicción en esta isla y las demás, excepto Lanzarote, también sufragáneo del arzobispado de Sevilla, pero al ser suprimido en 1430 se restablece la situación anterior ⁵. En 25 de agosto de 1435 el papa Eugenio IV, por otra bula despachada en Florencia, confirma la creación de la catedral de Rubicón y ordena el traslado de la misma a Gran Canaria con la denominación de Iglesia Canariense y Rubicense, cambio de residencia que no pudo verificarse, por no estar conquistada dicha isla, hasta el 20 de noviembre de 1485 y previa confirmación de la nombrada bula por otra de Pío II, dada en Petreoli a 9 de octubre de 1462. En virtud de la bula de Pío VII, expedida en Santa María la Mayor el 1 de febrero de 1818, a la que siguieron el correspondiente pase regio de 24 de marzo siguiente y la real orden auxiliatoria de 27 de agosto de 1819, se segregaron del obispado de Canarias las islas de Tenerife, La Palma, La Gomera y El Hierro, para formar otra diócesis, denominada Nivariense o de Tenerife, cuya sede había de resi-

4. Antonio RUMEU DE ARMAS: *El Obispado de Telde*, Patronato de la "Casa de Colón", Biblioteca Atlántica, Madrid, 1960, Las Palmas.

5. Intimamente relacionado con el dominio de los Las Casas en Canarias está la creación del obispado de Fuerteventura, el cual ya observó el doctor Wölfel que no debió establecerse por gestiones de los Bethencourt. Estimamos probable que obedeciera a instancias de Juan de Las Casas o de Fernán Peraza, puesto que, según la conocida "Información de Cabitos", el primero dió en dote al segundo la isla de Fuerteventura. (Dominik Josef WÖLFEL: *El efímero obispado de Fuerteventura y su único obispo*, en "Investigación y Progreso", Madrid, año VIII, 1934, núm. 3, págs. 83-89; José PERAZA DE AYALA: *Juan de Las Casas y el señorío de Canarias*, en "Revista de Historia", núms. 119-120, La Laguna, 1957, págs. 65-82.)

dir en la ciudad de San Cristóbal de la Laguna, iglesia de los Remedios. En el concordato de 1851 fue suprimido el nuevo obispado; pero, al fin, es restablecido definitivamente por real decreto concordado de 27 de febrero de 1877.

Viera destaca un especial carácter a la organización eclesiástica de Canarias, consistente en una centralización administrativa en la Catedral, que recuerda los primeros tiempos de la iglesia. Dice así:

«Todas las iglesias parroquiales fueron en su origen un suplemento a las catedrales de la diócesis, porque, habiéndose multiplicado el número de los fieles, se creyó indispensable el erigir fuera de la ciudad principal otras iglesias, que llamaron parroquiales, como quien dice vecindarios, y también títulos, porque los presbíteros, a quienes se encargaba la administración, tomaban su denominación de ellas.

»Hállase confirmada esta práctica en nuestras islas. De la primitiva catedral de Rubicón, en Lanzarote, salieron las parroquiales de Fuerteventura, Gomera y Hierro, y de la nueva catedral de Canaria, todas las de esta misma isla con las de La Palma y Tenerife. Y así vemos que, desde luego, se reservó por los estatutos de aquella santa iglesia una parte de las rentas decimales para las parroquias de la diócesis, cuyos párrocos, que al principio lo fueron los mismos canónigos, tomaron el título de beneficiados porque, en efecto, todos son unos beneficios colativos y de real provisión, para la que precede concurso público de oposición, ejercicios literarios y demás circunstancias que diremos»⁶.

6. Joseph de VIERA Y CLAVIJO: *Noticias de la Historia General de las Islas de Canaria*. Madrid, 1772-1783. Edición definitiva bajo la dirección del Dr. Elías Serra Rafols, Santa Cruz de Tenerife, 1950-1952, tomo III (4.º). págs. 198-199.

La opinión del arcediano Viera en el asunto de que tratamos y la inexacta versión que nos da de ciertos particulares de la bula de Inocencio VIII, como luego veremos al hablar de la naturaleza y contenido del Patronato, es probable que obedeciera a su afán de reforzar los argumentos que esgrimían sus colegas en el pleito con el ayuntamiento de Tenerife sobre el uso de sillas de brazos en las iglesias del Real Patronato, litigio en donde, además, había intervenido como director de la parte del deán y cabildo eclesiástico de Canarias su propio hermano, también canónigo, el doctor en Jurispru

Abunda en el parecer de Viera el autor anónimo del «Prólogo» a los «Estatutos de la Catedral de Tenerife», quien, a su vez, se expresa en los siguientes términos:

«Los prebendados de la naciente iglesia de Rubicón eran unos verdaderos y propiamente dichos párrocos, con el mismo carácter y con la misma jurisdicción en lo espiritual y temporal que lo fueron los presbíteros en la Edad de Oro de la primitiva

dencia don Nicolás de Viera y Clavijo. En uno de los escritos de dicho pleito los prebendados razonaban del modo siguiente: "Aquí toda la diócesis es parroquia del obispo y la catedral la matriz y primordial a la que se unen las demás iglesias subalternas y de cuyo enlace resulta la reunión de todas entre sí en calidad de miembros de un mismo cuerpo de parroquialidad, verificándose en ellas, según los autores, aquel axioma filosófico *Que sunt eaden uni tertio...* Pero no así en aquella época en que cada párroco era como un obispo en su respectivo territorio con absoluta independencia del prelado diocesano en orden al pasto espiritual y sin incorporación a la iglesia catedral, la cual entonces no hacía figura de matriz. Mas, acá en nuestras islas y en casi todas las iglesias de España, el reverendo obispo y la mesa capitular por la parroquialidad anexa a sus destinos exigen *jure proprio* los diezmos y de ellos distribuyen cierta porción por vía de congrua con aquellos párrocos o beneficiados subalternos que como coadjutores (al modo que lo eran los 72 discípulos) sirven en las funciones parroquiales; no era así en el Pontificado ni ahora lo es en los obispados donde todavía se observa la constitución de San Dionisio, porque en ellos a los párrocos solamente corresponde el derecho de diezmar sin que los obispos que no son párrocos universales tengan alguna otra cuota decimal que la cuarta episcopal o porción canónica con que los mismos párrocos le contribuyen; y por la propia razón las catedrales de semejantes diócesis no tienen asistencia, sino resistencia de derecho *in pure decimandi*, como que este derecho es propio y privativo de aquellos verdaderos párrocos independientes de la inspección espiritual del obispo y en quienes no se verifica el concepto de coadjutoría apostólica a que eran destinados en la primitiva iglesia. Compare la otra parte ahora estas diversas situaciones, examínelas atentamente, acomódelas y confiéenos de buena fe que las iglesias del obispado de Canarias se conservan sobre el pie que las anteriores al pontificado de San Dionisio..." (Contestación que en 13 de julio de 1779 dió el cabildo catedral de Canarias al ayuntamiento de Tenerife en el litigio a que nos referimos. Archivo del antiguo Cabildo de Tenerife, hoy del ayuntamiento de La Laguna, S-VII, núm. 4.) El ayuntamiento, al oponerse a la pretendida parroquialidad del obispo, destacaba que en Canarias los beneficiados eran de real título con jurisdicción separada, sin confusión de límites. (Copia de un escrito del nombrado ayuntamiento en el mismo pleito. Archivo de Peraza de Ayala en La Laguna, leg. *Molina-Quesada*, II.)

Iglesia Católica, antes del establecimiento de las parroquias rurales y de párrocos propios ordenados a título de sus respectivos beneficios. De donde es que si bien los referidos prebendados de Rubicón consintieron en el establecimiento de las parroquias, o hablando propiamente ellos mismos con su obispo las erigieron o fundaron a medida que progresaba la conquista de las Islas, en la que los prebendados de Rubicón no tenían la menor parte, no por eso renunciaron absolutamente a la naturaleza y carácter de párrocos primitivos y más principales, como que pertenecían a la iglesia catedral, que en el lenguaje de los cánones es la madre y maestra de las iglesias subalternas o filiales de la Diócesis. Por eso es que a los prebendados de Rubicón tocaban por derecho, como en Sevilla y Cádiz, los diezmos y primicias; así como a ellos, por igual imitación, tocaba originariamente la cura de las almas bajo del prelado y con el prelado, en toda la extensión del terreno conquistado, y que hubiera de conquistarse.»⁷

La opinión de que las parroquias de Canarias surgieron de su catedral ha sido admitida hasta el momento presente⁸.

Sin embargo, ya en 1865, el doctor don Agustín Díaz Núñez se manifiesta en contra de las afirmaciones de Viera, que antes transcribimos, y señala la impropiedad de hablar de catedrales con referencia a los primeros siglos de la Iglesia. Niega, por tanto, que las parroquias de las Islas hubiesen salido de las catedrales y advierte que esto no podía darse en el orden canónico, sino la desmembración de otra parroquia. En cuanto a los diezmos dice que la contribución decimal era una propiedad de la Iglesia precisamente destinada al sostenimiento del culto y sus ministros, por lo que las catedrales no fueron entonces sino «un partícipe administrador», que nada suyo asignaban a las parroquias, ni éstas percibían jamás cosa alguna de la mesa

7. *Estatutos de la Santa Iglesia de Tenerife, constituidos y ordenados por su ilustrísimo cabildo catedral. Año 1830*, manuscrito que se conserva en el archivo de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Tenerife (La Laguna), Fondo "Moure", legajo 20/25.

8. Dacio V. DARIAS Y PADRÓN: *Sucintas noticias sobre la Religión Católica en Canarias*, en "Historia de la Religión en Canarias", Santa Cruz de Tenerife, 1957, pág. 205.

capitular, que íntegramente se separaba antes de distribuir o señalar dotación a las parroquias». Añadía, que tal participación se limitaba a los curatos de real presentación. Por último, con respecto a que los primeros párrocos en Gran Canaria, Tenerife y La Palma fueron, en general, canónigos, hace presente que ello no se debió a su investidura de canónigos, sino por disponerlo así el obispo⁹.

Abona, sin duda, esta última tesis el carácter de parroquia que tendría el pequeño templo de San Marcial, en Lanzarote, antes de ser elevado a la categoría de cabeza de diócesis, como consecuencia de la facultad que el papa Benedicto XIII, por su bula *Ad hoc semper cordis nostri*, de 22 de enero de 1403, había concedido al sacerdote que eligiese Jean de Bethencourt para erigir iglesias en las Islas y administrar sacramentos¹⁰.

Observa Rodríguez Moure que no pudo haber diezmos en cada parroquia, sino en la catedral, por estar la tierra inculta, circunstancia que justifica el que en cada isla, a raíz de su respectiva conquista, sólo hubiera un templo parroquial y un solo beneficiado para toda ella. En cambio, en Granada, donde había ya una agricultura desarrollada fue posible establecer los obispados y parroquias casi simultáneamente¹¹. Hacia 1514 únicamente con Lanzarote, Fuerteventura y El Hierro se sigue el criterio de conservar una parroquia por isla¹².

El establecimiento de beneficiados en las comarcas natura-

9. Agustín DÍAZ NÚÑEZ: *Memoria cronológica del establecimiento, propagación y permanencia de la Religión Católica Apostólica Romana en las Islas Canarias*. Madrid, 1865, págs. 79 y sigs.

10. Dominik J. WÖLFEL: *Quiénes fueron los primeros conquistadores y obispos de Canarias*, en "Investigaciones y Progresos", Madrid, Año V, 1931, número 9, pág. 134.—José ZUNZUNEGUI: *Los orígenes de las Misiones en las Islas Canarias*, en "Revista Española de Teología", tomo I, Madrid, 1941, Apéndice 19, págs. 399-400.

11. José RODRÍGUEZ MOURE: *Historia de la parroquia matriz de Nuestra Señora de la Concepción de la M. N. y L. Ciudad de San Cristóbal de la Laguna de la Isla de Tenerife*, Laguna de Tenerife, 1915, pág. 20.

12. *Constituciones sinodales del obispo don Fernando de Arce en 1514*. Publicadas por Rodríguez Moure en su citada obra, págs. 287-307, y en apéndice a la Edición definitiva de la obra de Viera que también mencionamos, tomo III, págs. 533-541.

les donde se habían fundado iglesias parroquiales hace que con el tiempo vengan a constituir distritos a la par eclesiásticos y político-administrativos ¹³.

Al crearse el obispado de Tenerife aparece legalmente la centralización de una parroquia en la catedral, pues en virtud de la real orden auxiliatoria de 21 de diciembre de 1819, se señala a la iglesia matriz de la Concepción de La Laguna por Sagrario de la Catedral. En su consecuencia, el cabildo pretende en aquella parroquia ejercer la cura de almas por medio de sus vicarios, tratando como a tales al rector y beneficiados de dicha iglesia. Pero descontentos los feligreses de esta última se deciden a pleitear con el cabildo y logran, en 1821, salir victoriosos, porque Fernando VII, a propuesta de la Cámara, declaró que la parroquia de la Concepción era independiente del cabildo catedral, «según lo había sido desde su fundación», y que la cura de almas del citado cabildo no se extendiera sino al territorio de la suprimida parroquia de los Remedios ¹⁴.

B) *Diesmos*

Por la pobreza de la tierra a raíz de la Conquista, o porque el trabajo de los curas no fuese mucho, dado el corto número de fieles, como dice la crónica de Juan de Bethencourt, este conquistador mandó que ínterin no hubiera obispo sólo se contribuyese a dichas iglesias con la trigésima parte de los frutos ¹⁵. Después, probablemente, por diferencias surgidas entre los Señores de Canarias y la Catedral en cuanto al pago de los quintos del Señorío y a la aportación que habían de llevar a la Iglesia, el pontífice Eugenio IV declaró «que todos los moradores del obispado rubicense debían pagar a la Iglesia los diezmos y primicias, conforme a la loable costumbre de

13. Emeterio GUTIÉRREZ LÓPEZ: *El Beneficio de Daute*, en "Revista de Historia", tomo IV, La Laguna, 1931, págs. 69-72.

14. RODRÍGUEZ MOURE, *obra citada*, págs. 105-196.—*Real Decreto de 25 de julio de 1821*, La Laguna 1821, impreso que se conserva en el Archivo de Osuna en La Laguna, leg. *Documentos de asuntos eclesiásticos*.

15. *Le Canarien*. Texto de Juan V. Edición del Instituto de Estudios Canarios, por Elías Serra y Alejandro Cioranescu, tomo II, La Laguna, 1960, cap. 81, pág. 321.

los demás pueblos cristianos, señaladamente los de Sevilla y Cádiz»¹⁶.

La disposición que acabamos de indicar, cuyo texto completo y fecha desconocemos, todavía da lugar a nuevas controversias con los Señores, porque éstos pretendían no pagar diezmos de la orchilla, sangre de drago y otros frutos que eran propios del país¹⁷.

Las tercias decimales de Canarias fueron concedidas a los Reyes Católicos por Alejandro VI en bula de 16 de noviembre de 1501, que publicamos en Apéndice III¹⁸. Al parecer, la Santa Sede donó a la Corona también los diezmos, y los Reyes los cedieron a su vez a los interesados: obispo, cabildo, beneficiados y fábricas de las iglesias de las Islas, reservándose las reales tercias¹⁹.

Aunque por derecho común correspondía a los obispos la administración y repartimiento de los diezmos, prácticamente la mayor parte de las iglesias de Castilla, por acuerdo de la mitra con su cabildo, habían confiado a este último la hacienda decimal. En Canarias también es la catedral quien se en-

16. VIERA, *volumen citado*, págs. 175-176.

17. Bula de Inocencio VIII "Retioni congruit" de 12 de septiembre de 1484, publicada por Viera, *volumen citado*, págs. 520-521.

18. Las tercias decimales de Granada ya habían sido concedidas a los Reyes por el papa Alejandro VI en 13 de febrero de 1494. (*Archivo General de Simancas, Catálogo V, Patronato Real*, edición completa, revisión e índices finales por Amalia Prieto Cantero, tomo I, Valladolid, 1946, núms. 3.360, 7.739 a 7.742 y 7.748.)

19. La existencia de las mencionadas donaciones, se afirma por el obispo Dávila, testimonio que acepta Zuaznavar. Sin embargo, tal vez se trate de una confusión de lo ocurrido con respecto a Indias, ya que no hemos encontrado prueba documental que confirme lo expuesto por dicho prelado. (Pedro Manuel DÁVILA Y CÁRDENAS: *Constituciones y nuevas adiciones synodales del obispado de las Canarias*. Madrid, 1737, pág. 347; José María de ZUAZNAVAR Y FRANCA: *Compendio de la Historia de Canarias*. Las Palmas, 1816, publicada en la revista "El Museo Canario", año V, 1937, números 11 y 12, y año VI, 1938, núms. 13 y 14, y Anexo del 14. Las Palmas, 1937-1945. Cf. núm. 12, págs. 111 y 112.) Los diezmos de las Indias fueron cedidos por Alejandro VI en 16 de noviembre de 1501. (*Catálogo citado*, núm. 3.364; Fr. Matías GÓMEZ ZAMORA: *Regio Patronato español e indiano*. Madrid, 1827, pág. 299.)

carga de dicha hacienda, pero aquí ofrece la particularidad de que la administración de los diezmos no es por «concordia» como en las otras iglesias castellanas, sino por derecho o privilegio «más apostólico que ordinario», según se lee en el «Proyecto» de constituciones del obispo García Ximénez. En efecto, como consecuencia de bula especial cometida al cabildo y diputados de la iglesia metropolitana de Sevilla, habían sido redactados los primeros estatutos de la catedral canaria, y éstos previnieron la repetida administración. Por ello los capitulares estimaron que la práctica a que nos referimos se fundamentaba en título equivalente a un breve en que de manera expresa se otorgara tal privilegio ²⁰.

Por las especiales condiciones del territorio del Obispado, dividido en islas, fue corriente que un prebendado se trasladase a éstas para recoger las rentas decimales, lo cual hizo que hacia 1612 no estuviera bien atendido el servicio de la catedral, según manifiestan el deán y cabildo al rey al solicitar que las prebendas que tenían ocupadas los inquisidores se declarasen vacantes ²¹.

La administración y reparto de los diezmos fue objeto de una escrupulosa regulación. En las islas de Gran Canaria, Tenerife y La Palma se distinguieron los procedentes de granos de los obtenidos por otros frutos, puesto que estos últimos ofrecían alguna particularidad, como la de ser costumbre arrendarlos reduciéndolos a maravedíes. En los primeros, una vez sacados los salarios de los ministros que se ocupaban en recogerlos, el líquido se dividía en nueve partes: dos para las reales tercias, y el resto en igual porción para la mitra, mesa capitular y fábricas. Todavía la de fábricas se subdividía dando a la catedral, parroquias y beneficiados curados la misma participación en cada partido. En los segundos, salvo el de los azúcares,

20. *Proyectos de constituciones del obispo don Bartolomé García Ximénez*, manuscrito que se conserva en el citado archivo de la Real Sociedad Económica, legajo 20/33.

21. *Real cédula para que los inquisidores no retengan con sus plazas, prebendas*, publicada por "El Museo Canario", revista citada, año VII, núm. 18, págs. 59-63.

que tenía diferente modo de distribución, se separaba del ocho al doce por ciento para los hacimientos generales, del cual se pagaban los ministros, pleitos y demás necesario para el buen gobierno de la administración, y lo restante se repartía en idéntica manera al diezmo de los granos²². En la vicaría de Gran Canaria llevaba el cabildo las primicias para ciertas obligaciones con respecto al Sagrario. En las islas de Lanzarote, Fuerteventura, La Gomera y El Hierro, como éstas no contribuían a las tercias reales por privilegio concedido a sus antiguos Señores²³, después de descontar los costos, hacimientos y sillajes pertenecientes al cabildo catedral, privativamente, el reparto no tenía otra diferencia con relación a las islas mayores que el no distinguirse entre el diezmo de granos y el de otros frutos. En cuanto al de la orchilla²⁴ y distribución del superávit de los hacimientos generales había otro régimen²⁵.

De la cuota decimal destinada a la mesa capitular se formó hacia 1600 una bolsa con la que se atendió «a todas las urgentes necesidades de las Islas y personas de la mayor estimación que en sus aflicciones y empeños de honor» solicitaban el auxilio del cabildo eclesiástico²⁶.

22. Según los *Estatutos* de la Catedral de Tenerife, ya citados, el tanto por ciento en Tenerife era el 8, en La Palma el 12, en La Gomera el 10 y en el Hierro el 28.

23. El fiscal del Consejo de Hacienda se opuso a la exención de tercias reales en las islas de señorío, pero el cabildo catedral obtuvo sentencia favorable a dicha franqueza el 13 de mayo de 1627 y carta ejecutoria a 22 de octubre siguiente. (*Estatutos* de la Catedral de Tenerife, ya citados, nota al artículo 661.)

24. Cf. *Estatutos...*, citados, tít. 9, cap. 4; VIERA, *obra citada*, lib. XVII, cap. VIII.

25. *Proyecto de constituciones del obispo don Bartolomé García Ximénes*, manuscrito citado. En 21 de agosto de 1528 se dictó una real cédula para que en Canarias no se llevasen diezmos de "cosas injustas". (*Libro Rojo de Gran Canaria o Gran Libro de Provisiones y Reales Cédulas*, Introducción, notas y transcripción por Pedro Cullen del Castillo, Las Palmas de Gran Canaria, 1947, págs. 86-87; ZUAZNAVAR, *obra citada*, apéndice I, *Constituciones del obispo Muros en 1497*, en "El Museo Canario", núm. 15, págs. 113-128.)

26. En 1698 (sic) el deán y cabildo, por la pobreza de los hospitales de Ceuta y Cataluña, sirvieron al rey, con destino a dichos establecimientos, en la cantidad de 1.650 reales; en 1674 prestaron al ayuntamiento de la

C) Estatutos

Otra de las características que se dio en la catedral de Canarias es que en sede vacante acuerda el establecimiento de nuevos estatutos y aun deroga constituciones ordenadas por sus obispos. Hacia 1506 el deán y cabildo anularon, casaron y mandaron borrar de sus libros muchas de aquellas constituciones *por ser, decían, contra la antigua costumbre y usanza de este obispado y de las catedrales de España*, dictando otras, en número de cuarenta y nueve. Después del Concilio de Trento no hemos visto que el referido cabildo procediera a tales derogaciones, pero sí llevó a cabo más de una vez la ordenación de nuevos estatutos en períodos de sede vacante, apoyado, al parecer, en costumbre que también fue admitida en otras iglesias²⁷.

Excede del plan de este trabajo el estudio de las constituciones que rigieron en las catedrales canarias²⁸. Una reseña

ciudad de Canaria 8.250, con el fin de que ésta contase con medios para despachar mensajero a la Corte que gestionara algún alivio al malestar por que atravesaba la Isla; en 1703 facilitaron de igual modo 20.780 para comprar trigo que remitir a los naturales de Lanzarote y Fuerteventura que necesitaban de dicho cereal para la siembra; en 1707 hacen a la Corona un donativo de 10.500; en 1729 prestan 22.500 para la compra de la jarcia de un navío del comercio de Indias, fabricado en Canaria; en 1763 para ayuda de la fábrica del templo de la Virgen del Pino dan 17.400, y al Cristo de la Vera Cruz 1.200; en 1766 contribuyen a la construcción del Puente de la Ciudad con 6.000; en 1767 a los gastos de la colocación de la citada Virgen en su nuevo templo con 16.348; en 1769 ayudan a la fábrica de la cárcel real con 1.650; en 1770 entregan para socorrer a los pobres de la Isla 15.000; en 1771 gastaron en la traída de trigo de la Península para repartirlo en condiciones ventajosas a los vecinos 92.979; en este año y en el de 1772 para los enfermos pobres 7.500; en 1778 para que se alzarán los muros del convento de la Ciudad, incendiado en la noche del 26 de noviembre anterior, 7.500; en 1779 en favor de los niños expósitos 3.300; etc. (Certificación de los contadores de la Iglesia Catedral de Canarias, expedida el 9 de julio de 1779 a petición del doctor don Nicolás de Viera y Clavijo, que obra en el pleito de los prebendados con el ayuntamiento de Tenerife. Archivo del Cabildo de Tenerife, ya citado, S-VII, núm. 4.)

²⁷ *Estatutos...* Prólogo.

²⁸ VIERA, *obra citada*, lib. XVII; Cristóbal de la CÁMARA Y MURGA: *Constituciones Sinodales del obispado de la Gran Canaria y su santa iglesia*,

de las vicisitudes de los estatutos antiguos puede verse en el libro XVII de la aludida obra de Viera, publicado en 1783. Por ser dato histórico posterior consideramos no exento de interés el añadir que acordada por el cabildo eclesiástico, desde el 27 de junio de 1744, la reunión de materiales para la reforma de sus estatutos y designadas por el mismo cuerpo sucesivas comisiones al efecto fue, por último, encargado de una amplia revisión de las citadas reglas, en 7 de diciembre de 1784, el propio historiador Viera, cometido que se le ratificó en 4 de junio de 1785 y 10 de julio de 1789. Redactado el proyecto en el que había trabajado el ilustre arcediano más de diez años, no llegó, sin embargo, a ser presentado para su examen y aprobación, a pesar de que sobre ello recayó acuerdo en la sesión extraordinaria de 6 de febrero de 1794 y de que se insiste en el asunto en cabildo espiritual celebrado en febrero de 1801²⁹.

La catedral de Tenerife adoptó los estatutos de la de Canaria, según la redacción de Viera, con base en la real orden auxiliatoria de Fernando VII, que prevenía la igualdad de ambas catedrales (cabildos de 11 y 14 de abril y 9 y 10 de junio de 1820), y fueron juradas solemnemente las indicadas normas, aunque con carácter interino, por el nuevo obispo de aquella

con su primera fundación y traslación, vidas sumarias de sus obispos y breve relación de todas las siete islas. Madrid, 1631 y 1634; DÁVILA Y CÁRDENAS, obra citada; *Traslado de los Statutos de la Santa Yglesia de Canaria sacado del libro original de ellos por mandado de los señores deán y cabildo siendo secretario de él, el señor racionero Bartolomé López.* Año de MDCXIII, manuscrito que se conserva en el citado archivo de la Real Sociedad Económica, leg. 20/25; *Resumen de los antiguos estatutos que en lo perteneciente al culto divino, coro y altar rigen en la Santa Iglesia Catedral de Canarias, los cuales han de observarse mientras no se lleve a efecto el arreglo general de que habla la real cédula de 31 de julio de 1852.* Gran Canaria, 1860, Biblioteca de la Universidad de La Laguna, *Papeles Varios*, tomo 53; etc.

29. El trabajo de Viera se intituló *Nueva ordenación de los estatutos y Cabildo de la Santa Iglesia de Canarias*, y de las tres partes que componían esta obra se imprimió en la segunda mitad del siglo pasado la tercera o sea el *Plan de Estatutos dispuestos por títulos, por capítulos y los capítulos por números.* Agustín MILLARES CARLO: *Ensayo de una biobibliografía de escritores naturales de las Islas Canarias (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1930, pág. 542.

diócesis, don Luis Folgueras y Sión, al posesionarse de la mitra, el 19 de julio de 1825. La voluntad del real patrono se estimó como suficiente para hacer la uniformidad.

Por real orden de 30 de marzo de 1830 se dispuso que en el plazo de seis meses, que empezó a correr en 12 de mayo siguiente, el cabildo catedral de Tenerife formase los estatutos que con carácter permanente habían de regir en dicha iglesia. En efecto, a 6 de noviembre del mismo año, sin agotar el término señalado, el referido cabildo ordenó sus estatutos en una prolija obra que consta de 1.022 artículos, distribuidos en XV títulos con sus correspondientes capítulos, y a los cuales precede un erudito prólogo de XXXV párrafos, todo ello profusamente anotado con citas bibliográficas y documentales. Al Real Patronato «útil y efectivo» dedica el capítulo 2 del título II. El autor de tan extenso trabajo debió ser el canónigo don Francisco Martínez de Fuentes en razón de que uno de los comentarios marginales que con letra distinta aparecen en el testimonio que tenemos a la vista (expedido el 9 de noviembre de 1830 y presentado para la aprobación episcopal de los Estatutos el día 20 inmediato) atribuye a «Martínez» la redacción de la obra, y de este apellido sólo figura como firmante del mentado acuerdo de 6 de noviembre el referido don Francisco³⁰.

II. LA INSTITUCIÓN DEL REAL PATRONATO DE CANARIAS

A) Antecedentes

Aparte de la protección a la Iglesia, que competía a todo príncipe cristiano, la legislación castellana invoca desde el siglo XIII una especie de patronato al que denomina «mayoría e honra», obtenido por los reyes en razón de haber ganado «las tierras a los moros» y por la implantación del Cristianismo en ellas, transformando las mezqutas en iglesias (ley

30. *Estatutos...* ya citados.—Sobre don Francisco Martínez puede consultarse la citada obra de Millares Carlo, págs. 674-675.

XVIII, título V de la Partida Primera)³¹. En 1480 expresa que el derecho a presentar para la provisión de determinados beneficios correspondía a los monarcas «por respecto de la conquista» y que era costumbre tolerada por la Santa Sede «de tiempo inmemorial i aun por virtud de ellas dadas algunas sentencias en Corte de Roma» (ley III, título VI del libro I de la Nueva Recopilación).

En disposiciones pontificias encontramos antecedentes más directos. Desde la época del papa Alejandro II se expiden a favor de los monarcas españoles bulas por las que se les confiere la facultad de repartir iglesias, entre las cuales se halla la despachada por Urbano II el 6 de abril de 1095, donde se cita lo acordado por aquel pontífice en tal materia y se conceden a los reyes las iglesias y capillas de las tierras tomadas a los sarracenos³². Eugenio IV, en 23 de julio de 1436, reconoce a Juan II de Castilla el derecho a disponer de varias dignidades y otros bienes eclesiásticos, «así como el de patronato en las diversas iglesias y capillas» en atención a que dicho rey había invocado la vigencia de la mentada bula de Urbano II, que ahora «se confirma, aprueba y garantiza», y a los méritos contraídos por el monarca y sus antepasados en la Reconquista «como celadores de la Fe Católica». Además, Eugenio IV, en el propio documento, reserva para la Corona, a perpetuidad, el derecho de patronato en todas y cada una de las iglesias de los territorios adquiridos de los musulmanes y en las que en adelante se obtengan por transformación de las mezquitas en sitios de alabanza al «Divino Nombre», o que los soberanos y sus sucesores en los reinos de Castilla y de León fundasen y dotaran de sus bienes en los repetidos territorios.

31. Gregorio López en glosa a dicha ley, dice: Qui scilicet terram quaesierunt, Ecclesias construxerunt, fundaverunt et dotaverunt. Ex istis ergo causis Reges Hispaniae ius patronatus acquisierunt; et sic non sufficerent, quod tantum essent Reges ad hoc ius consequendum licet alias Reges. ex eo quod Reges, respectum defensionis, et patrocinii Ecclesiarum, dicuntur earum Patroni. *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Majestad*, Valladolid, 1587, I, fol. 39.

32. Escrito anónimo citado en la nota 1.

Expresamente se les otorga el privilegio de presentar a los ordinarios de los lugares personas idóneas para las mismas iglesias cuantas veces vacaren. El texto de esta bula fue transcrito y mandado observar de nuevo por Inocencio VIII, el 14 de mayo de 1486, a petición de los Reyes Católicos, en documento que insertamos en Apéndice I³³.

Las leyes y bulas a que nos referimos tienen por fundamento, según hemos indicado, el esfuerzo de la Reconquista y propagación de la Fe, pero, en nuestra opinión, no constituyeron título bastante para dar por existente un patronato regio de carácter amplio sobre el ámbito nacional ni permiten suponer el establecimiento de un derecho de presentación *universal* en territorio geográficamente determinado, puesto que los Reyes Católicos no se dieron por satisfechos en la materia con la obtención de la bula confirmatoria de Inocencio VIII, sino que continuaban sus gestiones hasta lograr del mismo pontífice la de 12 de diciembre de 1486 por la que se crea el Real Patronato de Granada, Canarias y Puerto Real. A mayor abundamiento esta concesión se hace *ex integro* y como si antes los monarcas no tuvieran tal derecho. Por otra parte, el sistema que se siguió en la práctica tampoco estaba en armonía con aquellas consecuencias³⁴.

En efecto, el 22 de mayo de 1483, cuando se acuerdan los primeros estatutos que habían de regir a la iglesia catedral de Canarias, en cabildo celebrado en Sevilla por las diputaciones de aquella iglesia y la de la metropolitana, uno de dichos estatutos prevenía lo siguiente: «II. Las vacantes en los meses ordinarios se han de proveer simultáneamente entre el prelado con su cabildo, salvo en las dignidades que pertenecerán a sólo el prelado si no es el deanazgo que ha de ser acción del ca-

33. La síntesis que hacemos del contenido de la bula de 14 de mayo de 1486 se basa en una versión al castellano llevada a cabo por el profesor Alvarez Delgado, catedrático de Latín de la Universidad de La Laguna, como generosa colaboración a este trabajo.

34. Cf. *Historia de España*, por el P. Mariana con la continuación de Miniana, completada por Eduardo Chao, tomo II, Madrid, 1848, libro XXIV, cap. XVI, pág. 577.

bildo con provisión del papa y en todo a ambos juntamente.»

Como se ve por lo transcrito, aun se prescinde de la intervención real en la provisión de las prebendas de Canarias. En los demás capítulos tampoco se alude a ningún patronato o derecho de presentación ³⁵.

La gestión del Real Patronato de las Islas empezó, al parecer, en 1484, pues fue uno de los negocios que los Reyes Católicos encargaron al Cardenal de Gerona y al comendador Gonzalo de Beteta para la Corte de Roma, según consta de las instrucciones recibidas por los mismos el 24 de enero de dicho

35. *Traslado de los Statutos de la Santa Iglesia de Canaria...*, manuscrito citado.—VIERA, lib. XVII, también citado, cap. II.—Zuaznavar comentando el texto del estatuto que insertamos dice que es cosa que causa admiración porque “pocos años antes, señaladamente en el de 1476 embargaron los Reyes Católicos los frutos del deanato de Toledo por no haberlo provisto el papa en el maestro Presamo para quien se lo pidieron: y en las cortes de Madrigal de aquel año restablecieron el antiguo derecho de presentar los obispos, renovando una ley de Enrique IV. Después en 1478 para tratar entre otras cosas de los agravios que padecía la jurisdicción real, se celebró, por orden y convocatoria de los citados monarcas y en la misma Sevilla, aquella famosa junta o congregación del clero o estado eclesiástico de España, que presidió Nicolao Franco, nuncio apostólico con poderes y facultades de legado *a latere*, y de la cual, a mediados del siglo pasado, disputaron los célebres literatos don Juan de Amaya y Padre Andrés Burriel si debe o no considerarse concilio nacional. Luego, en 1480, manifestaron en Toledo, por la l. 3, tít. 6, lib. I de la Recopilación, el grande cuidado que tenían en conservar el derecho de Patronato adquirido por *conquista*. Y últimamente, en el año de 1482, año próximo anterior al en que se dice formado el acuerdo preinserto, se estipuló entre las Cortes de Madrid y Roma la célebre concordia que ajustó aquel Dominico Centurión, que habiendo sido preso en Medina del Campo por orden de los Reyes Católicos, siendo embajador del Papa Sixto IV, de resulta de haber prendido en Roma, de orden de S. S., al embajador de España don Francisco Santillán, obispo de Osma, privándosele del obispado y secuestrándole sus bienes, se vio precisado, para librarse de la real indignación, a desnudarse del carácter de embajador y ser instrumento para que se efectuase dicha concordia”. (ZUAZNAVAR, *obra citada*, “El Museo Canario”, núm. 12, págs. 109-110.) Según Bermúdez de Pedraza el pontífice Sixto IV reconoció a favor de los reyes de Castilla y de León el derecho de presentación. FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA: *Historia Eclesiástica. Principios y Progresos de la ciudad y religión católica de Granada*, Granada, 1638-1639, Parte III, fol. 149 v.

año ³⁶, si bien fue la súplica del embajador de los monarcas en la Santa Sede, don Iñigo López de Mendoza, conde de Tendilla, la que al fin logra el privilegio del pontífice Inocencio VIII. También este último embajador había obtenido unos meses antes la bula *Dum ad illam fidei*, dada en San Pedro el 23 de agosto de 1486, por la cual Inocencio VIII otorga a los Reyes Católicos la facultad de poder fundar y dotar conventos en el reino de Granada e Islas Canarias ³⁷.

B) *La bula «Orthodoxae fidei», de Inocencio VIII*

El 12 de diciembre de 1486 la santidad de Inocencio VIII por su bula *Orthodoxae fidei* concede a los Reyes Católicos, don Fernando y doña Isabel, y a sus sucesores los reyes de España, el patronato perpetuo de las catedrales e iglesias cuyos beneficios anuales excedieran de doscientos florines de oro, y prioratos conventuales existentes en el reino de Granada e Islas Canarias y Villa de Puerto Real, diócesis de Cádiz, o que en adelante hayan de establecerse en dicho reino e islas.

Como fundamento del privilegio aparece el fomentar la propagación de la Fe Ortodoxa..., abatimiento de las naciones bárbaras y conversión de los infieles y también favorecer a los príncipes católicos que se ocupan en ello «como atletas y acérrimos defensores de Jesucristo para que con mayor cuidado y diligencia insistan en obra tan necesaria como acepta al Dios inmortal cuya es la causa». Asimismo, «para que se coloquen personas eclesiásticas de probidad, cuidado y cristiandad que sean celosas de la Fe, dotadas de inocencia de vida y honestidad de costumbres..., a fin de que con su loable vida y conducta, con la continua y devota celebración de los oficios divinos y con su persuasión y exhortación soliciten que los moradores de estos pueblos se abstengan de los vicios, se dediquen a la virtud, busquen con todo esmero la salud de las almas, procuren con-

36. Duque de BERWICK Y DE ALBA: *Noticias históricas y genealógicas de los estados de Montijo y Teba según los documentos de sus archivos*. Madrid, 1915, págs. 60-66.

37. Publicada en *Ex Bullario Ordinis S. Jacobi*, pág. 428, según cita de Viera, quien la transcribe en parte en el apéndice XX de su citada obra.

servar el amor a sus soberanos y abstenerse de todo exceso de rebelión». Por último, se advierte que concediendo el derecho de Patronato resultaría atendida la conservación y manutención de los habitantes y la propia conveniencia de los que obtuviesen las prebendas ³⁸.

El texto latino de la bula lo publicamos en Apéndice II, conforme a la bula original que hemos tenido a la vista. Sólo se conocía hasta ahora el texto publicado por Viera y Clavijo, el cual, en rigor, es sólo un fragmento que además no coincide exactamente con el documento original. El que no se dispusiera de la totalidad del contenido del mismo dio lugar a que don Alberto de la Hera optase por una solución negativa en cuanto a la concesión por la bula *Orthodoxae fidei* del regio patronato de Puerto Real ³⁹.

C) *Epoca en que empezó a regir el nuevo orden*

En la bula *Orthodoxae fidei* se dice que por medio de escritos apostólicos ya remitidos al arzobispo de Toledo y a los obispos de Palencia y Cuenca se había ordenado que estos tres, «dos o uno de ellos por sí y por el otro o los otros, donde, cuando y cuantas veces supiesen que convenía y fueran requeridos de parte del rey Fernando y de la reina Isabel o de sus sucesores legítimos, hicieran publicar solemnemente que los mismos reyes y sucesores tenían y disfrutaban a perpetuidad la posesión quasi específica del derecho de Patronato y de presentación».

En armonía con lo dispuesto, la bula fué mandada a guardar por don fray Diego de Deza, obispo de Palencia, confesor y consejero de los Reyes Católicos, en decreto de 15 de diciembre de 1502, dirigido al arzobispo de Granada, obispos de Canarias, Málaga, Guadix, Cádiz y Almería, provisos oficiales y vicarios generales; a los deanes y cabildos de dichas iglesias, ca-

38. Bula *Orthodoxae fidei*, que publicamos en apéndice II y que en parte inserta VIERA, *obra citada*, apéndice XIX. El mismo autor traduce su fragmento en el libro XVII, cap. 3.

39. Alberto de la HERA: *El Regio Patronato de Granada y las Canarias*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", tomo XXVII-XXVIII, Madrid, 1957-1958, págs. 5-16.

nónigos y personados; a los maestros generales, provinciales y prelados de las órdenes y demás eclesiásticos de cualquier dignidad y estado, grado, orden y condición que fuesen en el reino de Granada, islas de Canaria y villa de Puerto Real. Todo en virtud de instancia del doctor Martín de Angulo, arcediano de Talavera, consejero y procurador fiscal de aquellos monarcas, estando presentes don Alonso de la Fuente y Sauce, obispo de Jaén; Martín de Azpeita, maestro de Teología y protonotario apostólico, y Francisco de Malpartida, licenciado en Cánones, consejeros de dichos reyes, y ante Gaspar de Grizio, notario público apostólico y secretario de sus majestades, quien lo signó y selló con inserción de la bula ⁴⁰.

Sin embargo, todavía han de transcurrir algunos años más para que la merced pontificia alcanzara pleno efecto en Canarias, pues por real cédula, expedida en Palencia el 6 de marzo de 1507, se ordenó a las autoridades de Gran Canaria que no dieran posesión de ninguna dignidad eclesiástica sin previa presentación de su alteza y bula para ello, y la designación real más antigua que encontramos para canongía de la catedral isleña es la despachada en Burgos el 13 de diciembre de dicho año a favor de don Juan de Troya ⁴¹. El historiador Viera no hace mención de la vigencia del Real Patronato cuando afirma que en los registros del Vaticano de las bulas de Alejandro VI se hallan provisiones de algunos canonicatos, del priorato, del deanato y de la maestrescolía de la iglesia rubicense, provistos por aquel pontífice ⁴².

El olvido del Real Patronato fue un mal común de la época por la resistencia que, en general, le oponían las iglesias de la Nación y las pretensiones particulares ⁴³. Para lograr la nor-

40. "Proceso que discernió el obispo de Palencia, como juez executor apostólico de dicho Patronato en que se manda a guardar a S. S. A. A. tal derecho en todas las iglesias y beneficios", Madrid, 15 de diciembre de 1502. *Institutio et jus patronatus ecclesiarum regni Granaten (sic)*, Archivo de Simancas, núm. 7744.

41. Archivo de Simancas, Registro General del Sello. Documentos no catalogados.

42. VIERA, lib. XVII, cap. 2, nota 2.

43. Cr. nota 35.

malidad de su ejercicio no dejó de excitarse la vigilancia de los monarcas, celosos en sus derechos. Aun más tarde, por los años de 1525, la Corona se vió obligada a poner remedio a las provisiones de abadías, monasterios, priorazgos, iglesias, dignidades, capellanías y beneficios eclesiásticos, que los naturales del Reino y extranjeros alcanzaban por vía de la Santa Sede en las iglesias del Real Patronato, estableciendo severas penas a los contraventores de tal derecho del Soberano en la Real Pragmática que se dictó para cortar de raíz tales prácticas (ley V, título VI del libro I de la Nueva Recopilación) ⁴⁴.

D) *Su naturaleza y contenido*

A pesar de que el Real Patronato de Canarias se basaba en el auténtico título de una merced pontificia que, por su amplitud o carácter «universal», había que considerar diferente a las concesiones patronales de la Edad Media y a aquellas otras de la Moderna relativas a la Península, la influencia de las doctrinas regalistas del siglo XVIII hace que en las propias islas algunos profesionales del Derecho caigan en notable confusión cuando tratan de precisar la naturaleza de dicho patronato. Por otra parte, una versión deficiente de la bula *Orthodoxae fidei* de Inocencio VIII y el deseo de encontrar apoyo a determinadas tesis en un litigio sobre ceremonial da motivo a que fuera objeto de controversia el contenido o extensión del real privilegio.

44. En real cédula de 5 de diciembre de 1533 sobre patrimonialidad y división de los beneficios canarios, se dice: "Que si en algún tiempo alguna o algunas personas así de las dichas islas como de fuera de ellas impetraren los dichos beneficios por vía o fuerza o en otra cualquier manera o si sobre eso truxeren Bulas o letras apostólicas, supliquéis de ellas para ante Su Santidad, para que informado de que los dichos beneficios son de nuestro Patronazgo Real, lo mande proveer y entretanto no consintáis ni déis lugar que por virtud de las dichas Bulas o letras se tome posesión alguna: e a las personas legas que en lo susodicho entendieren les prendáis los cuerpos e presos les castigúéis según fuere justicia." (Juan NÚÑEZ DE LA PEÑA: *Conquista y antigüedades de las islas de la Gran Canaria*. Madrid, 1676, páginas 261-262.)

En el pleito que acabamos de mencionar, sostenido por el ayuntamiento de Tenerife en contra del cabildo eclesiástico de Canarias, por pretender los prebendados sentarse en sillas de brazos en las iglesias del Real Patronato, la dirección jurídica del cabildo secular atribuye a la Corona sólo dos patronatos: el general, con fundamento en el derecho de soberanía y en el deber de todo príncipe cristiano de protección a la iglesia, recomendado por San Gregorio el Grande; y el primitivo o especial, sobre las iglesias que el rey fundase y dotara. Al primero lo equipara a la situación del señor del suelo en la enfiteusis que se reserva siempre el dominio directo y traspasa el útil a los que fabrican con su permiso y, por tanto, en este caso, no ve inconveniente en que haya patronatos particulares a favor de los últimos bajo el general. En abono de esta tesis invoca una real orden de 31 de mayo de 1613, dirigida a la Audiencia de la provincia de Charcas, en que deseando saber el monarca cuántos hospitales tenían a su cargo los religiosos de San Juan de Dios, manda que se le informe sobre esto y de «cuáles son de su real patronazgo *privativo* o *generalmente*, y cuáles de fundaciones particulares, aunque la protección y patronazgo sea suyo», para concluir que al rey únicamente correspondían las dos clases de patronato indicadas. La dirección contraria, con mejor visión jurídica, distinguía la simple protección del príncipe a la Iglesia, el patronato privativo que llama también «de piedad» sobre las reales fundaciones y dotaciones, y, además, el que resultaba de concesión pontificia en atención a los méritos contraídos por la Corona en la conquista de tierra de infieles y en la propagación del Cristianismo, el cual, dice, tenía precedentes en la legislación castellana y estaba reservado *in solidum* a los Reyes de España.

Uno de los puntos que se debatieron en el proceso y que dio origen a las anteriores disquisiciones fue el contenido del Real Patronato. El ayuntamiento sabía que en la práctica el privilegio nunca había comprendido a las ermitas y conventos, como intentaba el cabildo eclesiástico con el fin de que el uso de sillas de brazos en tales fundaciones le valiese de acto posesorio dentro del área del Patronato, pero en lugar de traer a los autos el texto de la bula de Inocencio VIII,

que le daba plenamente la razón, se pierde en divagaciones que a nada conducían. En lo que sí aciertan los regidores es en advertir que las resoluciones del Consejo Supremo de Castilla de 1636 y 1675, alegadas por los contrarios para demostrar que habían sido amparados en el uso de sillas de brazos en las ermitas y conventos de Gran Canaria, lejos de favorecer a las pretensiones de los prebendados constituían una prueba de que a las repetidas fundaciones no se extendió el Real Patronato, ya que todo lo que se relacionaba con esta institución había sido reservado a la Cámara por real cédula de 7 de abril de 1603, y, como era lógico, el conocimiento de aquel tribunal y el no hacerse mención de los derechos patronales de la Corona en los correspondientes autos corroboraba la tesis del ayuntamiento.

El motivo de no haber invocado el cabildo secular los términos de la bula y que en cambio los prebendados afirmasen que Inocencio VIII había concedido a los reyes un derecho de patronato sobre todas las iglesias, conventos y ermitas de las Islas, fue, sin duda, la equivocada traducción que, en general, se había hecho del texto latino de la merced pontificia. Autores de tanta solvencia como el obispo Cámara y Murga, en sus *Constituciones Sinodales*, al hablar de la provisión de beneficios, dice que ésta pertenece a su magestad «como todo cuanto eclesiástico hay en estas siete islas»⁴⁵.

En realidad, el contenido del Real Patronato de Canarias y Granada, al tenor de la bula, se limitaba a la catedrales, iglesias que cumpliesen la condición de que sus frutos, réditos y rentas excedieran en valor anual a doscientos florines de oro, según la común estimación, y prioratos conventuales.

La aplicación de los derechos patronales en las islas fue, en general, conforme al citado título, si bien las reales cédulas consideran incluídas en el Real Patronato «a todas las iglesias» sin mencionar el requisito de que excedieran de de-

45. CÁMARA Y MURGA, *obra citada*, pág. 133.

terminado volumen de renta anual⁴⁶, lo cual refuerza el carácter universal que se le reconoce unánimemente⁴⁷.

La equivocada versión de la bula a que nos referimos debió ser la misma que publica Viera. En efecto, el texto latino dice con respecto al derecho de presentación que se otorga a los Reyes: «Ad cathedrales ecclesias necnon quorum redditus et proventus ducentorum florenorum auri de Camera secundum communem estimationem valorem annum excedent Monasteria et Prioratus Conventuales.» Y el historiador traduce: «Para las iglesias catedrales, como asimismo para los monasterios, prioratos y conventos...» Como ya observó el citado don Alberto de la Hera, lo exacto hubiera sido haber dado la versión siguiente: «Para las iglesias catedrales y también para los demás monasterios cuyos frutos, réditos y rentas... y para los prioratos conventuales.» Los errores sustanciales de Viera fueron, pues, el no dar a la palabra monasterio su antiguo significado de iglesia y decir «prioratos y conventos» en lugar de prioratos conventuales.

La traducción de Viera, por ser obra de quien debía conocer bien el latín, nos permite suponer que obedeció a que el célebre arcediano quiso colaborar en favor de la tesis de extensión del Real Patronato a los conventos y ermitas que por aquel tiempo defendían sus compañeros de la catedral de Canarias frente al ayuntamiento de Tenerife, en el memorable litigio que antes mencionamos⁴⁸, puesto que también hemos tenido a la vista en archivo de las Islas otra versión en que se traduce «prioratus conventuales» por prioratos conventuales y no por prioratos y conventos, como Viera⁴⁹.

E) *Trascendencia*

Aparte del cambio que se opera en la organización eclesiástica con el régimen de real presentación que se implanta y de la influencia que representó en la esfera político-adminis-

46. Reales cédulas de 9 de diciembre de 1717 y 13 de diciembre de 1764. Archivo del Cabildo de Tenerife, *Cuaderno de Datas y otras escrituras*, núm. 38 y S-VII.

47. HIERA, *artículo citado*, págs. 7-8 y 16.

48. Cf. nota 6.

49. Archivo del Marqués de Aciacázar en Las Palmas de Gran Canaria, leg. *Obispado de Canarias*, III.

trativa el establecimiento de beneficiados perpetuos en determinados vecindarios, las consecuencias principales del Real Patronato fueron: que en las Islas nadie tuviese patronato de «prebendas, capellanías que llaman reales, beneficios y los dos curatos de Tacoronte y Los Llanos», según expresa el obispo Dávila y Cárdenas en sus Constituciones⁵⁰; que se reservara para el solio del monarca la derecha del altar mayor que en otras iglesias es destinado al trono del obispo cuando pontifica⁵¹; que en la catedral se nombrase al rey antes que al obispo en la colecta *Et famulos tuos...*⁵²; que, como afirma dicho prelado «el único interesado en los diezmos de las Islas es el rey nuestro señor, cuyos gloriosos progenitores, reservando sus tercias, los han donado al obispo, cabildo, beneficiados y fábricas de las iglesias, todos los cuales, por lo mismo, no pueden transigir ni ajustar sobre diezmos sin el real

50. DÁVILA Y CÁRDENAS, *obra citada*, pág. 349. En 1791 pretendió don Cesáreo de la Torre, vecino de La Laguna, que se denominasen capellanes reales honorarios los que sirviesen las dos capellanías de que era patrono en la iglesia parroquial de la Concepción de dicha ciudad; pero la Real Cámara, en 5 de agosto del citado año, en órdenes dirigidas al regente de la Audiencia y al obispo de Canarias, no sólo deniega lo solicitado, sino que advierte a las mentadas autoridades que no permitan establecer fundación alguna en las iglesias de las Islas, sin preceder permiso, pues, como las del reino de Granada, pertenecen al efectivo Patronato de su majestad. (Archivo Histórico de Las Palmas, libros VII y VIII de *Reales Cédulas*, de la Audiencia de Canarias, fols. 341 y 167-170, respectivamente; Archivo del Cabildo de Tenerife, P-XXXVI, núm. 19.)

51. *Estatutos* de la Catedral de Tenerife, artículo 11.

52. El texto de la colecta es el siguiente: "Et famulos tuos N. Papam et N. Regem nostrum et Reginam cum prole Regia populo sibi commissio, et exercitu suo (Antistem nostrum N.) et Nos ab omni adversitate custodi: pacem et salutem nostris concede temporibus; et ab Ecclesia tua cunctam repelle nequitiam et gentes paganorum et haereticorum dextere tue potentia conterantur et captivos christianos qui in saracenorum potestate detinentur tua misericordia liberare et fructus terre dare et conservare digneris." Así se decía en el obispado de Cuenca, también; y en la Real Capilla de Madrid, según Juan de BUSTAMANTE: *Tratado de las Ceremonias*, cap. V, núms. 16 al 18, págs. 115-116. *Estatutos*, artículo 12. Un comentario marginal del testimonio de dichos Estatutos que tenemos a la vista advierte: "Esta colecta de los siglos bárbaros, tan contraria a la sagrada liturgia, no se canta ya ni aun en Canarias".

beneplácito»; que en materia de asientos preeminentes en la catedral, después del que preside el coro de la derecha, se colocase el regente, oidores y fiscal de la Audiencia; que al reservarse a Su Santidad cincuenta y dos piezas en el Concordato de 1753 ninguna fuese de Canarias; y, por último, que la fiscalía de la Audiencia, velando por los derechos del real patrono, se opusiera a la erección de parroquias sin previa anuencia de la Cámara Real⁵³.

También fueron muestras del Real Patronato, el que en la iglesia de la Concepción de La Laguna, parroquia más antigua de Tenerife se ostente al público sobre su puerta principal las armas reales desde la época de su fundación, y el que los primeros magistrados tomasen y llevaran la llave del Monumento los Jueves y Viernes Santos, en dicho templo y en el de los Remedios de la misma ciudad⁵⁴.

53. ZUAZNAVAR, en el lugar citado, núm. 12, pág. 112, nota 1.

54. RODRÍGUEZ MOURE, obra citada, págs. 321-322. Pastoral del obispo don Antonio Tavira y Almazán, el 15 de febrero de 1792, en la que, con base en el decreto de la Congregación de Ritos de 1631, se acuerda que la llave del Monumento la retuviese el celebrante después de hacer la reserva el Jueves Santo. En la iglesia de los Remedios de La Laguna llevaba la llave el comandante general presidente de la Audiencia, y en 1775 la llevó el oidor don Miguel Arredondo Carmona. (Declaración de don Salvador Morera, auditor jubilado, en la Información que, a pedimento del ayuntamiento de Tenerife, se practicó en 1779 sobre la cuestión de Sillas.) En Gran Canaria era costumbre que dicha llave la llevara el secretario del cabildo eclesiástico, por lo que se produjo un litigio entre los capitulares y el deán Roo en 1794, pues éste, como celebrante, colgó de su cuello la llave en la Semana Santa de dicho año. (Cf. *Noticia de las fundaciones de las iglesias parroquiales de Nuestra Señora de la Concepción y de los Remedios... La Laguna, 1792*, manuscrito que se conserva en el Archivo de la Real Sociedad Económica de Tenerife; Leg. 20/30 en el mismo archivo; Sebastián PADRÓN ACOSTA: *El deán don Jerónimo de Roo*, en "Revista de Historia", tomo XVI, 1950, págs. 179-198, y *Apuntes Históricos sobre la Parroquia matriz. La llave del Sagrario y el general Taxalosos*, en el diario "La Tarde" de Santa Cruz de Tenerife, correspondiente al 30 de marzo de 1944.) En América, el rey amparó a los gobernadores y a sus tenientes, en su caso, como "Vice-Patronos propietarios", en el privilegio de llevar la llave del depósito del Santísimo Sacramento. Únicamente se admitió que tomaran la llave los curas cuando, por algún accidente repentino, no quisiesen o no pudieran llevarla aquéllos. (Cf. Real cédula al gobernador de la ciudad y pró-

Otro de los efectos fue la retirada invocación del Real Patronato en cuestiones de protocolo, no sólo por la catedral y las autoridades del Archipiélago, sino también por el poder central al resolver las controversias que se produjeron⁵⁵. Esto dio pretexto al fomento de las ideas regalistas en Canarias.

F) *Los beneficios curados; su carácter y procedimiento especial de provisión.*

En virtud del Real Patronato, la Corona nombra para los beneficios de Canarias a personas de su agrado, pero como la real provisión solía recaer en sujetos que residían en la Península, en lugar de ir a las Islas encargaban de la administración de las iglesias a asalariados servidores y vicarios, lo cual resultaba perjudicial al clero del país, a los fieles y aun a los intereses públicos, puesto que ejerciéndose la función por mercenarios poco podía adelantarse en la terminación de los templos.

Los Reyes Católicos habían dispuesto que los beneficios se distribuyeran entre tantos sacerdotes como pudiesen subsistir cómodamente de sus rentas⁵⁶ y, sin embargo, en Tenerife

vincia de Maracaibo dada en Aranjuez al 9 de mayo de 1772, publicado por F. Oliver BRACHFELD, en *Datos para la historia jurídica del Zulia*. "Boletín de la Academia Nacional de Historia", núm. 153, Caracas, Venezuela, enero-marzo de 1956, págs. 50-51.) Los obispos se oponían al Vice-Patronato de los intendentes, a pesar de lo estatuido por cédula de 9 de marzo de 1795. (Luis Santiago SANZ: *El proyecto de extinción del régimen de las intendencias de América y la ordenanza general de 1803*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", núm. 5, Universidad de Buenos Aires, 1953, págs. 160-161.)

55. En el *Proyecto de constituciones del obispo García Ximenes*, se recomienda al cabildo eclesiástico que excuse enviar a la Corte uno de sus capitulares para asistir a la Congregación de las Iglesias, por ser la de Canarias de especial Real Patronato y tener así "por el gobernador de la Real Cámara de Castilla ajustadas más dependencias que las que pueden tener las otras iglesias de provincias apostólicas ordinarias, a menos que ocurra urgente causa distinta de la norma de dar su voto en dicha congregación". (Archivo de la Real Sociedad Económica, leg. 20/30, ya citado.)

56. *Representación* del ayuntamiento de Tenerife por medio de su diputado Francisco de Lugo. (Archivo del Cabildo de Tenerife, libro III de Acuerdos, oficio I, fol. 33; VIERA, *obra citada*, lib. XVII, cap. 12.)

continuaban sólo dos beneficios ocupados por clérigos que no los servían personalmente: los licenciados Francisco de Villalobos y Rodrigo de Argumedo, ambos con residencia lejos del país, y el segundo, además, en posesión de las dignidades de chantre de Cádiz, arcediano de Niebla y tesorero de Canarias. Ante tal situación, que se prolongaba a través de los años, en menoscabo del culto y de la administración espiritual, el ayuntamiento de Tenerife, celoso de los intereses de la Isla, acuerda el 4 de agosto de 1526 elevar a los pies del Trono la súplica de que fuesen divididos los beneficios y que a medida que se produjeran vacantes, éstas se cubriesen con hijos de vecinos, entre los más idóneos. En su consecuencia, es dictada la real cédula de 13 de agosto de 1528, por la que el monarca ordena al gobernador de Tenerife que informase con justificación sobre el asunto, oídas las partes. Entonces, asociadas a Tenerife las islas de Gran Canaria y La Palma, dan poder a un mensajero común, Rodrigo Núñez de la Peña, quien logra la reforma apetecida, pues, por reales cédulas, dadas en Monzón el 5 de diciembre de 1533, se mandó a dividir los beneficios de las Islas y se previno la preferencia de los hijos del país para su provisión en igualdad de condiciones⁵⁷. El nuevo régimen no pudo implantarse en Tenerife hasta después de 1539, año en que falleció el licenciado Argumedo⁵⁸.

Por las citadas cédulas no sólo se obtuvo la división y patrimonialidad de los beneficios, sino también el raro privilegio de que fueran los ayuntamientos insulares quienes hiciesen las propuestas a la Corona mediante oposiciones convocadas por

57. Publicadas las referentes a Tenerife por Juan NÚÑEZ DE LA PEÑA en su *Conquista...*, ya citada, págs. 260-267. Cf. José María de ZUAZNAVAR Y FRANCIA: *Diario*, publicado por Millares Carlo, en su citada obra, páginas 641-642. Entre los aspirantes naturales, eran preferidos los pilongos, por costumbre. (Archivo del Cabildo de Tenerife, A-IX, núm. 23.) Las dos parroquias de La Laguna fueron consideradas como una sola pila. (Informe de la Audiencia de 30 de noviembre de 1699, en virtud de real cédula de 18 de julio anterior. Archivo Histórico de Las Palmas, lib. V de Reales Cédulas, fols. 124-125.)

58. RODRÍGUEZ MOURE, *obra citada*, pág. 109.

los mismos y en las que actuaban de jueces personas no eclesiásticas ⁵⁹.

La reforma de 1533 exigía, para ser beneficiado, nobleza, además de doctrina, buena vida, grados de Teología o Cánones y antigüedad en el sacerdocio. Sin embargo, aquel requisito no fue imprescindible en la práctica ni lo mencionan los historiadores, bastando, en cuanto al linaje, la limpieza de sangre ⁶⁰.

En general, el procedimiento que se seguía para cubrir los beneficios en las islas de Gran Canaria, Tenerife y La Palma, era el siguiente: al producirse la vacante, el ayuntamiento convocaba las oposiciones, haciendo fijar edictos en las puertas de las iglesias para que en el término de treinta días se presentaran instancias ante el escribano del concejo. Pasado dicho plazo, la corporación elegía dos jueces diputados, entre sus regidores; los ciudadanos, otros dos de su clase, e igual número, por los beneficiados. Antes de que transcurrieren dos horas los seis jueces habrían de reunirse con el vicario del obispo, ante el cual prestaban juramento de ser imparciales al juzgar la suficiencia, calidades y habilidad de los opositores. Inmediatamente se procedía al examen en público, y acabado éste se recogían por el vicario los dictámenes y, teniendo en cuenta la mayoría de votos, se elevaba al rey la propuesta de dos aspirantes dignos, firmada por los jueces, el vicario y el secretario del Ayuntamiento, con el sello de la ciudad. En caso de empate el vicario decidía ⁶¹.

59. RODRÍGUEZ MOURE: *Apuntes para la historia del obispado de Tenerife*, en "Revista de Historia", tomo VI, 1938, pág. 120. "El tener voto los seglares (en la provisión de los beneficios) es impropio y no usado, no acostumbrado." (Constitución del obispo Cámara y Murga en 1629, según Representación de la Audiencia del 20 de enero de 1655. Arch. Hist. de Las Palmas.)

60. Aun los legitimados por subsiguiente matrimonio fueron admitidos a los beneficios en virtud de la real cédula de 22 de diciembre de 1670, modificando lo dispuesto en 1533. (Archivo del Marqués de Acialcázar, ya citado, leg. *Obispado de Canarias*, II.)

61. De una información practicada por orden de la Audiencia en 1654, resulta que en Tenerife se reunían en la sacristía de la iglesia de los Remedios de La Laguna y allí "echaban suerte de los dos electores del Regimiento

Los ciudadanos debían de ser vecinos de la ciudad, principales, honrados, hacendados, casados, mayores de veinticinco años y sin oficio mecánico ni granjería. Tales condiciones son, sin duda, el motivo de que Viera les denomine «nobles ciudadanos», por más que ninguna de ellas determine jurídicamente la expresada calidad ⁶².

Los cabildos seculares continuaron en el ejercicio del privilegio de 1533 hasta que la mitra que, como era natural, lo veía con desagrado, logra que Felipe IV, en 1633, dispusiera que el obispo y su provisor, con dos examinadores eclesiásticos, fuesen los jueces de las oposiciones a beneficios y consultaran al rey tres de los aspirantes aprobados y más beneméritos ⁶³. Los ayuntamientos se oponen al cambio, pero la reforma es confirmada en 1655.

Unas nuevas cédulas reales, la de 2 de diciembre de 1656 para Tenerife, y la de 1 de abril de 1658 para Gran Canaria y La Palma, devuelven a los ayuntamientos de las tres islas de realengo las facultades de que habían sido privados en orden a la repetida provisión ⁶⁴. Sin embargo, los obispos no de-

que eran los dos primeros que un niño iba sacando de un sombrero que el corregidor tenía en la mano; que lo mismo se hacía de los ciudadanos; luego entraba el vicario con los beneficiados y salían todos siete al cuerpo de la iglesia, donde se les recibía el juramento por el vicario en la forma que el Emperador dispuso; seguido se llamaban a los opositores y el vicario les examinaba y los beneficiados y religiosos que asistían les hacían algunas preguntas de mandato de los electores; todo esto en público, en la iglesia, y después... el vicario y los electores entraban en la sacristía, en donde veían algunos recaudos y títulos de los examinados y conferían entre todos a quién se había de elegir, y no habiendo conformidad el vicario mandaba que se votase; primero los regidores; luego los beneficiados, y por último, los ciudadanos, y el vicario se conformaba con la mayoría". (Representación de la Audiencia en 20 de enero de 1655. Arch. Hist. Las Palmas.)

62. VIERA, *obra citada*, lib. XVII, cap. 13.

63. El rey tuvo que dirigirse a la Audiencia en 20 de marzo de 1634, porque no se cumplía lo ordenado en 20 de junio de 1633 y había que dar favor al obispo ante la resistencia de los ayuntamientos.

64. La real cédula de 2 de diciembre de 1656 se conserva original en el archivo de la Real Sociedad Económica, leg. 20/39. El año anterior, a 28 de noviembre, el obispo había logrado que se confirmara lo dispuesto en 1633; pero el ayuntamiento hizo una representación a la superioridad en que advertía que como consecuencia del sistema de 1633 no se cubrían las vacantes y

sisten de su empeño y, al fin, triunfan de modo definitivo en 19 de mayo de 1670, pues por real cédula de esta fecha entran otra vez en vigor las de 1633 y 1655, quedando para siempre abolido el privilegio de las ciudades, cuando ya contaba ciento treinta y siete años de su concesión.

G) *Invocación del Real Patronato en las contiendas y resoluciones sobre ceremonial*

El cuidado del ceremonial, de las cortesías y de las precedencias que en tan alto grado se dio en los siglos XVI, XVII y XVIII, no puede reducirse con sentido histórico a lo pintoresco, sino, como ya observó don Niceto Alcalá Zamora, encontrarlo razonable, especialmente cuando tiene por marco un país nuevo y alejado del centro nacional. El citado autor, refiriéndose a las Indias, advierte que dicho celo atiende a la jerarquización de una sociedad que, al formarse, bulle, y que, al sedimentarse, conserva las inquietudes de los espíritus aventureros, que son núcleos originarios o principales de su estructura. Por otra parte, la misma idea, política y capital, de deslindar la función y mantener a cada autoridad en su órbita, no podía conseguirse, atenta sólo al fondo de la delimitación jurisdiccional, sino que había de trascender a la exterioridad del mutuo respeto y al acatamiento efectivo de las distintas preeminencias ⁶⁵.

En Canarias las disputas en materia de etiqueta, entre autoridades eclesiásticas y civiles, o entre sí, no son raras. A veces contribuyen a ello el genio español, puntilloso y altivo, en contacto con las circunstancias del país: la coincidencia de la Catedral, Audiencia y Tribunal del Santo Oficio en una misma ciudad; la riqueza y poder del cabildo secular de Tenerife; el prestigio de los beneficiados de real título y aun la distancia de la Corte, que haría sentirse a todos un poco au-

que éstas llegaban a nueve, y algunas con cuatro y cinco años sin cubrirse. (Arch. Cab. Ten. R-XIII, núm. 29; Arch. Hist. Nac., Consejos, Patronato, leg. 15.755, cita de "Diario de Las Palmas" de 29 de agosto de 1958.)

65. Niceto ALCALÁ ZAMORA: *Reflexiones sobre las leyes de Indias*. Madrid, 1935, págs. 75-76.

tónomos. El choque lo motivaban: la supresión o el modo de dar la paz; la venia de los predicadores; el uso de las sillas de brazos, almohadas y alfombras; el aparato y servidores que pretende llevar el obispo a la procesión del Corpus; la colocación de los ayuntamientos; los tratamientos⁶⁶; etc.

La influencia del regalismo y el prurito de que no se faltara al decoro debido a las iglesias de las Islas, en cuanto a piezas del Real Patronato, hace que se invoque el derecho de la Corona en las mencionadas discusiones. A los que provocan el conflicto con sus actos, tal vez les mueva la vanidad, celos o represalia, pero nunca se les supone ánimo de negar las prerrogativas del real patrono. Por otra parte, prácticamente la alegación del Real Patronato proporcionó la ventaja de poder valerse de otra vía, aun después de perdido un litigio, acudiendo a la Cámara Real en demanda de nueva resolución sobre determinadas querellas.

a) *El cabildo catedral, frente a los inquisidores y en sus controversias con los obispos.*

Hacia 1611 el Santo Oficio tenía ocupadas siete prebendas que los inquisidores simultaneaban con sus plazas⁶⁷, lo cual

66. Por real cédula de 27 de septiembre de 1697 se insiste en que al cabildo eclesiástico se le dé el tratamiento de Venerable, cortesía que, según los capitulares, no fue siempre observada por la Audiencia. (Arch. Hist. Las Palmas, lib. V, fols. 94-97.)

67. La real cédula de 13 de diciembre de 1523 ordenó que se dieran al bachiller Martín Ximenes, fiscal de la Inquisición de Sevilla, los frutos de la Chantría de que era titular en la catedral de Canarias. Dicha cédula figura en el Índice del archivo secreto de la Catedral de las Palmas. (Arch. Soc. Econ. Ten., leg. 20.) La Inquisición de Canarias ocupaba una canonjía en la Catedral, aunque sin título legítimo para ello por ser iglesia del Real Patronato. La mencionada prebenda la obtuvo, por presentación del rey, el licenciado Luis de Herrera, quien tomó posesión pacífica de la misma; pero, en 19 de octubre de 1619, el Santo Oficio logra que se le devolviese la prebenda por el tiempo que fuese de la real voluntad. Hubo litigio sobre el asunto, pero al ser promovido Herrera a otra canonjía, cesa el pleito. Más tarde el licenciado Alonso Pérez de Sahagún se subroga en los derechos del licenciado Herrera, siendo apoyado por el fiscal de la Cámara en razón a tratarse de prebenda de Real Patronato, no obstante lo cual, al fin la inquisición obtiene el disfrute de la canonjía.

dio origen a una súplica al rey por parte del obispo de Canarias, donde el prelado expuso que los Reyes Católicos no habían permitido semejante acumulación en las iglesias del Real Patronato y que las reales cédulas de 20 de abril de 1559 y 24 de febrero de 1600, expedidas con motivo de casos análogos ocurridos en iglesias del patronato de Granada coincidían en excluir a los inquisidores de las prebendas de dicho Patronato. La instancia fué atendida por el monarca, pues por real cédula de 16 de febrero de 1612 se mandó, con carácter general, que a las iglesias de Granada, Canarias y otras partes del Real Patronato se fuesen luego a servir y residir las prebendas, con apercibimiento de que éstas se declararían vacantes si no se cumplía lo ordenado, procediéndose a su provisión para que no se defraudara al culto divino. Pero, nueva representación a la superioridad, ahora elevada por los inquisidores, da por resultado que la mentada cédula fuese abolida por otra, despachada el 28 de enero de 1614, en la que se dispone que los inquisidores y ministros del Santo Oficio de Canarias que tuvieran prebendas en su catedral «cumplan con acudir a las horas y oficios divinos todos los días de fiesta, vacaciones y Semana Santa, sin que tengan obligación de otra residencia»⁶⁸.

El antagonismo entre ambas potestades, con favorables alternativas, respectivamente, llegó a ser un mal habitual. En 21 de diciembre de 1638 la Catedral obtuvo, al parecer, confirmación de lo dispuesto en 1612⁶⁹. En cambio, cuando el obispo don Rodrigo Gutiérrez de Rozas, por constitución de 12 de febrero de 1656, acordada por su cabildo, manda que ningún prebendado, beneficiado o cura de su diócesis pudiera ser inquisidor, fiscal, notario, consultor, calificador... del Santo Oficio, se encuentra con que el 9 de septiembre siguiente el inquisidor general don Diego de Arce Reynoso declara nula, injusta, escandalosa, contra derecho y perjudicial al Santo Oficio a la citada constitución, bajo pena de excomunión y

68. El texto de las citadas cédulas de 1612 y 1614 ha sido publicado por la revista "El Museo Canario", núm. 18, págs. 59-64.

69. Arch. Soc. Econ., leg. 20/29.

doscientos ducados, y ordena que la misma se tildara y borrarse ⁷⁰.

Las competencias de que hemos hecho mérito trascendieron a la esfera del protocolo. En efecto, el inquisidor don Bartolomé Benítez de Lugo, persona de la primera nobleza de Tenerife, en ocasión de encontrarse en esta isla el obispo don Juan Ruiz Simón le mostró una real cédula expedida por los años de 1557, en que se prevenía que concurriendo la Audiencia con los inquisidores en la catedral o en otras iglesias, los últimos ocuparan el lado del Evangelio con sillas, tapetes y almohadas, y aquélla el de la Epístola con la misma autoridad, según se había observado en Sevilla en 1574, preferencia que pretendía se guardara en Canarias. A ello contestó el prelado que a las iglesias de las Islas era aplicable la cédula de 29 de junio de 1670, ganada por el obispo de Málaga, por la cual sin consultar al real patrono no podía acceder a la modificación que se intentaba introducir.

El mismo inquisidor quiso hacer uso de un asiento preeminente en la catedral con motivo de las exequias por su padre, a lo que se opuso, también, el mencionado obispo, dando lugar a que el rey prohibiera, por cédula de 24 de noviembre de 1707, que se hicieran honras fúnebres en la mencionada iglesia por quienes no fuesen prebendados. Asimismo se previno que no se concediera especial preeminencia sino al que presidiera la representación del Santo Oficio.

En 1708, a pesar de que los inquisidores llevaban más de cincuenta años que no entraban en la catedral en forma de Tribunal, el Santo Oficio intimó que había de ir a dicho templo a la publicación del edicto de la Fe, lo cual dió origen a que el obispo se quejase a la superioridad y que en su consecuencia el 18 de diciembre de dicho año se dictara una real cédula mandando que no se alterase la costumbre ⁷¹.

Todavía don Bartolomé Benítez de Lugo intenta poner silla

70. Archivo del marqués de Acialcázar, leg. *Obispado de Canarias*; Nestor ALAMO: *Dos cartas inquisitoriales sobre Viera*, en "Revista de Historia", VI, 1939, págs. 177-178.

71. Arch. Acialcázar, legs. citados; Arch. Hist. Las Palmas, lib. VIII de R. C., fols. 127-130.

de brazos con almohada y alfombra en la iglesia de la Concepción de La Orotava el día de la octava de la Santa Patrona, lo que no consintió el obispo, al darle cuenta de la novedad el beneficiado de la citada villa, siendo terminada la cuestión por real cédula de 24 de diciembre de 1709, en la que se advierte que no se permita a persona alguna de cualquier calidad y condición que sea poner sillas, alfombras y almohadas, en las iglesias del Real Patronato, excepto a aquellas que representaran a la real persona ⁷².

Hacia 1612 el Santo Oficio propuso que cuando fuese el secretario de su tribunal con algún recado al cabildo eclesiástico salieran a recibirle dos canónigos y se le colocase en asiento preeminente. Como los capitulares no convinieran en ello, los inquisidores, en represalia, mandaron que en el plazo de dos meses los contadores del cabildo liquidasen las cuentas de los hacimientos generales de diezmos por el interés que podía resultar a la prebenda que gozaba el Santo Oficio en la catedral, bajo pena de excomunión mayor y dos mil ducados de multa. El pleito que se entabló con tal motivo es resuelto por real provisión de 22 de junio de 1613, en la que se manda al Consejo del Santo Oficio advirtiese al tribunal de Canarias que levantara inmediatamente las excomuniones fulminadas y restituyese la multa que se sacó a don Esteban Fernández de Chaves, y que, para cortar de raíz estas voluntarias inquietudes, hicieran ir a la Corte a los inquisidores de las Islas, privándoles de sus plazas y no dándoles ninguna otra o, a lo menos, que se ejecutare esta sanción en el más antiguo ⁷³.

En otra ocasión, los inquisidores obligaron a tres canónigos, entre éstos al magistral, sólo por ser familiares del Santo Oficio, a que dejasen la iglesia y coro en día de fiesta de primera clase y de la mayor solemnidad y les acompañaran a la función que todos los años celebraba el tribunal en el convento de Santo Domingo. Otro día, conminaron al canónigo don Tomás Maldonado para que concurriera a la fiesta de San Pedro Mártir, patróno de Gran Canaria; y al mismo don

72. Arch. Hist. Las Palmas, lib. VIII de R. C., fols. 122-124.

73. Arch. Hist. Las Palmas, lib. VIII de R. C., fols. 131-135.

Tomás, estando en coro con su cabildo, le mandaron que dejase el sobrepelliz y subiera al púlpito con manto y bonete a leer un edicto sobre libros prohibidos ⁷⁴.

Pero, en rigor, cuando aparece la invocación del Real Patronato por la Catedral, frente a la Inquisición, fue en el ruidoso litigio que sostuvo con el inquisidor don Juan Martínez Nubla, juez en comisión de la gracia del Excusado. El cabildo, que había recurrido al tribunal de dicha gracia en la Corte, por encontrarse perjudicado con las resoluciones de Nubla, en lugar de conseguir satisfacción a sus quejas, lo que vino a obtener fue un desfavorable decreto, fechado a 12 de junio de 1776, en el cual se mandaba «que el notario de la subdelegación de Canarias pusiese en los acuerdos del cabildo, por nota, que el tribunal desaprobaba todo lo hecho por el mismo cabildo, al cual condenaba en las costas, y que sólo por un efecto de benignidad se levantaba la multa al doctorab». No se le admitió el grado de revista y las notas se pusieron con exceso en los libros capitulares. Recusáronse a los inquisidores en la causa del Excusado y negóse también. Entonces, según escribe Viera, el cabildo «viendo vulnerado su crédito, denigrados sus libros y aprobados los insultos del juez de comisión, reflexionó que mucha parte de la ofensa se refundía en el Real Patronato, cuyas inmunidades se habían atropellado de una manera inaudita, y ocurrió en derecho al rey».

Recibido, ahora, el recurso en la Real Cámara, el monarca firma en 20 de julio de 1768 un decreto dirigido a la Audiencia de Canaria, ratificado en real cédula despachada en San Ildefonso el 9 de agosto siguiente, en virtud del cual se manda, entre otros particulares favorables al cabildo que dicha Audiencia diputara un ministro para que hiciese borrar y tildar en los libros de acuerdos capitulares la nota o notas puestas de orden del tribunal del Excusado «contra el decoro debido a una iglesia del patronato efectivo de la Corona como lo es esa catedral, sin mi real noticia ni del consejo de la Cámara» ⁷⁵.

74. Informe instructivo del arcediano don José Marcos Verdugo, citado por VIERA, lib. XVII, cap. 10, y por PADRÓN ACOSTA en el artículo que hemos mencionado, págs. 184-185.

75. Arch. Hist. Las Palmas, lib. VIII de R. C., fols. 39-48.

El contenido de la expresada cédula, en lo sustancial, ha sido publicado por Viera ⁷⁶.

También el cabildo invocó el Real Patronato en sus discrepancias con el obispo don Juan Francisco Guillén. La corporación se quejó de que el prelado no guardaba las ceremonias y loables costumbres de la iglesia canaria, y el obispo recriminó a los capitulares el que éstos faltaban a determinadas rúbricas esenciales. Entre los cargos que se hicieron a don Juan Francisco Guillén estaba el de que este obispo anteponía su nombre al del rey en la colecta per-oración *Et famulos tuos*, lo cual iba en contra de lo practicado en las islas y en la Capilla Real y otras iglesias de Real Patronato. Formalizada la controversia, el cabildo, en 1742, nombra diputado para pasar a la Corte al canónigo don José del Castillo, quien, el 3 de octubre de 1745, obtiene una real cédula por la que se previno la admisión de las pruebas de ambas partes con intervención del regente de la Audiencia. Después el monarca acepta el nombramiento de dos árbitros, y a este efecto son elegidos el oidor don Alonso de Montemayor por el obispo, y el fiscal don Eugenio Trebani por el cabildo, los cuales, conforme dispuso la real cédula de 16 de mayo de 1747, dirigida al regente don Antonio Varela Bermúdez, habían de concordar en el plazo de dos meses sobre los numerosos puntos discutidos, no todos de ceremonial ⁷⁷. El dictamen, sin embargo, es emitido separadamente por cada uno a favor de la parte que le nombró con informe del regente. Por último, visto el asunto en la Cámara, el rey, al parecer, mandó: «Que la Santa Iglesia de Canaria se arreglase por la de Málaga y demás del Real Patronato ⁷⁸.

Los prebendados tuvieron otros litigios con sus obispos, como fue el que provocó el uso de sillas de brazos por aquéllos en la ermita de los Remedios de Las Palmas e iglesia del con-

76. Viera, lib. y cap. últimamente citados. Cf. Nestor ALAMO: *La raíz familiar*, en "Revista de Historia", XII, 1946, págs. 46-48.

77. Se discutió hasta el uso de almohada y gradas de la silla coral del obispo, y para mejor resolver estos particulares, se aportaron certificaciones de los maestros de ceremonias de Granada, Málaga, Guadix y Almería.

78. VIERA, lib. XVI, cap. 64.

vento de religiosas de San Bernardo de la misma población, en el que el cabildo ganó ejecutoria del consejo, que volveremos a mencionar.

b) *La Audiencia como representación regia.*

La Audiencia de Canarias gozó de determinadas preeminencias en los templos, especialmente en el siglo xvi, como fueron el que cada uno de sus ministros pudiera sentarse en silla de brazos cuando asistieran en corporación e ir acompañados de su guardia de alabarderos que permanecía al respaldo de dichas autoridades con las armas en alto *more castrorum*, durante los oficios divinos. En las exequias reales el presidente y magistrados no tenían que estar en pie mientras se cantaba el *invitatorio* ni arrodillarse al versículo veinte *adoremus et procedamus ante Deum* como lo hacía el coro ⁷⁹.

El obispo y cabildo eclesiástico casi siempre se oponen a las pretensiones de la Audiencia en materia de ceremonial, por lo que ésta nunca logra en la catedral las preferencias o distinciones a que aspiraba.

El día del Corpus de 1608, estando colocadas en el lugar acostumbrado la silla y almohada para el regente, la Catedral no quiso consentir este honor al suplente que entonces lo era el oidor más antiguo don Diego de Vallecillo, y alteró el orden de los oficios, celebrando primero la procesión y después, aunque la Audiencia en corporación, la justicia y regimiento en comunidad y numeroso público esperaban para oír la misa, ésta no se dijo en razón de que el tribunal no accedió a quitar dicha silla y cojín, dando todo ello origen a la real cédula de 15 diciembre del citado año, por la que se prevenía que al

79. En 7 de junio de 1689, en contestación a consulta de la Audiencia de 23 de mayo de 1688, se mandó que de los doce alabarderos, ocho acompañasen siempre al presidente y capitán general y que los otros cuatro quedaran en el tribunal para cumplir sus mandatos. (Lib. V de R. C., fol. 15.) La Catedral quiso oponerse a que los alabarderos entraran en el templo escoltando a la Audiencia, pero las reales provisiones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 1691 mandaron que concurrieran siempre que lo hiciese el tribunal. (Lib. V de R. C., fols. 68-69.)

oidor más antiguo que hiciera oficio de regente se le diesen los mismos honores que al propietario ⁸⁰.

En 1613, el regente dio cuenta a la superioridad que al ir la Audiencia a la nombrada iglesia el día de Pascua de Resurrección, y cuando precisamente concurría por primera vez en el templo el obispo don Lope de Velasco, al dar la paz los capellanes que llevaban los portapaces se detuvieron por tres veces en el camino en lugar de darla al mismo tiempo que al prelado o prebendado que presidía el coro. La queja fue atendida cumplidamente, pues el 23 de noviembre del mentado año se participó al regente que sobre el particular se había escrito al obispo, a fin de evitar la introducción de novedades y para que el prelado tuviera buena correspondencia con el tribunal ⁸¹. Por real cédula de 9 de diciembre de 1637 se dispuso que en los días de tabla el gobernador de la Audiencia no sólo ocupara en la catedral un sitial, sino que la tarima correspondiente se cubriera de alfombra ⁸², pero como el primer viernes de la Cuaresma de 1638 el tribunal hiciese uso del indicado aparato no habiendo gobernador, el cabildo se fue por dos veces del coro, hizo cesar la misa, bajando el preste, diácono y subdiácono del altar mayor, y, una vez quitado el paño del púlpito, pasó a la sala capitular, donde celebra la misa y sermón a puerta cerrada «con gran escándalo de los fieles». En su consecuencia, el tribunal impuso algunas multas a los prebendados y acuerda no volver a la catedral interín que por la superioridad no se resolviese la cuestión. Ante la Real Cámara pidió que expresamente se le autorizara el uso de alfombra sobre la tarima, aunque no hubiese gobernador propietario y que para evitar dudas se declarase que tal pompa había de ser guardada no solamente en los días de tabla, sino también en los demás que el tribunal acordara ir a la catedral, «ya que era un acto voluntario que el cabildo no podía resistir tratándose de capilla del Real Patronato». Por último, solicitó la confirmación de las multas impuestas.

80. Lib. II, fol 217.

81. Lib. II de R. C., fols. 253-257.

82. Lib. II de R. C., fol. 311.

La Cámara, en vista de dicha instancia, la contradicción formalizada por el cabildo y los informes del fiscal del rey, don Cristóbal de Moscoso y Córdoba, acordó, por autos de 28 de julio y 31 de agosto, que se confirmase lo prevenido el 9 de diciembre anterior y, a tal fin, fue despachada la sobrecarta de 3 de septiembre de 1638. Para la debida observancia de esta resolución se mandó que fuera obedecida por los prebendados, bajo apercibimiento de pérdida de las temporalidades y de ser habidos por extraños al Reino, y que una vez verificada la obediencia se devolviesen las multas, si bien se previno, asimismo, que el cabildo podía seguir su justicia como le conviniese en lo referente a las almohadas que pretendía usar la Audiencia y a otros particulares, lo cual dio por resultado que aquél practicara una información sobre el tamaño de las alfombras, donde quedó acreditado que éstas excedían de la superficie de la tarima ⁸³.

Las esposas del gobernador y oidores también tenían sitio reservado en la catedral con alfombra y almohada en virtud de costumbre permitida por el capitán general y presidente de la Real Audiencia don Iñigo Brizuela (1635-1636), tal vez teniendo en cuenta el principio jurídico de identidad o unidad de honores en el matrimonio; pero al solicitar el tribunal que en dicha iglesia, por ser de Real Patronato, no hubiesen más estrados que los de la Audiencia y de su familia, la superioridad acordó, en 3 de septiembre de 1638, que sobre de ello informara el obispo, y seguramente la representación que hizo entonces el prelado fue adversa a las mujeres, pues por real cédula de 6 de noviembre siguiente se ordenó que cesara la referida costumbre. Como las relaciones entre la Audiencia y la Catedral no eran buenas es probable que dichas damas desis-

83. Lib. II de R. C., fols. 312-319. Por esta misma época el rey rogó al obispo Cámara y Murga que en sus competencias con la Audiencia no descomulgara a toda la corporación en forma de tribunal, pues así resultaba de la visita de don Luis Enríquez, alcalde de crimen de la chancillería de Granada. (Provisión de 12 de junio de 1638 en lib. II de R. C., fol. 362.) La discusión sobre la alfombra de la tarima continuaba en 1762. (Lib. II de R. C., fols. 413-417.)

tieran por el momento de la pretensión de ocupar sitios especiales en aquel templo, máxime cuando el tribunal deja de asistir a los oficios ⁸⁴.

El obispo don Francisco Sánchez de Villanueva, en el repetido año de 1638, asistió a la procesión del Corpus llevando tras de sí y, por tanto, antes de la Audiencia y de la Justicia y Regimiento, tres criados que portaban un quitasol y una silla en la que se sentaba el prelado y se cubría. El tribunal, después de hacer al obispo reiteradas advertencias para que no continuara con tal aparato, sin éxito alguno, ordenó que aquellos servidores fuesen arrojados de la procesión ⁸⁵. También en Indias fue introducida la silla de que se trata por algunos obispos hasta el grado de llegar a constituir una corruptela, por lo que Felipe II, para cortar el abuso, dictó la real cédula de 6 de julio de 1619 en la cual llama «indecente» a tal práctica ⁸⁶.

Bajo el pontificado del mismo obispo, el deán y cabildo presentaron al rey que la Audiencia llevaba seis o siete años sin asistir a la misa solemne y procesión del Corpus, a pesar de ser fiesta de tabla, por la competencia que había tenido el tribunal con el titular de la mitra, y que precisamente ese día los magistrados se iban de caza a un monte cercano. Esto dio origen a que el 6 de abril de 1650 se despachase una real provisión ordenando a la Audiencia que concurriera a dichos actos, la cual fue presentada al acuerdo de 19 de julio de 1658 por el racionero de la Catedral don Esteban Narciso Linzaga. El tribunal entonces hizo constar: que la orden era siniestra, porque la Audiencia había asistido a las citadas solemnidades hasta 1653 en que el nuevo obispo don Rodrigo Gutiérrez de

84. Lib. II de R. C., fols. 307-308. El deán Roo, en carta de 7 de marzo de 1782 al canónigo don Agustín Madan, diputado de la Catedral en la Corte, le dice que en aquel momento existía la pretensión de que las mujeres de los ministros de la Audiencia tuviesen asiento con tapete en la iglesia, alegando que las señoras del país lo tenían desde antiguo sin consideración al Real Patronato. (Arch. Soc. Econ., leg. 20-42.)

85. Por real cédula de 3 de septiembre de 1658 se pidió informe al obispo sobre lo ocurrido en la procesión. (Lib. II de R. C., fols. 305-306.)

86. *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias*, lib. III, tít. XV, ley XLI.

Rozas se marchó desde la víspera del Corpus al lugar de La Vega para no ir a la procesión sin la silla, y al año siguiente si también dejó de concurrir el tribunal fue por exigirle su ausencia el prelado con el fin de que no hubiera oposición a la mentada pompa; que el cabildo no había hecho uso hasta ahora de la provisión que presentaba, a pesar de haber transcurrido ocho años de su fecha; que a las demás procesiones no faltó nunca e incluso en la rogativa de 1654, en la ermita de la Santa Cruz, fue la Audiencia, y estuvo en la catedral cuando iba a salir la procesión, donde tuvo la oportunidad de aquietar «el alboroto» que se formó entre el cabildo y el obispo; y que, si bien por la ausencia del obispo había cesado la dificultad de la silla y quitasol, se encontraba a la sazón con el nuevo inconveniente de que la Justicia y Regimiento pretendían unos asientos des-acostumbrados en la capilla mayor de la catedral, en virtud de cierto real despacho obtenido con siniestra relación y ejecutado por propia autoridad de los interesados, al cual se había opuesto el tribunal, según resultaba del testimonio de las actuaciones en el asunto que con los informes procedentes, fechados en 5 de julio de 1656 y 31 de enero último, había remitido al Consejo. Finalmente expuso que en los años en que la Audiencia dejó de ir a la procesión, los magistrados acudieron a verla desde un balcón de la casa de su presidente, el capitán general don Alfonso Dávila y Guzmán⁸⁷.

Por real cédula de 16 de febrero de 1690 se mandó que cuando la Audiencia fuese a la catedral en Cuaresma o festividades salieran a recibirla dos canónigos, los cuales le habían de dar el agua bendita y acompañarla hasta la puerta al terminar la función; y que estando ausente el prelado la venia de los predicadores no se hiciese al cabildo eclesiástico, sino únicamente al altar mayor. El Cabildo se opuso al cumplimiento de la mentada cédula, manifestando: que el agua bendita era costumbre darla un oficial o ministro de la Audiencia y que seguidamente pasaba el tribunal a sentarse donde solía, sin ser recibido por los canónigos; que en cuanto a la venia, no asistiendo el obispo, se hacía al altar mayor y luego al Cabildo,

87. Libs. de R. C., I, II y IX, fols. 48, 401 y 13-14, respectivamente.

Audiencia y Ciudad, conforme se había practicado durante más de doscientos años y que lo que se observase, sobre la cuestión discutida, con las Audiencias o Chancillerías de Granada o de Valladolid, no podía perjudicarle como razón en contra, puesto que en Sevilla, «que era lo mismo que Canarias», no se daba el agua bendita a la Audiencia por capitulares. Una nueva cédula, expedida a 30 de octubre de 1691, modificó lo dispuesto el 16 de febrero del año anterior al mandar que no se alterase la costumbre invocada por el Cabildo, salvo en lo de la inclinación y saludo de los predicadores, que ahora se confirma la norma establecida, o sea que, a falta de obispo, no se hiciera otra venia que al altar mayor⁸⁸. La Audiencia pidió que se restableciera lo prevenido en 1690, pero la superioridad mantuvo lo mandado en 1691, despachando sobrecarta, con inserción de la última, el 22 de junio de 1694⁸⁹.

En 1689 la Audiencia consultó a la Cámara sobre el estilo que debía guardarse con los títulos nobiliarios en las iglesias a los efectos de exactitud en el ceremonial, pues en la ciudad de La Laguna, el 26 de agosto de dicho año, habían concurrido tres Títulos a las exequias por la reina doña María Luisa de Orleans y se les distinguió con sitiales y almohadas, mientras que en la catedral de Las Palmas, en el acto celebrado por el mismo motivo, la Audiencia, el Santo Oficio y la Ciudad sólo tuvieron bancos y suelos cubiertos de bayeta. También expuso que en el último templo los sitiales y alfombras de los Títulos únicamente se habían permitido en el coro. La Cámara contestó, en carta-orden de 14 de diciembre de 1700, que no hallaba reparo al honorífico asiento de los Títulos en el coro, pero sí a que éstos se colocasen con preeminencia en el cuerpo de la iglesia, donde estaban el tribunal y su presidente, y que

88. Libs. V y VIII de R. C., fols. 17-19 y 122-124, respectivamente. Por real cédula de 13 de diciembre de 1660 se mandó que se hiciera venia al obispo y no a los inquisidores, aunque éstos fuesen en forma de tribunal. (Arch. Soc. Econ., leg. 20-29.)

89. Archivo de Aciacázar, ya citado, legs. *Obispado de Canarias*.

«en todo se atendiera a la unión y conformidad pacífica, arreglándose a lo que en otras ocasiones se hubiera practicado»⁹⁰.

Las discrepancias con el obispo y cabildo eclesiástico a que nos hemos referido dieron por resultado el que la Audiencia no fuese a la catedral sino en exequias reales, contribuyendo a ello también el haber perdido el estímulo de su preeminencia después de haberse concordado y mandado que el Santo Oficio se le igualara en los asientos, razón que le movió a optar por no poner cojín ni sillón al regente y a dejar descubierto y sin almohada el banco de los oidores. Las funciones de tabla se celebran, por su encargo, en iglesias de conventos⁹¹.

En 1782, recibida la real orden de 3 de diciembre de 1781 y los correspondientes avisos de la Catedral y de la Ciudad para celebrar las funciones de acción de gracias por los beneficios que el Altísimo había concedido al rey y a la Monarquía en 1781 e implorar nuevas bendiciones, la Audiencia propuso al deán y capitulares la observancia de los aparatos de ordenanza al mismo tiempo que hizo notar que no se le había indicado por qué reloj iban a darse principio a las ceremonias⁹², reparo éste que se le satisfizo al reconocer el escribano del acuerdo que el no puntualizar este extremo había sido equivocación del pertiguero, pero en cuanto al aparato se le contestó «no tener arbitrio para asentir, a él, pues sólo podía arreglarse al estilo observado en las exequias reales», según estaba mandado por su majestad. La audiencia se resignó pensando en su igualdad

90. Carta orden del Marqués de Mejorada al presidente y jueces de la Audiencia. (Lib. IV de R. C., fol. 203.)

91. La actitud de la Audiencia dio motivo a que la real cédula del 29 de abril de 1610, dictada para ordenar diferentes particulares como consecuencia de la visita del licenciado Márquez, oidor de Granada, dispusiese que el tribunal fuera a la catedral los días segundos de Pascua y otros de tabla y no que en tales días se trasladase a la capilla de la cárcel o a monasterios a oír misa. (Lib. II de R. C., fols. 219-232.) Esta disposición, según indicamos en el texto, quedó incumplida.

92. “En algunas catedrales, a imitación de la de Sevilla, el reloj marcaba la hora con diez minutos de retraso en relación con el de la ciudad; especie de cortesía establecida por el cabildo para que el Municipio o Audiencia llegasen siempre puntualmente a las ceremonias religiosas.” (YBOT, obra citada, pág. 325.)

con el Santo Oficio, conforme advierte en sus informes, y, por ello, se limitó a replicar que si no se le guardaba en el templo el decoro debido daría cuenta al Consejo. El 4 de febrero concurre a la primera función y se encontró con «un bien propio y aparatado circo entre el coro y la capilla mayor, cubierto de alfombras, pero dos bancos o escabeles que deslucían todo y muy indecentes los de los dependientes, descubiertos», y la novedad de que no asistió el Santo Oficio. Sin embargo, para que no hubiese escándalo, el día 11 volvió a la iglesia. Por otra parte, en ninguna de las dos funciones se le dió la paz. Ante tales hechos, el tribunal, en 19 del mismo mes, elevó al Consejo un detallado informe con antecedentes del asunto, en el cual se recordaba que a la Audiencia correspondía la representación del real nombre. También se expuso que el enterar a la superioridad de lo ocurrido era con el fin de que no se estirara una aquiescencia⁹³ y por si procediera manifestar el real desagrado.

La actitud del tribunal, algo más moderada, se explica por el poco éxito de sus últimos informes. En 31 de enero del año anterior al intervenir en la cuestión de las sillas de brazos, que luego expondremos, también había hecho relación de sus disputas con el cabildo eclesiástico sin resultado satisfactorio, a pesar de que dijo que para evitar dichas diferencias sólo se le ofrecían dos soluciones: continuar celebrando las funciones religiosas a que debía asistir en algún convento o mudarse a Tenerife⁹⁴ al objeto de lograr una colocación decorosa en iglesias del Real Patronato⁹⁵. En otro aspecto, los términos de la representación de 1782 reflejan el poder alcanzado por la catedral canaria en el siglo XVIII y aún permiten pensar que

93. Copia de la representación de 20 de febrero de 1782 en Arch. Soc. Econ., leg. 20/42.

94. La Audiencia, por medio de su representante Pedro de la Plaza, solicitó que se le autorizara el trasladarse a Tenerife, según consta de la providencia del Consejo de 31 de agosto de 1638. (Lib. II de R. C., folios 303-304.)

95. Arch. Hist. Las Palmas. *Informes, consultas y representaciones. 1776-1819*, tabla 1, leg. 33, fols. 51-71.

el celo por el ceremonial en los supremos consejos había decaído notablemente en esta época.

e) Los ayuntamientos de Gran Canaria y Tenerife y los beneficiados de La Laguna en oposición al cabildo eclesiástico.

El influjo religioso en la sociedad canaria de los siglos xvi y xvii determina que los pueblos considerasen como asunto propio cuanto se relacionara con sus iglesias, aunque fuesen cuestiones más bien de régimen interno, a solucionar entre los eclesiásticos. Si además se trataba de etiqueta o cortesías, la Justicia y Regimiento, en nombre de la Ciudad, había de cuidar con especial celo que se guardasen a ésta las debidas precedencias, máxime en época tan dada al ceremonial como fue la de la Casa de Austria. En el siglo xviii, el regalismo y el estimarse en La Laguna que era honroso para la Ciudad y sus beneficios el que en las parroquias no se tolerasen asientos preeminentes sino a quienes representaran a su real patrono, hacen que el ayuntamiento de dicha población, aun a costa de su hacienda, tome la defensa de los derechos patronales de la Corona. La vigilancia sobre esta materia en la esfera local, como es sabido, estaba confiada a la fiscalía de la Audiencia y no a los ayuntamientos.

Hacia 1557 las discusiones sobre el sitio que había de corresponder al cabildo secular de Gran Canaria cuando concurriera con la Audiencia a actos oficiales dieron origen a que por real cédula de 12 de septiembre de dicho año se decretase que el citado tribunal había de preceder al gobernador y regidores y éstos al alguacil y ejecutor de la Audiencia. Nueva cédula, expedida el 8 de agosto siguiente, confirma a la anterior, pero todavía se hizo necesario dictar la sobrecédula de 16 de julio de 1559 previniendo mayores penas a los contraventores, en razón de que el día 12 de junio último se había llegado al exceso de «armar un gran alboroto por el gobernador y regidores en el que los oidores fueron quitados de sus puestos por la fuerza»⁹⁶.

96. Lib. I de R. C., fols. 21 y 116-118.

En 1578 se provoca en La Laguna un conflicto por los asientos del día de Corpus, según consta de la petición que sobre el asunto formuló el regidor de Tenerife Miguel Guerra ⁹⁷.

El mismo año en Las Palmas, con motivo de las exequias por la reina doña Ana de Austria, cuarta mujer de Felipe II, se logra una concordia entre el ayuntamiento de dicha ciudad, Audiencia e Inquisición en cuanto a la forma de sus asientos en la catedral y sobre las personas que habían de ir por cada institución, común acuerdo y consentimiento que fue aprobado por real cédula de 11 de enero de 1582 ⁹⁸. En 26 de noviembre de 1645, al paso que es confirmada la cédula de 1582, la superioridad advierte que si la Audiencia aumentase el número de sus representantes también podría hacer lo mismo el Santo Oficio ⁹⁹.

El ayuntamiento de Tenerife, en 1653, por medio de su procurador mayor don Juan de Mesa, solicitó que se le amparara en la costumbre de que sus capitulares tuviesen bancos cubiertos y alfombrados cuando acudían en corporación con maceros a las solemnidades religiosas y a la publicación del edicto de la Fe ¹⁰⁰. Al mismo Cabildo le fue concedido el privilegio de que se le diera la paz, por el obispo don Bartolomé García Ximénez el 24 de julio de 1671 ¹⁰¹. Y por real cédula de 12 de julio de 1685 se le restableció la práctica de que los predicadores le hicieran la correspondiente venia, lo cual había sido prohibido por el mencionado obispo ¹⁰².

El ayuntamiento de Canaria, por los años de 1656, pretendió determinados asientos en la capilla mayor de la catedral, pero la Audiencia se opuso, a pesar de que la Justicia y Re-

97. Arch. Cab. Ten. P-XIII, núms. 16-17.

98. Archivo de Simancas, Patronato Real, núm. 2923. Trae dibujo del catafalco y túmulo. (Arch. Hist. Las Palmas, Lib. I de R. C., fols. 179-181.)

99. Lib. I de R. C., fol. 368.

100. Arch. Cab. en. A-XIII, núm. 8.

101. El Ayuntamiento de Las Palmas hubo de quejarse de que no se le daba la paz, según resulta de la real cédula de 25 de abril de 1621. Lib. II de R. C., fol. 260.

102. Arch. Cab. Ten. R-XIV, núm. 47.— Cf. Leopoldo de la ROSA OLIVERA: *Evolución del régimen local en Canarias*, Madrid, 1946, pág. 76.

gimiento habían obtenido una real cédula que daba cumplida satisfacción a sus deseos, según dijimos al ocuparnos especialmente de dicho tribunal.

En 1674 el Cabildo que acabamos de citar se quejó al obispo García Ximénez y a la Audiencia de que el repetido prelado había ido a la procesión de San Pedro Mártir seguido de su familia en forma tumultuaria delante de la Justicia y Regimiento, y el tribunal, lejos de amparar a la ciudad, ordenó que ésta asistiese también a la procesión del Corpus, aunque el obispo concurriera a la misma de modo análogo a la de San Pedro ¹⁰³. El ayuntamiento no sólo se negó a ir con tal precedencia, sino que reaccionó presentando ante la Audiencia una real cédula de la que resultaba obligado el propio tribunal a no faltar a la expresada procesión. La actitud del corregidor y regidores fue sancionada con multas, pero éstos apelan al Consejo donde obtienen, el 23 de noviembre de 1675, una real provisión que mandó a devolver cuantos maravedíes y bienes se hubiesen sacado por dicha causa y que el obispo, en las procesiones a que fueran la Audiencia y el Ayuntamiento, no llevase tras de sí sino al caudatario y dos capellanes ¹⁰⁴.

También en el año de 1674 se produjo un importante litigio, el cual obedeció a haber pretendido los canónigos el uso de sillas de brazos en la ermita de los Remedios y en la iglesia del convento de religiosas de San Bernardo, ambas en la isla de Gran Canaria, pleito que iniciaron el ayuntamiento y el provisor y vicario de la diócesis, don Andrés Romero Suárez.

103. Jesús HERNÁNDEZ PERERA: *Noticias de la exemplar vida de el ilustrísimo Sr. Dr. D. Bartolomé García Ximenes, 1691*, en "Revista de Historia", XIX, 1953, págs. 183-239.

104. Lib. VIII de R. C., fols. 99-120.—La citada provisión fue ratificada en 1684. Arch. Cab. Ten., R-XIV, núms. 27 y 44.—En 1685 pretendió el obispo llevar silla en la procesión de Corpus y el Cabildo de Tenerife le conminó con la real cédula de 1684 y el obispo se retiró. S-VII, núm. 2.—En otras ocasiones también tuvieron éxito las ciudades en contra de la Audiencia como fue en 9 de noviembre de 1712 al disponer el Consejo que aquel tribunal no se entrometiera en los asuntos encomendados directamente por el rey a las ciudades de las Islas, tales como exequias. Lib. VI de R. C., fols. 194-195.

rez ¹⁰⁵. El obispo García Ximénez, que se hallaba a la sazón en Tenerife, hubo de regresar precipitadamente a Gran Canaria y continuar dicho litigio. Los canónigos, que contaron en este caso con el apoyo de la Audiencia, fundaban su pretensión en que por auto de 4 de marzo y provisión de 8 de abril de 1636 el Consejo había dispuesto que no asistiendo el nombrado tribunal se permitiera a tales capitulares el sentarse en sillas de brazos dentro de las iglesias del obispado, y, en efecto, atendiendo a dicha base, la superioridad, en 12 de diciembre de 1674, dictó sentencia confirmatoria de aquella provisión y, previa revista del 11 de enero siguiente, sobrecarta ejecutoria el 21 inmediato ¹⁰⁶.

Todavía, sin embargo, no es invocado el Real Patronato por las ciudades de las Islas en cuestiones de ceremonial. Hay que esperar al siglo XVIII para que se vea con toda claridad que el punto debatido es la mayor o menor extensión de los derechos patronales de la Corona en Canarias.

105. El provisor hizo quitar las sillas de San Bernardo y por orden del corregidor se quitó la del chantre don Domingo Albiturría en la ermita de los Remedios.—Al doctor don Andrés Romero Suárez se le censuraron ciertas palabras del memorial que presentó al obispo en respuesta a un manifiesto del cabildo eclesiástico, lo cual dio origen a que se anotasen en el expediente de Romero un perjudicial antecedente. Arch. Soc. Econ. leg. 20/41.

106 Lib. II de R. C. fols. 290-291.— Para dictar la citada cédula de 1636 se tuvieron en cuenta los informes del obispo de Salamanca don Cristóbal de la Cámara y Murga y del oidor de la chancillería de Granada don Luis Enríquez, el primero obispo que había sido de Canarias y el segundo visitador de su Audiencia.—Los canónigos en 29 de octubre de 1737 practicaron información ante el gobernador eclesiástico sobre no haber usado sillas de brazos sino los oidores, inquisidores y canónigos, extremos que les interesaba acreditar para que no se extendiera la prerrogativa a los regidores como se había pretendido en Teror el 8 de septiembre de dicho año por el alcalde don Juan de Athoquía y Meneses quien puso las indicadas sillas para los regidores y para sí como regidor.—No hubo criterio uniforme sobre la materia, pues en Málaga se estimó que el uso a que nos referimos era contrario a las exenciones y preeminencias del Real Patronato, conforme resulta de la resolución de la reina gobernadora de 29 de junio de 1670; en cambio, en América, en virtud de real cédula de 8 de agosto de 1672, dirigida a la Audiencia de Charcas, se les prohíbe a los prebendados cuando concurran con la Audiencia. En Perú por real disposición de 27 de junio de 1678 podían usarlas aún asistiendo aquel tribunal.

El 8 de diciembre de 1778 se sentaron en sillas de brazos en la iglesia parroquial de la Concepción de La Laguna el canónigo don Rafael Ramos y el prebendado don Diego Eduardo ostentación que el ayuntamiento estimó que no debía ser consentida en iglesias del Real Patronato, y por ello, en sesión del día 12, acuerda que fuesen requeridos los mencionados sacerdotes para que desistieran de tal pompa, pero al día siguiente, fiesta de Desagravio, vuelven a asistir de idéntica manera a la parroquia de los Remedios ¹⁰⁷. Entonces, después de nuevas intimidaciones, el ayuntamiento, con el apoyo de los beneficiados de la última parroquia, formaliza su contradicción al uso de las mentadas sillas ante el fiscal del rey en la Audiencia, demanda que presenta el apoderado del Consistorio don Juan García Cocho de Iriarte, bajo la dirección del letrado don Tomás Domingo Saviñón. Por la parte de los prebendados intervinieron: el conocido jurista don Antonio Javier Pérez y López y el doctor don Nicolás Viera y Clavijo, canónigo de la catedral canaria, también abogado ¹⁰⁸. Mientras se tramitaba el asunto en

107. Según los informes de la Audiencia los dos prebendados hacedores de diezmos que continuamente residían en Tenerife y en La Palma tal vez se encontraran desairados por estar presididos en el coro por los beneficiados rectores o quien sabe si como dijo en la Cámara el Obispo, en 1709, hablando de Benítez de Lugo deseaban que los nobles de su lugar les viesan sentados en trono ... En La Palma se puso silla de brazos por el hacedor don Domingo Alfaro en el Pavimento de la iglesia, y en Gran Canaria, en los pueblos de Guía y de Galdar, en el prebisterio, por don Luis Manrique y don Gerónimo Róo. El tribunal añade "y en todas partes ira sucediendo si se les toleran". *Lib. Informes...*, ya citado.

108. La Audiencia conoció del asunto a pesar de tratarse de materia relacionada con el Real Patronato en atención a la "distancia", según dice textualmente el tribunal, y al decreto de 3 de octubre de 1748, en virtud del cual se encargan a las Audiencias del Reino, en primera instancia con apelación a la Cámara, las causas y negocios en que no dudándose del útil efectivo Real Patronato sólo se controviertan las dotaciones, rentas, derechos y preeminencias tocantes a él.

Con base en el citado decreto de 1748 los beneficiados de Telde, don Angel Zambrana y don Cristóbal Morales, presentaron, en 26 de febrero de 1784, ante la Audiencia, una demanda en contra del obispo, provisor, visitadores y cabildo eclesiástico, sobre varios particulares, entre los que se hallaban el haber nombrado dicho cabildo en sede vacante a uno de los beneficiados un coadjutor inhábil y el haberseles privado de la intervención que siempre ha-

la Audiencia, el cabildo eclesiástico, teniendo en cuenta que por disposición de 7 de abril de 1603 estaba reservado el conocimiento de las causas del Real Patronato a la Cámara, acudió a este tribunal directamente con una fundamentada representación, debida a la pluma del canónigo don Agustín Ricardo Madan. El éxito fué inmediato, pues en real cédula de 23 de julio de 1779 y sobrecarta del 17 de agosto siguientes, dirigidas a la Audiencia de Canarias por la secretaría de dicha Cámara, se mandó que los prebendados fuesen mantenidos, por el momento, en el uso de las repetidas sillas. Pero se encuentra, en cuanto a la ejecución de lo ordenado, que la fiscalía de la Audiencia se opone a la misma en 10 de enero de 1780, mostrándose parte en nombre del Real Patronato, y después, el 8 de mayo siguiente, informa que las provisiones de 1636 y 1675, que habían servido de base a lo recientemente prevenido, sólo se referían a los conventos e iglesias de Gran Canaria, sin hacer mención alguna de los derechos patronales de la Corona, limitación que, añade, resultaba corroborada con el hecho de que el obispo de la Diócesis, cuando fue requerido de 1677 con la ejecutoria de 1675, a pesar de estar entonces en Tenerife, no acordó que esta ejecutoria se notificara a las parroquias de Santa Cruz ni a las de ningún pueblo de dicha isla. La cuestión quedó al parecer, sin ser resuelta definitivamente por la superioridad, según se desprende de la correspondencia del ayuntamiento con sus representantes en la Corte a fines del siglo XVIII¹⁰⁹.

bían tenido en el hospital de su pueblo. Como la Audiencia, al parecer, no les admitió la demanda, los beneficiados el 9 de agosto de 1785 acudieron a la Cámara, pero ésta, previo informe de aquel tribunal, acordó en 15 de junio de 1805, que se excusara el pleito en la Audiencia en cuanto al coadjutor por ser asunto de la competencia del ordinario eclesiástico y por lo que tocaba a la administración pretendida mandó que los beneficiados no tuvieran parte en el gobierno de los hospitales de la ciudad de Telde ni se sirviese dicha administración por eclesiásticos. Asimismo ordenó a la Audiencia que tomara las medidas convenientes en evitación de perjuicios a la causa pública por razón del gobierno de los hospitales y de sus rentas tanto en los de fundación particular como en los de Real Patronato. Lib. VIII de R. C., folios 42-44.

109. Arch. Cab. Ten. A-XIV, núm. 17; P-XXXII, núm. 37; P-XXXIII, núm. 31, y S-VII.—Además del litigio sobre sillas se produjo otra controversia sobre si debían o no presentarse al regente los canónigos que llegaran

Desde el punto de vista jurídico estimamos que tenían razón el ayuntamiento y beneficiados de la iglesia de los Remedios de La Laguna, puesto que según la bula de Inocencio VIII no estaban comprendidos los conventos y ermitas como por una versión equivocada del texto de la disposición pontificia habían entendido algunos, conforme hemos manifestado. Las resoluciones de 1636 y 1675 no podían ser operantes en las iglesias del Real Patronato por los motivos que expuso la Audiencia, que también dijimos.

Además, el uso de sillas de brazos en las iglesias de Tenerife nunca fue práctica generalmente aceptada, ya que en 1713 se negó en las parroquias de La Laguna al canónigo visitador don Luis Manrique de Lara, obligándole a tomar una silla del coro o un confesonario, conforme a lo que venía observándose con otros visitadores y hacedores de rentas decimales ¹¹⁰. En todo caso la costumbre contraria a los derechos patronales de la Corona era inadmisibile, según resulta de va-

por primera vez a posesionarse de sus prebendas. La correspondencia entre el secretario del cabildo catedral don Diego Nicolás Eduardo y el representante del mismo cuerpo don Agustín Madan revela la enorme importancia que se le dió al asunto de las sillas y al "gravísimo" de las visitas de presentación. El deán Róo escribió unos *Apuntes y Reflexiones* sobre la materia y al canónigo Madan se le encarece que no repare en gasto alguno para conseguir el triunfo de la causa de ceremonial en contra de la Audiencia. Carta de 22 de febrero de 1782. Arch. Soc. Eco. leg. 20/42.—Por otra parte, el cabildo secular de Tenerife en 1781 nombró diputado para gestionar el éxito de su oposición al uso de las sillas a don Tomás Wadding, delegación que al igual que la del cabildo catedral estimó improcedente la Audiencia. Todavía en 19 de enero y 11 de febrero de 1791 el ayuntamiento recomienda a su diputación en la Corte que estuviera atenta "no sea que el cabildo eclesiástico aprovecharse cualquier coyuntura favorable para obtener una decisión en contra de la tesis de la corporación municipal e inutilice el mucho dinero que se ha gastado en este pleito". Arch. Soc. Econ., leg. 20/31.

110. Informaciones practicadas en el repetido litigio del Ayuntamiento de Tenerife.—La corporación municipal no permitió que usase silla de brazos el comisario de la Santa Cruzada ni aun en la publicación de la Bula, a la que concurría con todos los ministros de su juzgado; tampoco la toleró al ministro honorario de Hacienda don Lázaro de Abreu en la iglesia de los Remedios de La Laguna. Por real cédula de 12 de abril de 1747 se ordenó que dicho ministro tuviera sitio después del deán y arcediano. Arch. Soc. Econ. leg. 20/30.

rias disposiciones para Indias ¹¹¹. Por otra parte, el celo real por la conservación de las preeminencias que correspondían al monarca en virtud del Patronato, había dado patentes muestras en aquel siglo con respecto a Tenerife, como fueron, especialmente, las reales cédulas de 24 de diciembre de 1709 y 13 de diciembre de 1764, la primera sobre la silla del chantre e inquisidor don Bartolomé Benítez de Lugo, a la que ya nos referimos cuando hablamos de las competencias entre el cabildo catedral y los inquisidores, y la segunda dictada con motivo de haber puesto en la iglesia parroquial del Realejo-bajo «una silla dorada de mucho coste» el caballero de Calatrava don Agustín de Castro Bethencourt. En esta última el rey desaprobó la conducta del beneficiado de dicha iglesia, por no haberse opuesto a la mentada silla, a pesar de que el mismo había sido conminado a no resistir la novedad con autos del Nuncio que contenían severas penas, agravadas por el provisor de Canarias al ordenar su ejecución ¹¹².

111. *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, lib. I, tít. VII, ley 1. Por orden de 28 de marzo de 1620 se previno al virrey del Perú con motivo del derecho de provisión de prebendas, beneficios y oficios eclesiásticos en las Indias que no reparase en cualquier uso contrario, pues contra del patronazgo no se admitía, ni era posible llamarlo costumbre sino corruptela y mala introducción y pecado de que es justo descargar la conciencia de los que están mezclados en él. En otra de 23 de julio de 1639 se dice al obispo de Cuba que debía saber que el Patronazgo Real es una cosa que tanto estima el rey y en que no puede ni debe parar perjuicio ninguna costumbre, introducción y prescripción, que en contrario se alegue. Pleito del ayuntamiento de Tenerife, ya citado; JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA: *Política Indiana*, Madrid, 1647, lib. IV, cap. II, núm. 18.

112. Arch. Hist. Las Palmas, lib. VIII de R. C., fols. 143-145.--Viera al comentar el pleito del Ayuntamiento con sus compañeros del cabildo eclesiástico sobre el uso de sillas, dice: "la ejecutoriada distinción en iglesias del patronato efectivo de la Corona no puede menos que ceder en lustre y decoro de las reales prebendas las cuales constituyen una parte muy principal de ese real patronato mismo". VIERA, *obra citada*, lib. XVII, cap. X.--Cf. nuestra nota 6.

III. FUNDACIONES DE REAL PATRONATO

Independiente de la institución del Real Patronato a que dedicamos este trabajo, también se dio en Canarias el especial patronato de la Corona sobre determinadas fundaciones. De este patronato fue el hospital de San Lázaro en Las Palmas de Gran Canaria, al igual que las casas de San Lázaro y San Antón en todo el Reino. No se trata en este caso de una merced pontificia con derecho de presentación como el otro patronato, sino de una protección o amparo con trascendencia jurídica que los monarcas castellanos desde la época de San Fernando dispensaron a dichos establecimientos benéficos ¹¹³.

El hospital canario de San Lázaro tenía como juez conservador al oidor decano de la Audiencia ¹¹⁴. Las resoluciones que dictaba este magistrado, conforme a las reales cédulas de 12 de septiembre de 1737, 15 de abril de 1742 y 29 de septiembre de 1743, eran apelables ante el presidente de la Real Cámara, al igual que en Sevilla ¹¹⁵, pero, más tarde, se dispuso que del juez conservador o de su delegado se apelara ante la misma Audiencia y que ésta, por tanto, conociese de los asuntos del hospital en grado de vista y de revista y despachara ejecutorias como tribunal sub-delegado de la Cámara, según resulta de las reales cédulas de 7 de septiembre de 1751 y 7 de febrero de 1754. En estas últimas disposiciones se previno, también, que no gozaran de fuero sino los ministros, oficiales y pobres y, entre aquéllos únicamente los que tuviesen como ocupación principal el servicio del establecimiento con salario fijo ¹¹⁶.

Por el cabildo secular de Tenerife se invocó reiteradamente un patronato en sentido honorífico y de protección especial so-

113. *Nueva Recopilación*, lib. I, tít. VI, ley 4.

114. Arch. Soc. Econ., leg. 10/384; JUAN BOSCH MILLARES: *Hospitales de Gran Canaria. El Hospital de San Lázaro*, en "El Museo Canario", revista citada, núms. 25-26, págs. 43-75, núms. 27-28, págs. 41-62, Las Palmas de Gran Canaria, 1948; Leopoldo de LA ROSA OLIVERA: *La Real Audiencia de Canarias. Notas para su historia*, en "Anuario de Estudios Atlánticos", Madrid-Las Palmas, 1957, núm. 3, pág. 91-161.

115. Lib. VIII de R. C., fols. 21-22 y 47-56.

116. Lib. VIII de R. C., fols. 33-39 y 43-44.

bre la imagen, iglesia y convento de Candelaria, el cual se aseguraba que correspondía al rey en propiedad y al Ayuntamiento su posesión *vel quasi*, pero, aunque sobre ello se hicieron informaciones y se pidió su reconocimiento en distintas épocas, la Audiencia de Canarias nunca aceptó la existencia de dicho patronato real ¹¹⁷.

JOSÉ PERAZA DE AYALA.

APENDICE DOCUMENTAL

I

BULA DE INOCENCIO VIII DEL 14 DE MAYO DE 1486 EN LA QUE SE TRANSCRIBE Y MANDA A OBSERVAR DE NUEVO LA DE EUGENIO IV DE 23 DE JULIO DE 1436 POR LA QUE SE CONCEDE A LOS REYES ESPAÑOLES EL PATRONATO EN LAS IGLESIAS DE LOS TERRITORIOS RECONQUISTADOS.

Innocentius Episcopus, servus servorum Dei, ad futuram rei memoriam provisionis nostrae debet provenire subsidio ut ius summi conservetur; hinc est quod nos tenorem quarundam Litterarum felicis recordationis Eugenii Papae IV praedecessoris nostri, in registro ipsius praedecessoris repertum, pro eo quod sunt exhibita nobis nuper pro parte charissimi in Christo filii nostri Ferdinandi Regis et charissimae in Christo filiae nostrae Elisabethae, Reginae Castellae et Legionis, illustrium petitiō continebat, ipsi huius modi tenore ex certis causis noscuntur indigere de registro ipso de verbo ad verbum transcribi et ad ipsorum Regis et Reginae supplicationibus instantiam praesentibus a notari fecimus; qui talis est. Eugenius Episcopus, servus servorum Dei, ad perpetuam rei memoriam laudibus et honore dignissima charissimi in Christo filii nostri Joannis, Castellae et Legionis Regis illustris actus et opera quibus ipse strenuus, veluti Christi pugil et athleta, prout celebris fama descendit, adversus sarracenos perfidos christiane nominis inimicos, etiam proprio corpore non indulgens, aciem dirigere dictorum sarracenorum terras et loca Christi fidelium dictioni subiugare non tepescit, ac praeclare qua erga nos et Romanam Ecclesiam splendere dignoscitur integritatem devotionis intra nostrae mentis archana revolyentes digne ducimur ut ipsius Regis illas praesertim quibus etiam ad salutiferam similium actuum operunque continuationem Joannes praefatus ac eius successores pro tempore existentes Castellae et Legionis Reges ferventius animari possint, petitiones et auditionis gratiam favorabiliter admitamus. Hinc est quod nos etiam recensentes

117. Arch. Cab. Ten. P-I, núms. 13-21; P-II, núms. 1-15.

quod felicis recordationis Urbanus Papa II, praedecessor noster, devotionis et reverentiae quas recolendae memoriae Rex Hispaniarum tunc existens ad eandem ecclesiam gerebat, magnitudi digne praestringens, ipsi Regi Hispaniarum necnon eius successoribus illorumque militibus ecclesias et Capellas quas ipsi in praedictorum terris sarracenorum caperent ac in Regno inibi edificari facerent, per suas Litteras concessit; necnon eiusdem Joannis Regis qui ut asserit ipsius vigore concessionis a suis progenitoribus qui sicuti catholicae zelatores fidei multas ab ipsis sarracenis non sine magnis periculis dispendiis laboribus corporalibus et expensis terras recuperarunt et acquisiverunt, ius desuper complectendo plurimum dignitatum aliorumque honorum ecclesiasticorum disponere, necnon in diversis ecclesiis locis et capellis ius Patronatus habere dignoscitur; in hac parte supplicationibus inclinati concessionem praedictam et quaecumque inde sequuta, rata et grata habentes illa auctoritate Apostolica ex certa scientia confirmamus et approbamus praesentisque scripti patrocinio communitimus. Et insuper ius Patronatus omnium et singularum etiam quas in terris ab eorundem sarracenorum manibus per ipse Joannem Regem et eius successores acquirendis, de Mesquitis locisque dictorum sarracenorum fieri et ad laudem divini nominis adaptari contigerit necnon aliarum quas praedicti Joannes Rex et eius successores in Castellae et Legionis Regnis ac praefatis acquirendis terris de suis bonis fundaverint atque dotaverint ecclesiarum et praesentandi locorum ordinariis personas idoneas ad ipsas quotiens vacaverint, eidem Joanni Regi ac ipsius successoribus auctoritate praedicta perpetuo reservamus iure tamen cuiuslibet alterius in omnibus alias semper salvo, Nulli ergo omnino homini liceat hanc paginam nostrae confirmationis, approbationis, communitationis et reservationis infringere vel ei ausu temerario contrahere. Si quis autem hoc attentare praesumpserit indignationem Omnipotentis Dei ac Beatorum Petri et Pauli Apostolorum eius se noverit incursum. Datis Bononiae anno Incarnationis Dominicae, millesimo quadringentesimo tricessimo sexto, nono kalendas Augusti, Pontificatus nostri anno sexto. Caeterum ut earundem Litterarum tenor praedictus sic ininsertus omnimodam rei seu facti certitudinem faciat auctoritate Apostolica decernimus ut illud idem robur eamque vim eundemque vigorem dictus tenor per omnis habeat quem haberent originales Litterae supradictae eandem prorsus eidem tenori fides adhibeatur quandocumque et ubicumque sive in iudicio sive alibi ubi fuerit exhibitus vel ostensus ut eidem tenori firmiter stetur in omnibus sicut eidem originalibus Litteris staretur si fuerint exhibitae vel ostensae. Per hoc autem nullum ius tanquam de novo acquiri nolumus sed antiquum tantummodo conservari. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrae constitutionis et voluntatis infringere vel ei ausu temerario contraire; si quis autem hoc attentare praesumpserit indignationem omnipotentis Dei ac Beatorum Petri et Pauli Apostolorum eius se noverit incursum. Datis

Romae apud Sanctum Petrum anno Incarnationis Dominicae, millesimo quadringentesimo octuagesimo sexto, idus Maii, Pontificatus nostri anno secundo.

(Archivo General de Simancas, Patronato Real, núm. 7736.)

II

BULA DE INOCENCIO VIII DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1486 POR LA QUE SE CONCEDE A LA CORONA DE CASTILLA EL PATRONATO DE LAS IGLESIAS DE GRANADA, CANARIAS Y PUERTO REAL.

Innocentius Episcopus, servus servorum Dei, ad perpetuam rei memoriam orthodoxae fidei propagationem nostrae curiae celitus commissam ac christianae religionis augmentum et animarum salutem barbarorum quoque nationum et aliorum infidelium quorumlibet depressionem et ad fidem ipsam conversionem supremis desiderantes affectibus Catholicos Reges et principes ad id vacantes Christi athletas et propugnatores accerrimos apostolicis gratiis et favoribus prosequi continuo non cessamus ut tam pro necessario tamque immortalis Deo cuius causa agitur, accepto, operi eo diligentiori et solertiori cura insistant quo exinde cognoverint se preter animarum suarum salutem apostolicae sedis benevolentiam quaesivisse et illa eis libenter concedimus per quae expugnantorum per eos pro tempore locorum et incolarum eorundem sub eorum ditione manutentioni et conservationi ac in illis consistentium ecclesiarum, monasteriorum et aliorum beneficiorum ecclesiasticorum votive devotioni et honorum eorunden occupatorum recuperationi et conservationi utiliter et salubriter valeat provideri. Sane carissimus in Christo filius noster Fernandus Rex et carissima in Christo filia nostra Elisabeth Regina Castellae et Legionis, illustres inter alios christianorum reges et reginas, summi rerum omnibus opificis et conditoris cunctorumque honorum auctoris, Dei Omnipotentis gratia, amplissimorum regnorum diffusissimo imperio et aliarum diversarum provinciarum dominio, subditorum obedientia devotione et observantia facultatum quoque omnium quae summis regibus necessaria fore noscuntur, affluentia et ubertate, etate florida et animo ad omnia praeclara facinora parato, in consiliis providentia et in administranda iustitia constantia ac multarum praeclarissimarum rerum ab eis gestarum gloria et in re militari peritia, fortitudine et audacia decorati ut tantorum bonorum auctori gratias referrent es aliquid praeclarum ad eiusdem Omnipotentis Dei honorem et imperit christianorum propagationem aggredierentur non solum caeptum opus expugnationis infidelium insularum Canariae prosequi et continuare curarunt sed etiam regnum Granatae ante eorum oculos consistens prosapiae regum Hispaniarum debitum a spurcissimis sarracenis christiani nominis hostibus detentum, superioribus annis oppugnare et eorum ditioni subicere ac in locis ab eisdem sarracenis acquisitis et acquirendis

ecclesias, monasteria et beneficia ecclesiastica erigi eis que certam partem decimarum ac fructuum, reddituum et proventuum ecclesiasticorum dictorum locorum applicari et ex eis dotari facere decreverunt et non in propria sed eiusdem Omnipotentis Dei fortitudine et providentia confidentes opus ipsum omni ex parte difficillimum prosequendo illius civitates, castra, oppida et alia loca plurisima fere tertiam eiusdem regni Granatae partem uti accepimus constituentia divina favente clementia eorum ditioni subiugaverunt et tam in regno Granatae quam insulis praedictis prosperitatis votivis successibus subiugare non cessant in dies ad quorum civitatum, locorum et castrorum acquiritorum et quae acquiri contingerit in futurum per eos et eorum successores Castellae et Legionis reges conservationem sub eorum imperio et manutentione fidei praefatae in eisdem ut dilectus filius nobilis vir Eneus Lopez de Mendoza, comes de Tendilla, ipsorum Fernandi Regis et Helisabeth Reginae capitaneus et pro eorum parte orator ad nos te sedem apostolicam destinatus, nobis eorum nomine exposuit plurimum conferre arbitrantur quod cathedralibus ecclesiis, monasteriis ac conventualibus prioratibus pro tempore in locis per eos in eisdem insulis et regno Granatae hactenus acquisitis ac villa Portus Regalis Gadicensis diocesis ac aliis locis in eisdem regno Granatae et insulis noviter populandis in futurum proficiantur personae ecclesiasticae probae et diligentes orthodoxae fidei zelatrices vitae munditia et morum honestate decorae in spiritualibus providae et temporalibus circumspectae ac eisdem regibus pro tempore gratae et acceptae et per similes personas obtineantur canonicatus et prebendae, portiones et dignitates quaecumque earundem cathedralium et collegiatarum acquiritorum et quae acquirerentur et popularentur in posterum locorum praedictorum quarum laudabili vita et conversatione divinorum assidua et devota celebratione ac ad bene vivendum persuasione et exhortatione incolae locorum eorumdem pro tempore existentes a vitiis abstinere et virtutibus vacare et suarum animarum salutem indefesso studio quaerere et eorumdem regum statum sinceram devotionis affectu prosequi procurarent et ab omni rebellionem prorsus abstinerent. Nos igitur qui nuper per alias nostras litteras supplicationem regis et reginae praedictorum certis praelatis erigendi quaecumque ecclesias, monasteria et alia beneficia ecclesiastica in locis praedictis illisque pro eorum dote fructus, redditus et proventus ecclesiasticos applicandi facultatem concessimus sperantes quod si praedictis Fernando Regi et Helisabeth Reginae et pro tempore existentibus Castellae et Legionis regibus concederetur ius patronatus ecclesiarum, monasteriorum, dignitatum, prioratum canonicatum et praebendarum ac portionum huiusmodi profecto conservationi et manutentioni incolarum locorum eorumdem acquiritorum et quae acquiri contingerit in futurum sub eorumdem regum devotione sincera et in fide catholica perseverantium opportune consuleretur personae quoque eisdem ecclesiis et monasteriis ac prioratibus praesidentes ac dignitates, canonicatus et praebendas et

portiones huiusmodi obtinentes pro tempore eorundem regum patronarum protectione, auxilio et favore adiute occupata bona ecclesiarum, monasteriorum, prioratum, dignitatum, canonicatum et praebendarum recuperare et conservare facilius possent et ab omni oppressione defenderentur suscipere utque in singulis eorum opportunitatibus relevamen ac volentes conservationi fidei et status eorundem regum in eisdem locis necnon ecclesiarum, monasteriorum, dignitatum, prioratum, canonicatum et praebendarum ac portionum huiusmodi necnon personarum illa obtinentium commoditatibus consulere ut tenemur, habita super hiiscum fratribus nostris deliberatione matura de illorum consilio et expresso consensu, plenum ius patronatus et praesentandi personas idoneas sedi apostolicas ad cathedrales ecclesias necnon quorum fructus, redditus et proventus ducentorum florenorum auri de camera secundum communem aestimationem valorem annum excedent, monasteria et prioratus conventuales in eisdem locis regni Granatae et Insularum Canariae per eosdem Fernandum Regem et Helisabeth Reginam hactenus et quae tam per eos quam eorum successores Hispaniarum reges qui pro tempore erunt acquiri, populari de novo quandocumque contigerit in futurum et in praedicta villa Portus Regalis consistentes et consistentia necnon maiores post pontificales in eisdem cathedralibus et principales in collegiatis et locorum ordinaris ad alia monasteria et non maiores post pontificales dignitates, canonicatus et praebendas eorundem integras vel dimidias portiones cathedralium ac collegiatarum in eisdem locis iam erectarum et aliarum quae in eis erigi contingerit postquam erecta et fructus, redditus et proventus rite eis ut praefertur, applicati fuerint etiam ab eorum primaeva erectione vacantia perpetuis futuris temporibus Fernando Regi et Helisabeth Reginae eorumque successoribus in perpetuum dictorum regnorum regibus pro tempore erunt, auctoritate apostolica tenore presentium concedimus et volumus ad eos de caetero plenarie et libere pertinere et quod ad praesentationes huiusmodi quas per eosdem Fernandum Regem et Helisabeth Reginam eorumque successores pro tempore fieri continget sedes ipsa personas pro tempore ei presentatas ad cathedrales ecclesias ac monasteria eisdem ecclesiis et monasteriis in praesules et abates respective praeficere et tam sedes ipsa ad prioratus conventuales ac maiores et principales dignitates in cathedralibus vel collegiatis apostolica quam locorum ordinarii ad alias dignitates, canonicatus et praebendas integras vel dimidias portiones huiusmodi praesentatas pro tempore personas instituere in eisdem ordinaria auctoritatibus teneantur et debeant et pro tempore factae per sedem apostolicam et eius legatos speciales et generales reservationes ecclesiarum, monasteriorum, prioratum, dignitatum, canonicatum et praebendarum ac portionum et quaevis aliae gratiae et literae in quibus beneficia ecclesiastica iuris patronatus laicorum de iure non includuntur ad ecclesias, monasteria, prioratus conventuales dignitates canonicatus et praebendas ac portiones quae iuris patronatus

huiusmodi fuerint, nullatenus se extendant provisionesque et praefectiones ab eadem sede et ordinariis aliter quam ad huiusmodi praesentationem pro tempore nullas et invalidas fore de eorundem fratrum consilio praefata auctoritate statuimus et ordinamus decernentes irritum et inane quicquid secus super hiis a quoquam quavis auctoritate scienter vel ignoranter contigerit attemptari et nihilominus venerabilibus fratribus archiepiscopo Toletano et Palentino ac Conchensi episcopis per apostolica scripta mandamus quatenus ipsi vel duo aut unus eorum per se vel alium seu alios praemissa ubi quando et quotiens expedire cognoverint fuerintque pro parte Fernandi Regis et Helisabeth Regina eorumque successorum praedictorum legitime requisiti solemniter publicantes faciant eosdem Fernandum Regem et Helisabeth Reginam ac successores pacifica quasi possessione iuris patronatus et praesentari, potiri et gaudere et personas per eos pro tempore praesentatas recipi et admitti et ad praesentationes si canonice factae fuerint, praefici et institui iuxta statuti praedicti tenorem contradictores auctoritate nostra appellatione postposita compescendo. Non obstantibus constitutionibus et ordinationibus apostolicis ac iuramento confirmatione apostolica vel quavis alia firmitate roboratis ecclesiarum et monasteriorum huiusmodi ordinumque eorundem statutis et consuetudinibus caeterisque contrariis quibuscumque seu si locorum ordinariis praefatis vel quibusvis aliis communiter vel divisim a sede praedicta indultum existat quod interdicti, suspendi vel excommunicari non possint per litteras apostolicas non facientes plenam et expressam ac de verbo ad verbum de indulto huiusmodi mentionem. Per hoc autem regibus praefatis in eisdem ecclesiis, monasteriis, prioratibus, dignitatibus, canonicatibus ter praebendis ac portionibus et beneficiis ecclesiasticis nullum aliud ius quam patronatus et praesentandi huiusmodi acquiri volumus nec alias quomodolibet apostolicae sedis et aliarum ecclesiarum libertati, superioritati ac iurisdictioni in eisdem praeiudicari intendimus. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrae concessionis, statuti, ordinationis, decreti, mandati et voluntatis infringere vel ei ausu temerario contraire. Si quis autem hoc attemptare praesumpserit indignationem omnipotentis Dei ac beatorum Petri et Pauli Apostolorum eius se noverit incursum. Dati Romae apud Sanctum Petrum, anno Incarnationis Dominicae millesimo quadringentesimo octuagesimo sexto, idus Decembris, Pontificatus nostri anno tertio.

(Archivo General de Simancas, Patronato Real, núm. 3.365.)

III

BULA DE ALEJANDRO VI EN QUE CONCEDE A LOS REYES CATÓLICOS Y A SUS SUCESORES LAS TERCIAS DECIMALES DE CANARIAS.

Alexander, episcopus servus servorum Dei, ad perpetuam rei memoriam ad fidei catholicae exaltationem semper intenta opera carissimi in Christo filii nostri Ferdinandi Regis et carissimae in Christo filiae nostrae Helizabeth Reginae hispanarum catholicorum promerentur ut illa eis eorumque posteris favorabiliter concedamus per quae incumbencia eis onera pro subditorum suorum benigna gubernatione ac iuspius fidei catholicae exaltatione facilius perferre possint sane pro parte Ferdinandi Regis et Helizabeth Reginae praedictorum nobis nuper exhibita petito continebat qui ipsa pia erga fidei catholicae exaltationem devotione ducti non sine magnis laboribus et expensis ac subditorum suorum periculis hactenus Insulas Canariae sub eorum dominio temporali substituērunt et ad partes illas plura eis necessaria ac etiam personas ut in ipsa fide catholica instrui possint transmiserunt et in dies transmittunt earundemque insularum incolas et habitatores ut subditos suos benigne quantum possunt tractari procurant quare pro parte praefatorum Ferdinandi Regis et Helizabeth Reginae nobis fuit humiliter supplicatum ut eisdem Ferdinando Regi et Helizabet Reginae eorumque successoribus tertiam partem fructuum decimalium ab omnibus et singulis incolis et habitatoribus omnium dictarum Insularum Canariae nunc et pro tempore existentibus petere et exigere valeant concedere aliasque impremissis oportune providere de benignitate apostolica dignaremur. Nos igitur qui prefatos Ferdinandum Regem et Helizabeth Reginam propter eorum fidei constantiam ac erga nos et hanc Sanctam Sedem Apostolicam eximiae devotionis affectum libenter prosequimur favore gratiae specialis huiusmodi supplicationibus inclinati eisdem Ferdinando Regi et Helizabeth Reginae eorumque successoribus ut tertiam partem fructuum decimalium huiusmodi ab omnibus et singulis incolis et habitatoribus dictarum insularum nunc et pro tempore existentibus petere et exigere libere ac licite valeant auctoritate apostolica tenore praesentium de specialis dono gratiae indulgemus non obstantibus lateranensi concilio et quibus ius aliis constitutionibus et ordinationibus apostolicis ceterisque contrariis quibuscumque. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrae concessionis infringere vel ei ausu temerario contrarie. Si quis autem hoc attemptare presumpserit indignationem omnipotentis Dei ac beatorum Petri et Pauli Apostolorum eius se noverit incursum. Datum Romae, apud Sanctum Petrum, anno Incarnationis Dominicae millesimo quingentesimo primo sexto decimo kalendas decembris, Pontificatus nostri anno decimo.

(Archivo General de Simancas, Patronato Real, núm. 3.363.)

EL VICECANCELLER Y LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE ARAGÓN *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ORIGEN Y NATURALEZA DEL VICECANCELLER MEDIEVAL. 1. Momento de aparición y consolidación del Vicecanciller.—2. Naturaleza del cargo.—3. La pluralidad.

III. LA ABSORCIÓN DE LA CANCELLERÍA DE LOS REINOS DE LA CORONA DE ARAGÓN POR EL VICECANCELLER EN EL SIGLO XV. 1. La "constitucionalización" de la Cancillería.—2. La unidad de la Cancillería.—3. La supremacía del Vicecanciller aragonés.—4. El carácter de universalidad en el Vicecanciller.—5. La superioridad sobre el Canciller.—6. Naturaleza del cargo del Vicecanciller en el siglo xv.

IV. LA ADSCRIPCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE ARAGÓN AL VICECANCELLER. 1. La hegemonía de los Consejos.—2. Creación del Consejo de Aragón y su Presidencia.—3. Elaboración doctrinal de la figura del Vicecanciller.—4. La duración del cargo.—5. La remuneración.—6. El tratamiento honorífico.—7. La nacionalidad.—8. La situación política.—9. Períodos históricos en la Presidencia del Consejo.—10. La oposición entre Vicecanciller y Presidente.—11. La argumentación de los dos bandos.—12. El ejercicio de la Presidencia en propiedad y "en gobierno".—13. El ejercicio de las interinidades.—14. El nombramiento.—15. El juramento.—16. La remuneración.—17. Las prerrogativas honoríficas.—18. Conclusión.

* Creo próxima a leerse, en la Facultad de Filosofía y Letras de Barcelona, una tesis doctoral de don Eduardo Asensi sobre el Consejo de Aragón en el siglo xvii. Un capítulo de la misma versará sobre la Presidencia, y todo un legajo, el número uno de la sección correspondiente en el Archivo de la Corona de Aragón, será fuente común de aquel y de este trabajo. La investigación se ha llevado a cabo, sin embargo, con total independencia, y los objetivos son diversos. En la tesis citada se estudiará la Presidencia en un momento determinado, bajo un prisma histórico y formando parte de un estudio conjunto sobre el Consejo. En este trabajo se pretende examinar la evolución general de la mencionada Presidencia partiendo de la naturaleza del oficio de Vicecanciller, bajo un prisma histórico-jurídico y aisladamente.

I. INTRODUCCION

A las protestas formuladas por los órganos representativos catalanes, Diputación del General y Consejo de Ciento, en el acto del juramento prestado por los Lugartenientes Generales o Virreyes designados por la Corona en el Principado¹, se añade en el siglo xviii una más, de carácter singular, que se hace constar en el correspondiente al Duque de la Feria en 7 de junio de 1629². Dice así: «É supliquen e insten que la sententia de excommunicatio que per dispositio de les dites Constitutions, ha oyda de present o ha de oyr V. Exc.^a sie continuada al peu de dit jurament, e no res menys, per quant en lo Real Priuilegi ab lo qual Sa Magestat es estat seruit nomenar per seu Loctinent en lo present Principat de Cathaluña y Comtats de Rossello y Cerdaña a V. Exc.^a se lit una firma (que diu Episcopus Praeses) porie encontrar ab les generals constitutions de Cathaluña, o, ab alguna delles, o, contra algun priuilegi, o, usos y costums del present Principat y de la ciutat de Barcelona, perço que en lo Consell Supremo de Arago may se ha conegut altre president sino lo vicecanceller y no haientley lo Regent mes antich». ¿Qué encuentran los puntillosos diputados catalanes y consejeros barceloneses de anormal en el poder del Virrey? Una firma, y una firma que dice «Episcopus Praeses», cuando por lo que manifiestan después debería leerse «Vicecanciller», porque nunca han conocido otro Presidente sino éste. ¿Qué trascendencia podía tener el cam-

No obstante, y como el señor Asensio ha trabajado sobre el tema con mucha anterioridad a la iniciación de este trabajo, para la realización y publicación de éste he contado con su consentimiento, el cual me ha sido prestado generosamente.

1. Sobre el juramento y demás aspectos de la institución virreinal en Cataluña debe verse mi obra sobre la misma. Incluso, el presente trabajo puede considerarse nacido de la misma, pues fueron las protestas contenidas en el acto del juramento de los Virreyes las que inspiraron el desco de esclarecer la diferencia que podía existir entre un Presidente y un Vicecanciller.

2. Archivo de la Corona de Aragón, Sección Archivo Real, Registro número 4875, folio 182. (En adelante se citará abreviadamente por ACA, AR., seguido de los números expresivos del Registro y folio.)

bio del título de Vicecanciller por el de Presidente? Nos consta por muchas pruebas que los representantes catalanes del siglo xvii eran en extremo lo que hoy llamaríamos un poco castizamente «quisquillosos», en estado de defensa agresiva ante las disposiciones emanadas de la Corte y prestos siempre a la discusión enconada sobre los problemas aparentemente más fútiles, y, en especial, de ambas representaciones, la del órgano municipal barcelonés. Pero también sabemos, que la alarma experimentada ante disposiciones cortesanas, al parecer inofensivas, no era injustificada en numerosas ocasiones. ¿Era ésta una de ellas? En realidad, éste es un capítulo más de los desconocidos en nuestra historia institucional de la llamada Edad Moderna. Empeñada nuestra historiografía aún en el estudio del aspecto histórico de «lo personal», primer estadio ciertamente de todo estudio histórico, no ha podido llegar con resultados satisfactorios todavía a ese otro segundo estadio en que el primer plano no lo ocupa la personalidad de excepción, sino el esfuerzo conjunto de los hombres, de las generaciones, de las clases sociales, que se manifiesta en órganos, en cargos, en oficios, en conjuntos de normas individualizadas, en «instituciones», en cuyo desenvolvimiento y evolución se nos manifiesta, sin embargo, más claro el misterioso sentido de la Historia, sintiéndonos partícipes y no simplemente espectadores, precisamente porque no es obra de unos pocos, sino de la humanidad o de las humanidades en general.

Las anteriores consideraciones son predicables, especialmente de la llamada Edad Moderna, por la abundancia de fuentes. El ideal de la visión institucional lo ofrece la Alta Edad Media, donde no vemos sino caballeros, encomendados, juniors, etcétera, en constante pulular, sin que las personalidades escasamente conocidas pueden eclipsar los conjuntos. En la Edad Moderna, por el contrario, los árboles impiden ver el bosque, y ello hace que, por ejemplo, la España de los Austrias la consideremos como una España de validos. No es que pueda silenciarse, ni siquiera disminuirse la importancia del Duque de Lerma, del Conde Duque de Olivares, de Fernando Valenzuela o del Padre Nithard, pero sí tener en cuenta que estos validos no alcanzan la preeminencia sino durante una centuria

escasa, y que, incluso durante ésta, su poder no es ilimitado, ni siquiera lejanamente. Algunos no escapan al patíbulo; otros, han de sufrir continuas tarascadas de los rivales, o de los propios Monarcas que algunas veces se sacuden de su indolencia habitual; en fin, todos ven muy limitadas sus decisiones por el legalismo quintaesenciado de los togados que integran los sínodos cortesanos o asesoran a las corporaciones territoriales o locales. Los validos ejercen el peso de su influencia durante el siglo xvii, pero los Consejos lo hacen durante este siglo y el anterior, y su actuación es permanente e ininterrumpida. No quedan anulados por el apogeo de los validos, y cuando éstos faltan, tratándose de épocas de escasa actividad monárquica, su poder es casi omnímodo. Desaparecen las personas que los sirven, pero otras las reemplazan, y con más o menos vaivenes su vida sigue hasta que una audaz reforma legislativa sea capaz de suprimirlos. Como los personajes pirandellianos, se hacen independientes de su autor y tienen una vida propia, que no puede parecer extraña a nuestros ojos modernos acostumbrados a la realidad exuberante del sujeto jurídico suprapersonal de nuestros días.

Lo que caracteriza la España de los Austrias, en compañía del ejercicio del poder por validos en una época de ella, y superando a esta característica en tiempo e intensidad, es, decaído el vigor de las Cortes medievales, la proliferación de los Consejos Supremos que rodean al Monarca, con un poder a veces legislativo, a veces judicial, y siempre consultivo y asesor, en cuyas deliberaciones y dictámenes se va señalando el fatigoso camino de nuestro país en las épocas de su mayor presencia en el concierto mundial.

El siglo xvii, por otra parte, nos muestra en España una estructura política incómoda consigo mismo. Sus instituciones habían sido forjadas especialmente en las últimas décadas del siglo xv, para unos reinos que conservaban íntegramente su fisonomía peculiar, agrupados en una unión personal, cuya transitoriedad si no se deseaba, al menos no se descartaba su posibilidad. Eran unos momentos en que el fenómeno americano no había desplegado sus efectos, y en el que las potencias europeas se hallaban difícilmente empeñadas en conseguir

la formación de bloques nacionales homogéneos. Pese al largo alcance de la visión política de los Reyes Católicos, éstos trabajaron aún con materiales medievales y para mentalidades medievales, si bien elaboran aquéllos en forma que les permite su utilización para un primer período de la vida moderna. Después, la expansión en América y en Europa exigía, sin duda alguna, transformaciones. Las mismas guerras de Italia, empresa tradicional de la Corona de Aragón, habían cambiado totalmente de signo, y el enemigo era muy otro que el que habían tenido que combatir Pedro III o Alfonso V. Castilla, apagado el efímero fuego de las Comunidades, pareció carecer de tradición y reconocer la situación como su gran ocasión, solidarizada con la actuación de los Monarcas, que a su vez se apoyaron en ella y la hicieron objeto de sus favores. La Corona de Aragón, y en mayor grado Cataluña, se encerró en la defensa de sus privilegios, tratando de conservar en la medida de lo posible todo su ordenamiento medieval, introduciendo sólo modificaciones prudentes a través de una actividad concordataria y paccionada con los Monarcas mediante las Cortes. Carlos V y Felipe II permitieron y participaron en este juego, conservando el equilibrio, quizá porque se lo permitía su propia fortaleza. Con los Austrias del XVII el equilibrio se rompió. No quisieron reconocerse partes de un contrato, y no accedieron a jurar la observancia de los privilegios, ni a desarrollar una política activa de Cortes, y unas veces mediante golpes de fuerza, y otras con hábiles transformaciones de las instituciones, trataron de resquebrajar, escindir y hundir ese ordenamiento medieval, que era un inmenso valladar que se oponía a la integración de todos los reinos en un conjunto homogéneo y a la participación de los grupos orientales en la empresa sostenida por Castilla. Vicéns Vives, Reglá y otros historiadores de la Corona de Aragón han estudiado la posición de estos Reinos en los momentos cruciales, y Domínguez Ortiz ha señalado muy bien la gran desigualdad contributiva de que es objeto Castilla en relación a los Reinos de la Corona de Aragón en el sostenimiento de las empresas internacionales. Creo esto un hecho cierto, que no empece para nada la consideración de la desigualdad a su vez de que son

objeto los Reinos orientales en la concesión de mercedes y beneficios.

Pues bien, dentro de esa actividad de la Corte tendente a la transformación de las instituciones de la Corona de Aragón, mudando su carácter originario mediante hábiles recursos de cambios de denominación apoyados en nuevas interpretaciones de los textos legales, se encuentra la que da lugar a esos reparos opuestos por los órganos catalanes en el nombramiento de virrey. Para comprender su trascendencia se precisa el conocimiento de la institución de la Vicecancillería de la Corona de Aragón, sus transformaciones, la adscripción a la misma de la Presidencia del Consejo Supremo de Aragón, y finalmente lo que suponía desarraigar a una de la otra.

II. ORIGEN Y NATURALEZA DEL VICECANCELLER MEDIEVAL

I. *Momento de aparición y consolidación del Vicecanciller.*

Aunque aquí no se determine, por no ser el objeto de este trabajo, no creo difícil el que se pueda señalar con exactitud el momento de aparición. Bastará para ello un examen cuidadoso de los primeros registros conservados de la Cancillería en el Archivo de la Corona de Aragón. Pudieran haber existido dificultades para determinar la aparición del Canciller, señalada en 1218³, pues quizá no se conserven sus primeras actuaciones, pero creado el Vicecanciller como un adjunto de aquél, naturalmente ha tenido que aparecer algún tiempo después, cuando ya su principal, perfectamente organizado, nos haya legado metódica y persistentemente su documentación. Una de las menciones más antiguas debe ser la señalada por Finke⁴, correspondiente al año 1298, pero sin que, desde luego, excluya la existencia anterior. En el siglo siguiente parece consolidado por la frecuencia en las menciones y la delimita-

3. Vid. FRANCISCO SEVILLANO COLOM: *Apuntes para el estudio de la Cancillería de Pedro IV el Ceremonioso*, en "Anuario de Historia del Derecho Español" (en adelante AHDE), tomo XX, págs. 137-241.

4. *Acta Aragonensia*, Berlín u. Leipzig, 1908, tomo III, documento 34.

ción precisa, especialmente con Pedro IV, como se sabe uno de los grandes monarcas ordenadores de la Edad Media. Desde Valencia, por ejemplo, en 1 de octubre de 1338, le vemos haciendo comisión de la Cancillería Regia por el estado senil del Arzobispo de Zaragoza que la detentaba, a su tío el Infante Pedro de Ribagorza, Conde de Ampurias, y en esta comisión le faculta para «ordinare, statuere et deputare locum tenentes nostrum seu vicecancellarios qui sub et pro vobis officium ipsum Cancellarie gubernent et regant»⁵. Esta consolidación en el siglo XIV aparece manifiesta a los juristas de tres siglos después, que en los dictámenes y consultas surgidas de sus disputas alegarán siempre ejemplares de aquel tiempo. De Guillermo Xafon, como poseedor del título de Vicecanciller en 1322 se hablará en la Consulta del Consejo de Aragón de 4 de marzo de 1671⁶, y en el Memorial jurídico-político representado por los estamentos del Reino de Valencia a Carlos II se alegará el haber firmas de vicecanciller, la correspondiente a Miguel de Palou, en las Cortes celebradas por Pedro IV en 1370⁷, y se dirá también en la consulta la citada del Consejo de Aragón, que en las Ordenaciones dadas por Pedro IV se consideraba ya el oficio como creado.

Verdaderamente, como momento de consolidación no puede señalarse ninguno más definitivo que el de estas Ordenaciones de la Casa Real de Aragón⁸. Anteriormente han existido numerosas designaciones de vicecancilleres, pero una auténtica regulación de su estado no parece haber existido. Ha sido un simple resultado de la práctica administrativa sometido por tanto también a ésta en cuanto a una posible desaparición. El Rey, ordenancista por excelencia, se preocupa de regular todos

5. ACA, AR, 949, 53-55

6. ACA, Consejo de Aragón (en adelante C. de A.), legajo 1.

7. Memorial jurídico-político al Rey Nuestro Señor Don Carlos Segundo que Dios guarde. Por el Reyno de Valencia representado en los electos de los tres Estamentos en que suplica a S. M. se sirva de nombrar Vicecanciller para el Consejo de Aragón en sugeto de la Corona. Quando vauque la actual Presidencia del dicho Consejo". Impreso en ACA, C de A., leg. 1, pág. 7.

8. Vid. Pascual SAVALL y DRONDA y Santiago PENÉN y DEBESA: *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza, 1866, tomo II, página 494.

los cargos de la Corte, y entre ellos el que nos ocupa. Expresa la necesidad de salvaguardar el oficio de Canciller, en el que concurren todos los negocios de justicia que se despachan en la Corte, y justificándolo porque la fragilidad humana no permite siempre tener salud, ordena que en la Cancillería haya siempre un hombre «fiel y plático», que sea Doctor en Leyes, puesto en lugar después del Canciller, y que no esté atado a órdenes sacros, para que así pueda hacer lo que no podría hacer el Canciller siendo Arzobispo u Obispo o prelado o clérigo, que no pueden despachar asuntos criminales. Le asigna entender después del Canciller, y en especial el que mire mucho en despachar las disposiciones que se hubieran decretado en las suplicaciones. Prevé la posibilidad de seguir al Rey con el ejercicio de la Cancillería, cuando no pueda hacerlo el Canciller. Después de estas Ordenaciones del siglo XIV, el Vicecanciller aparecido con más o menos carácter de ocasionalidad en el siglo XIII, ofrece una vida perfectamente consolidada.

2. *Naturaleza del cargo.*

Su carácter original lo determina el prefijo que integra su título. A partir del siglo XIII y empezando por el Rey, es raro el oficio o cargo que no tiene quien le sustituya haciendo sus veces, con el título de lugarteniente, regente, procurador o del propio cargo con el prefijo «vice». Estos sustitutos tienen carácter ocasional al principio, y actúan solamente en caso de imposibilidad física total o de ausencia del titular. Después, en oficios altamente lucrativos, una persona será el titular a las efectos de recibir los beneficios, pero el ejercicio efectivo de la función lo realizará a través de un subordinado. Otras veces, y éste es el caso presente, el titular no podrá realizar por sí todo el trabajo, y una parte de él lo realizará quien no será en realidad un lugarteniente, sino un adjunto, pues no le sustituirá sino que coexistirá con él.

La caracterización señalada por el alemán Schwartz no es suficiente. Indica que al Canciller real le es agregado un doctor en leyes como vicecanciller, que tiene el lugar de aquél, en

especial en los juicios en lo criminal, pues el canciller, como clérigo no debe ejercer ninguna jurisdicción de sangre. Señala también que es consejero real, y en ausencia del canciller debe cumplir sus obligaciones⁹. Schwartz, en el presente caso dogmatiza sobre la base de un momento único: el reflejado por las Ordenaciones de la Casa Real realizadas por Pedro IV, y a las que ya se ha hecho referencia anteriormente. No se esfuerza en matizar la evolución, cuando, y en esto creo que no se insistirá nunca suficientemente, las instituciones se desarrollan en constante mutación y yerran aquellos que creen que la Historia del Derecho ha de hacer caso omiso de las pequeñas transformaciones para recoger la institución tal como se presenta en sus rasgos más definidos. Dudo que ello sea Derecho, y estoy convencido de que no es Historia. La Historia del Derecho ha de estimar todas las transformaciones, siempre que no sean meramente ficticias, para a la luz de ellas determinar direcciones y tendencias, ya que en todo caso, como ciencia de lo vivido, lo dinámico ha de prevalecer sobre lo estático. En el caso presente debe dudarse, en primer lugar, que el carácter laico fuera una condición esencial en la naturaleza del cargo de vicecanciller, como tampoco la de eclesiástico en el Canciller. Con visión más profunda, Finke señala ese carácter de laicismo, pero hace la salvedad de que en Aragón no siempre tuvo este carácter¹⁰, y él mismo, en otro lugar de su libro suministra la prueba con un texto ya citado¹¹. Jaime II, desde Siracusa y en 23 de octubre de 1298 se dirige al Canciller Obispo Raimundo de Valencia, y le dice que Raimundo de Cabra, vicecanciller, se ha hecho dominico, y que si le parece bien, él escoge a P. Gomir, *Ilerdensem et Valentinum canonicum*, y en la cláusula dispositiva le señala: *Ea quidem vobis presencium tenore precipimus, quatenus, si vobis videtur expediens, quod idem P. Gomir ad predictum cancellarie officium loco et vice vestra sit merito deputandus, ipsum in eodem vicecancellarie officio ...*, indicándole que le

9. Karl SCHWARTZ: *Aragonische Hofordnungen im 13. und 14. Jahrhundert*. Berlín u Leipzig, 1914, pág. 92.

10. *Op. cit.*, Einleitung, 2, XLIV y ss.

11. Vid. nota 4.

envíe a Nápoles. En este texto parece que la incompatibilidad con el cargo de vicecanciller surge por el ingreso en la orden de los dominicos, pero ello puede explicarse porque fuera la propia orden la que impedía el servicio directo del Rey, y no porque el Rey considerara causa de incapacidad para la vicecancillería la pertenencia a una orden regular, o porque ello quebraba en un aspecto la subordinación que el vicecanciller debía al canciller al pertenecer a un instituto exento de la jurisdicción episcopal, condición que tenía el canciller en el texto referido. Lo más seguro es que la severidad de las reglas hacía imposible el ejercicio de muchas funciones de la cancillería regia, pues la misma nunca estuvo ocupada por el clero regular. Sea como fuere, lo cierto es que para ejercer el oficio de vicecanciller, esto es, para regir *loco et vice* la cancillería, se elige a finales del siglo XIII a un canónigo, y natural es que fuera así en el momento originario de la institución, pues creada para suplir las veces de otra es lo lógico que tuviera la misma condición que la que tenía frecuentemente el que era titular de éste, de forma que si eclesiástico era el canciller, eclesiástico debía ser el vicecanciller. ¿Podía, sin embargo, buscarse en el vicecanciller alguna otra ventaja que la de ser una segunda persona que hiciera ya más difícil la no existencia de persona al frente de la cancillería? Sí que la había, y del texto se extrae. Mientras el canciller es un eclesiástico de condición episcopal, el vicecanciller es un simple canónigo, cuya movilidad es mucho mayor. En tanto el Rey no salía de los territorios peninsulares, el obispo podía seguirle sin abandonar sus deberes hacia la grey, pero esto se hacía imposible cuando aquél realizaba expediciones ultramarinas. El obispo canciller conservaría entonces la dignidad de su cargo, pero el canónigo canciller sería el que podría ejercer las funciones del cargo en cualquier sitio que fuese.

Es cierto que en las Ordenaciones de Pedro IV se señala que el Vicecanciller habrá de ser doctor en Leyes, que no esté atado a órdenes sacras, para que pueda hacer lo que no podría hacer el canciller, siendo arzobispo u obispo o prelado o clérigo (nunca se cita a miembro de las Ordenes regulares) que no pueden despachar asuntos criminales, pero esto es ya un momen-

to posterior de la evolución, precisamente de aquel en que la Cancillería ha sobrepasado su primitiva misión de alto corrector de las disposiciones reales, para intervenir y absorber la alta administración de justicia, proceso que también se encuentra sin estudiar en nuestra historia del Derecho. El prestigio de la Cancillería y los buenos servicios prestados a la Monarquía la empujan a esa función, pero en su condición religiosa lleva un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción criminal, sobre todo en la imposición de penas de sangre. La solución de este problema se encuentra en la utilización del lugarteniente del canciller, que hasta entonces le había sustituido en los casos de ausencia o imposibilidad física, o le había ayudado en la realización del trabajo. Ahora, dotado de carácter laico, independientemente de las anteriores misiones, podía actuar en la jurisdicción criminal en los casos en que el canciller no podía hacerlo por su condición de eclesiástico. Es el momento que reflejan fielmente las Ordenaciones de Pedro IV, y en las que por primera vez el vicecanciller tiene una misión propia, que escapa en parte a la de desempeñar las veces del canciller, y que augura su futura supremacía.

Finke es también el que se ha manifestado, en general, con más prudencia, atendiendo al primitivo carácter del vicecanciller, a diferencia de Schwartz, que ha tenido más en consideración el momento de las Ordenaciones. Considera Finke al vicecanciller como un representante del canciller en la Cancillería, pero emite sus dudas sobre si lo es también en el Consejo, y encuentra oscuras las indicaciones de las referidas Ordenaciones y no mencionada la enumeración de sus atribuciones en las leyes palatinas. Señala, sin embargo, como excepción, la de R. de Minorisa, que ocupó completamente el puesto de Juan de Procida, dirigiendo la Cancillería y ocupando probablemente su puesto en el Consejo. Advierte la evolución sufrida al señalar que el signo del vicecanciller es más frecuente que el del canciller, y que las gracias y privilegios se solicitan de aquél y no de éste, con lo cual, como digo, advierte la evolución de la que se hablará más tarde ¹².

12. Vid. nota 10.

También es de interés destacar, que como otra inobservancia del principio romano de que el delegado no podía subdelegar, según dato también suministrado por Finke, en 18 de diciembre de 1313 se halla registrada la intervención de un *Ombertum de Capite Pontis*, como *tenentem locum vicecancellarii*¹³. Responde a la tónica general en la Edad Media de esta delegabilidad de los delegados, que no puede decirse refleje una técnica jurídica perfecta, pero que debía considerarse útil a las necesidades de la administración.

En consecuencia, el vicecanciller, aparecido en el siglo XIII como un lugarteniente del canciller con la misión de sustituir a éste o ayudarle, y cuyo oficio recae, por tanto, en persona también de condición eclesiástica seglar y de menor jerarquía, siendo por lo demás de carácter transitorio, pasa a consolidarse fuertemente en el siglo XIV al absorber la Cancillería la administración de justicia, y recaer entonces el nombramiento de vicecanciller en persona de condición laica que pueda intervenir en la jurisdicción criminal, en aquellos casos en que la condición eclesiástica veda la intervención al canciller, momento que es recogido fundamentalmente en las Ordenaciones de la Corte Real promulgadas por Pedro IV, en 1344. Naturalmente, la condición de graduado, que cuando recaía en eclesiástica no era preciso mencionar, se convierte ahora en requisito esencial, exigiéndose la condición de doctor en Leyes.

3. *La pluralidad.*

Por lo que se refiere a la unidad o pluralidad de vicancilleres quizá pueda seguirse una línea sinuosa. Siendo al principio único el canciller, también este carácter debió tener su sustituto, pero quizá las necesidades obligarían al nombramiento de más de uno, o bien a recurrir a la delegación, como se ha advertido anteriormente sobre la existencia de lugarteniente de vicecanciller. En todo caso, el criterio de la pluralidad debió ser funcional, esto es, no atendiendo a la diversidad de reinos, sino a la cantidad de funciones. Las Ordenaciones de Pedro IV

13. *Op. cit.* XLIX, nota 6. También Sevillano Colom cita otro caso, *op. cit.*, pág. 170.

parecen recoger el principio de la unidad, que quizá perduró hasta los días de Juan I, ya que este monarca al nombrar vicecanciller para Valencia a Domingo Masconi, en Barcelona, a 27 de junio de 1387, declaraba que hacía poco y por el buen estado de los reinos y expedición de la justicia había ordenado tres vicecancilleres: uno, para el Reino de Aragón; otro, para el Principado de Cataluña y Reino de Mallorca, Cerdeña y Córcega, y, finalmente, otro, para Valencia¹⁴. Con este Monarca triunfó, pues, la tendencia centrífuga de los Reinos, deseosos de tener un natural al frente de las Cancillerías respectivas. Por lo demás, esta partición no debió afectar a la Cancillería en sí, que seguiría siendo única, pero desempeñada en cada uno de los reinos a través de los correspondientes vicecancilleres, con lo que éstos a fines del siglo XIV habrían pasado a ser unos «pequeños cancilleres», cargo bien apetecido por su significación, y a la vez por su remuneración, que en el indicado año de 1387 ascendía a la cantidad de diez mil sueldos¹⁵.

III. LA ABSORCIÓN DE LA CANCELLERÍA DE LOS REINOS DE LA CORONA DE ARAGÓN POR EL VICECANCELLER EN EL SIGLO XV

1. *La «constitucionalización» de la Cancillería.*

La caracterización otorgada a los oficios de canciller y vicecanciller por Pedro IV el Ceremonioso, adquiere una consolidación definitiva en el primer cuarto del siglo XIV por obra de los Reinos. Es el juego que se desarrollará cada vez más intensamente en los siglos posteriores: lo que los Reyes regu-

14. ACA, AR, 1920, 85.

15. A Domingo Masconi, Vicecanciller en Valencia, y uno de los tres creados por Juan I, se le asignan 10.000 sueldos en Barcelona, a 27 de junio de 1387 (ACA, AR, 1920, 85). Para que Arnau Morera aceptara, Pedro IV le dejó las rentas como baile general de Valencia que era, más 2.000 sueldos barceloneses anuales del erario, más 4.000 sueldos de la décima del sello, más el "vestitum ordinarium ut est moris" (Vid. Sevillano Colom, op. cit. páginas 166-7).

lan por su propia voluntad y conveniencia, es convertido en privilegio por los brazos que integran las Cortes. El deseo de éstas es limitar el poder de acción del Monarca, impedir que éste pueda transformar nada sin el previo acuerdo con las representaciones estamentales. Cualquier disposición del Rey, o es protestada, o es establecida en forma que escape a su libre albedrío. De esta manera, el Rey, por sí mismo, no intervendrá nada más que una vez en la ordenación de aquellas instituciones que no han sido objeto de regulaciones anteriores, pues convertida inmediatamente después en acto de corte se exigirá la actividad paccionada. Con ello, cada vez será más espesa la tupida red de privilegios que constituirán el sistema normativo de cada reino, en la que el Rey sólo podrá caminar o mediante pequeños «golpes de estado» o mediante el empleo de sutilezas jurídicas. En el caso presente vemos el proceso desarrollarse en el Parlamento de Barcelona celebrado en 1416, en el que se pide a Alfonso V que, canciller y vicecanciller sean promovidos dentro de los dos meses siguientes a la muerte, remoción o renuncia de cualquiera de ellos, y que en uno sea designado prelado, eclesiástico u otra persona notable, *e altre solemne Doctor, o Jurista sciens, e de bona fama e conuersacio honesta, tement Deu...*, siendo ambos *naturals dels dits Vostres regnes e terres e domiciliats en algun de aquells*¹⁶. Se reconocía la posibilidad de que la Cancillería no fuera ocupada por un eclesiástico, lo que concuerda con el hecho registrado anteriormente de haberse encomendado en alguna ocasión a un Infante, y se insistía en las condiciones sabidas del vicecanciller, seglar por cuanto se indicaba haber de ser doctor o jurista, denominación no aplicada a los eclesiásticos, aun cuando éstos fueran versados en Derecho, en especial en el canónico. Aparece ocupando un primer plano la condición de la nacionalidad, pues entre las Ordenaciones del Ceremonioso y este Parlamento había ocupado el trono la dinastía castellana de los Trastámara, que ocuparía en los cargos de confianza a no pocos de sus compatriotas anteriores.

16. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (en adelante: RAH. Cortes de Cataluña), tomo XVI, pág. 3.

Que esto significaba ese proceso anteriormente aludido de conversión de la libre regulación real en privilegio osificado y estable, lo demuestra la insistencia de los brazos que reproducen la petición en las Cortes celebradas en San Cugat del Vallés tres años más tarde, y la contestación real que afirma que «ordonar el officí de Canceller e altres officis de la Casa del Senyor Rey pertany tan solament al dit Senyor», y aún concluye que si se hubiera de proveer sería por mera gracia, no por acto de corte, sino por provisión de fuera de Cortes con las que, sin embargo, otorga que se provean dentro de dos meses en personas hábiles ¹⁷. La Monarquía se resiste, pues, a que las Cortes invadan con su intervención forzosa un terreno que no podía parecer más propiamente real, como era el de la ordenación de su propia casa y corte, pero la resistencia de los Monarcas aragoneses en la Baja Edad Media es muy débil antes unas Cortes perfectamente organizadas que tienen en sus manos el arma poderosa que supone sufragar las empresas mediterráneas de aquéllos, y tres años más tarde de la reproducción de la petición en San Cugat, esto es, ahora en 1422, y en Barcelona, la Reina consorte María promulga la constitución que pasando a las recopilaciones catalanas modernas será esgrimida, no sólo por Cataluña, sino por los restantes territorios de la Corona de Aragón en los siglos XVI y XVII ¹⁸. En la constitución se sancionaba lo que era objetivo de las Cortes, y que resultaba de la regulación repetidamente citada de Pedro IV más la prevención nacida del carácter extraño de la dinastía: vacante los oficios de Canciller o de Vicecanciller por muerte, remoción, renunciación u otra manera, el Rey o su sucesor había de proveer dentro de los dos meses a eclesiástico graduado en Derecho civil o canónico para la cancillería, y en seglar Doctor o jurista solemnes, experto en fueros, constituciones y otras leyes para la vicecancillería, ambos «nadius naturals, e domiciliats realment» en Aragón, Valencia, Cataluña o Mallorca.

17. RAH: *Cortes de Cataluña*, tomo XII, pág. 297, y XVI, págs. 50-51.

18. *Constituciones de Cataluña*, núm. 4, tit. "De Offici de Canciller, Vicecanciller y Regent la Cancillería".

2. La unidad de la Cancillería.

De lo anterior, surge inmediatamente una objeción, y es que parece anormal que la regulación de unos oficios generales a los Reinos se hicieran en unas Cortes particulares catalanas, y esto es lo que, como veremos más adelante, arguyeron los contrarios al Vicecanciller como Presidente del Consejo de Aragón. Sin entrar ahora en si existió un defecto de forma, lo cierto es que por las características de la constitución parecía referirse a todos los Reinos, pues de otra manera los catalanes no se hubieran conformado con que los cargos recayeran en nativos de los distintos territorios, sino que hubieran exigido la naturaleza catalana. A favor de una generalidad de la disposición ya se verá más adelante que los catalanes formularon algunas alegaciones en extremo sorprendentes, pero que no es éste el momento de hablar sobre ellas porque quizá respondan más a las mentalidades del siglo xvii que a las del xv. Aquí baste consignar un hecho que, por cierto, no fué utilizado posteriormente, quizá a causa de su desconocimiento, y es el de que en otras Cortes celebradas en Barcelona, éstas en 1431, es Alfonso V en persona, y no a través de su consorte, el que promulga unos Capítulos de justicia y otras ordenaciones que parecen generales, y en los que se vuelve a estatuir que el Vicecanciller sea un Doctor o jurista, no ligado a orden sacro, leal, de buena ciencia, conciencia y fama, nativo y originario sin ficción o dispensación alguna de Aragón, Valencia, Cataluña o Mallorca, según lo dispuesto en la constitución hecha por la Reina María, a la que se alude expresamente. En ellos se especifica su carácter, diciendo que ausente el Canciller o no rigiendo, el Vicecanciller «sia regidor en cap de la dita justicia e de la nostra Cancillería e Audiencia», proveyendo y determinando los hechos de justicia con consentimiento de la mayor parte de los consejeros, y rigiendo para su elección, asunción del cargo, juramento, remoción y suspensión los mismos preceptos que para el Canciller¹⁹. Las dudas que

19. Capítulos V y VI, en RAH., Cortes de Cataluña, tomo XVIII, página 96.

Finke emitiera para el siglo XIV se disipan completamente para el siglo XV, en que aparece bien claro como el Vicecanciller es plenamente un representante del Canciller, no sólo en la Cancillería, sino en el Consejo de Justicia, en el que administrará ésta siguiendo el voto mayoritario de los consejeros.

De lo expuesto anteriormente parece concluirse con seguridad la tendencia a la unidad de Vicecancillería durante todo o casi todo el siglo XV para los distintos territorios de la Corona de Aragón, pues se reconoce siempre que puede recaer indistintamente en un aragonés, valenciano, catalán o mallorquín. La pluralidad oficial de Vicecancilleres, existente sin duda alguna en tiempos de Juan I, debió de ser transitoria. La unidad aparece también destacada en la misma contestación regia de Alfonso V, ya citada, a las Cortes de San Cugat en 1419, donde, independientemente de afirmar, como se señaló anteriormente, que si se hubiera de proveer lo sería en virtud de mera gracia y no por acto de corte, señala muy certeramente que habría de serlo a instancia o súplica «de part de totes les regions daça mar». Ninguna prueba más concluyente que esta declaración regia, en la que no se reconoce a los catalanes personalidad para reclamar por sí solos, sin la representación de los demás territorios de la Corona, el nombramiento de Canciller y Vicecanciller. No contradice estas conclusiones la disputa jurídica entre Luis Margarit y los consejeros barceloneses, de la que Bruniquer registra el requerimiento hecho por aquél a éstos en 23 de febrero de 1484²⁰. Los consejeros sostienen que no puede haber sino un Vicecanciller, y Margarit, por el contrario, que el Rey en ciertas causas asigna el carácter de Vicecanciller en determinado Doctor por ser sospechoso el que lo ejerce y expone razones y ejemplares de cómo pueden ser dos y más los Vicecancilleres respecto de causas particulares. Como se ve, no se trata de la existencia de Vicecancilleres por los distintos Reinos de la Corona, sino de la posibilidad general de una especie de recusación y la consiguiente sustitución. Digo una «especie» de recusación porque además de ser muy discuti-

20. BRUNIQUER: *Rubriques de...* Barcelona, 1912, tomo II, cap. XXI, página 73.

ble la recusación del Vicecanciller, aquí tampoco parece haberla propiamente, ya que no se habla para nada de un derecho de las partes, y sí sólo de una potestad en el Rey de sustituir al Vicecanciller sospechoso.

3. *La supremacía del Vicecanciller aragonés.*

Esta tendencia a la unidad de vicecancillería debió de tropezar con serios obstáculos, quebrándose en ocasiones. El obstáculo fundamental fué, no tanto el deseo de tener una vicecancillería propia cada uno de los territorios, como el de tener al frente del oficio a uno de los naturales. Más inflexible Cataluña, por regla general, en las relaciones con la Monarquía común, lo fué, sin embargo, menos que Aragón en este aspecto de la nacionalidad de los oficios no propiamente locales. Lo demostrará cumplidamente en lo que se refiere a los Virreyes y Capitanes Generales, los cuales nunca intentó que fueran catalanes, a diferencia de Aragón, que sólo transigió además a costa de importantes concesiones de otros cargos a naturales aragoneses. Por este carácter se explique quizá también la conformidad de las Cortes catalanas con que el Vicecanciller fuera provisto en natural y domiciliado de cualquiera de los territorios de la Corona, aunque no fuera del Principado. Pero Aragón no fué igualmente transigente y debió luchar con constancia por asegurar en natural el ejercicio de la Vicecancillería. Con ello debió conseguir aún más de lo que se proponía, pues colocaba al Rey en la tesitura de reconocer la existencia de diversas Vicecancillerías o proclamar al Vicecanciller aragonés por encima de los demás, si quería conservar la unidad. No otra explicación tiene la disposición dada por Juan II en las Cortes de Calatayud de 1461, recogida en las colecciones forales²¹. Se refiere en ella al fuero y costumbre de haber de ser los oficiales del Reino de Aragón y estatuye que él y sus sucesores hayan de tener en el Reino Vicecanciller y Regente de la Cancillería nacidos y domiciliados, de ciencia, buena fama y abonados, y «que el dito Vicecanciller que sera

21. SAVALL Y PENÉN: *op. cit.*, tomo I, lib. I, pág. 30.

del Regno de Aragón, pueda usar del dito officio de Vicecanciller en todos nuestros Regnos e tierras, que no tendran special privilegio que Vicecanciller haya de exercir el dito officio» e insiste en que si concurre en otros Reinos con otro Vicecanciller que no tenga el mismo privilegio, sea preferido y ejerza su officio. Es menester destacar que esta pretensión hubiera podido apoyarse en considerar al Reino de Aragón como núcleo central de la Corona, y superior en cierta manera a los restantes territorios, pero no fué así, y Molino, uno de los más autorizados comentaristas de los fueros aragoneses, recoge esto más bien como un hecho o privilegio conseguido, sin una justificación ulterior ²².

En relación con la disposición anterior, y porque conviene siempre el empleo de la moderación, hay que advertir que debe ser entendida, al igual que en general todas las fuentes medievales, con gran reserva. En la norma medieval predomina siempre la excepción sobre el carácter de generalidad, al revés que en nuestros días. Lo que se concede parece tener el carácter de privilegio, esto es, de «excepción» precisamente a lo que sería normal sin esa concesión, y por tanto, esta excepción vive y se extiende en tanto no se vea impedida u obstaculizada por otra excepción. Juan II ya concede con ese carácter de excepción el que Vicecanciller y Regente de la Cancillería, como anteriormente ha hecho con el canciller, haya de recaer en nacidos y domiciliados en el Reino, pero sobre todo, y más netamente, tiene ese carácter excepcional el que ese Vicecanciller así nombrado pueda ejercer su jurisdicción en los otros territorios de la Corona, pues, es menester insistir, a diferencia de en nuestros días donde la concesión tendría un valor absoluto, bien fuere afirmativo o negativo, que Juan II otorga en principio el privilegio a reserva de que no se hubieran concedido o se concedieren en el futuro privilegios semejantes a los restantes territorios. La unidad se conseguiría, pero sobre la base de un consentimiento de los otros territorios, que por otra parte no reconocerían fácilmente un privilegio de tal tipo

22. *Repertorio Fororum et Observantiarum Regni-Aragonum*. Zaragoza, 1585, fol. 333.

que suponía una supremacía del aragonés, de forma que habría que recurrirse a las ficciones o recursos semejantes. Esto parece probarlo el que en las Cortes de Barcelona de 1493, Micer Alfonso de la Cavallería, pese a tener un nombramiento para todos los territorios de la Corona²³, era habilitado y tenido por catalán aunque de presente no estuviera domiciliado en Cataluña, ni lo estuviera en el futuro, para ejercer los cargos de los naturales²⁴. Otros casos similares se indicarán más adelante.

4. *El carácter de universalidad en el Vicecanciller.*

Concluyendo a fin de poder continuar el examen del proceso total, puede decirse que, desde el punto de vista normativo, en el siglo xv estaba reconocida la unidad de la vicecancillería, hecha posible por la transigencia de unos territorios en que pudiera ser ejercido por quien no fuera extraño a las distintas partes de la Corona, y el privilegio a Aragón de que el titular propio fuera preferido a los que pudieran existir en los restantes núcleos. Como todo lo medieval, era un equilibrio dinámico, sin la profunda institucionalidad que caracteriza la Edad Moderna, con predominio de «lo que es» sobre «lo que debe ser», y fundamentado sobre normas de excepción favorecidas a, a su vez por ficciones y reservas. En todo caso, la unidad o universalidad del Vicecanciller destaca netamente sobre la particularidad del tercer miembro del trinomio canciller-vicecanciller-regente de la cancillería que, por otra parte, tanto tenían de común. Esto se ve claramente en la citada disposición de las Cortes de Calatayud de 1461, donde lo dispuesto y comentado sobre canciller y vicecanciller se silencia rotundamente sobre el regente de la cancillería, y en la doctrina jurídica del siglo xvii, en la que Matheu y Sanz dice: «ubi Vicecancellarium intelligit Coronae, & Regentem Cancellariam intelligit particularem»²⁵.

La indicada universalidad del vicecanciller, reconocida normativamente, obtenía su refrendo en la práctica, donde se nombraba vicecanciller con jurisdicción sobre todos los territorios

23. Vid. doc. 1 del Apéndice.

24. ACA, Sección Generalidad (en adelante: Gen), núm. 994, fol. 60.

25. Citado en el Memorial valenciano, nota 49.

de la Corona, incluso los ultramarinos, y se insistía en sus correspondientes poderes sobre el carácter universal. Puede confrontarse perfectamente en el poder extendido a favor de Alfonso de la Cavallería²⁶, el cual ha sido escogido, porque será precisamente el primer ocupante de la Presidencia del Consejo de Aragón. Responde al modelo típico de la diplomática catalano aragonesa, con intitulación; un exordio en el que se expone el proceso mental que ha conducido a la designación; cláusula dispositiva del nombramiento; relación o alusión a las atribuciones; cláusula de obediencia, complementada con otra penal y datación típica y cronológica. La importancia de la función está destacada en la iniciación del exordio, en que el Rey expresa como preocupación suya al haber sido elevado a la cumbre de los Reinos de Aragón el hallar el hombre que como vicedecano por su ciencia, prudencia y probidad pudiera administrar la justicia a los súbditos recta y equitativamente. En esa misma iniciación se habla de los Reinos de Aragón en plural, y en la parte dispositiva aún se mencionan los que los integran: Aragón, Sicilia, Valencia, Mallorca, Cerdeña y Principado de Cataluña, silenciándose en otra ocasión los de Mallorca y Cerdeña, sin que ello tenga la menor significación. El nombramiento, recaído en Alfonso de la Cavallería, por muerte del anterior vicedecano Juan Pagés, se ha hecho «juxta forma fororum Regni Aragonum», empleándose aquí en sentido singular, por tanto aplicable al Reino de Aragón en sentido estricto, lo que parece confirmar la vigencia de la disposición citada de Juan II en las Cortes de Calatayud de 1461, pero que su jurisdicción se extiende más allá del Reino, independientemente de la claridad con que aparece en el exordio y en la cláusula dispositiva, se demuestra con la exigencia del juramento de observar las constituciones de Cataluña, usatges y privilegios de Barcelona, y observancias y demás disposiciones, y también en la cláusula de obediencia dirigida a los vicegerentes de los gobernadores de Aragón, Valencia, Principado de Cataluña y de los demás Reinos, y a las justicias, vegueres, bailes, subbailes, que son oficios representativos de diversos territorios. La condición característica

26. Doc. 1 del Apéndice.

de graduado se expresa claramente en el exordio en que a Alfonso de la Cavallería se le designa como *juris utriusque doctorem*.

5. *La superioridad del Canciller.*

Este tipo de vicescanciller no ligado a órdenes sacras y, en consecuencia, con las manos libres para intervenir en todos los asuntos de la jurisdicción tanto civil como criminal; experto en el conocimiento de las leyes («*juris utriusque peritissimo*», dice Alfonso V de Valentín Claver, designado a la muerte de Juan de Funes); forjado en la experiencia y la práctica, pues generalmente provienen de regentes de la cancellería, y dotado de gran movilidad, estaba en condiciones de prestar grandes servicios al Rey. Por haber sido debidamente acentuada la ventaja que implicaba la condición de seglar sobre la religiosa del canciller, debe aquí insistirse en la de la movilidad, sobre la que no se ha atendido en la misma forma. El Canciller era un Prelado sujeto al gobierno de su diócesis, y como se observó a su debido tiempo, el Rey en Sicilia hubo de preferir hacer uso de los servicios de un canónigo. Un monarca como Alfonso V, presente más tiempo en ultramar que en la Península, debería hacer aprecio con mayor razón de un oficio que pudiera seguirle sin desmayo y sin obligaciones en otros lugares, y así se refleja en el elocuente nombramiento arriba citado de Valentín Claver²⁷, en que se contienen grandes elogios de él por haber dejado la patria y la casa propia desde hace muchos años, siguiendo el campamento del rey con sudores, peligros e incomodidades, transportando su mujer, prole y familia.

¿Qué había sucedido en tanto con el Canciller? Había sido desbordado por su lugarteniente. No había admitido competencia mientras su papel fué el de refrendar las disposiciones reales como un alto notario del Reino, documentando todos los actos de la Corte, y con unos Monarcas con un territorio relativamente reducido. La extensión de su poder implicó como a tantas otras instituciones el comienzo de su decadencia, que

27. ACA, AR, 2601, 46-47.

aquí lo determinó la absorción de la alta administración de justicia. La incapacidad que su condición eclesiástica le imponía para actuar en la jurisdicción criminal o en una parte importante de la misma, hizo disminuir la distancia que le separaba de su lugarteniente, el vicecanciller. Esta distancia se acertó hasta desaparecer prácticamente con las exigencias de movilidad requeridas con las nuevas condiciones de la Monarquía de los Trastámara. Insensiblemente, y sin que exista una mutación instantánea, es decir, a través de un proceso continuado y sin estridencias normativas, se produjo un traslado de la condición del canciller al vicecanciller. De este traspaso de funciones se tiene conciencia clara en los siglos sucesivos, como puede verse en Cristóbal Crespí. Este autor del siglo xvii tiene doble importancia en el presente caso, ya que él mismo ejerció el cargo de Vicecanciller y en funciones de él el de Presidente del Consejo de Aragón. No es, pues, simplemente un jurista con los correspondientes conocimientos teóricos, sino el hombre que en el ejercicio de la magistratura ha tenido que fundirse con el espíritu de ésta, examinar atentamente sus atribuciones e investigar su origen, válida esta última observación en una época en que se vive de precedentes, a diferencia de la nuestra. Personalmente además, Crespí es conocido como hombre detallista y escrupuloso, condiciones más importantes para el presente caso que pudieran serlo los rasgos de genialidad, de los que debió carecer. Crespí dice que el oficio de Vicecanciller tiene embebidos los cargos de Presidente y Canciller, pues aunque en la fundación del Consejo (no se refiere todavía al Supremo de Aragón) fueron constituidos dos oficios por separado, un Canciller prelado, alta dignidad eclesiástica, y otro Vicecanciller que tenía su lugar en todos los impedimentos, como que el Prelado no pudiera estar ausente de su residencia el primer oficio fué extinguido y trasladado al segundo, «retento suo nomine Vicecancellarii», e inserta una cita del aragonés Bardají, también muy ilustrativa, según el cual, «De nostro autem Vicecancellario, sive Cancellario, quod idem nunc est»²⁸. No sólo hubo una igua-

28. CRISTÓBAL CRESPI DE VALDAURA: *Observationes illustratae Decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Crucia-*

lación, sino que Bardají observó bien que no sólo dignidad, autoridad, preeminencia, gobernación, superioridad y otras prerrogativas del Canciller fueron trasladadas al Vicecanciller, sino que aún se ampliaron.

Esta igualación, lo que parece desconocido para los juristas de los siglos sucesivos, debió producirse sobre la base de atribuir al Vicecanciller el doble carácter. Este lo demuestra la carta del Rey a los consejeros de Barcelona, escrita en Lérida a 3 de diciembre de 1460, donde les dice: «...tremes a quiscu dels staments de aquella sou Canceller, Vicicanceller Don Pedro Dorrea...»²⁹, y los procesos de Cortes correspondientes a las de Barcelona de 1477, donde de Juan Pagés se dice en un lugar «Mossen Joan Pages, Vicecanceller seu», y en otro «lo magnífich micer Joan Pages, caualler, Canceller e Vicecanceller de la Regia Majestat, constituït personalment»³⁰.

Esta doble atribución al Vicecanciller significaba una verdadera extinción del Canciller, siendo cierto lo que más tarde señalaba Crespí, pero es seguro que en Cataluña, al menos, se conservó un oficio de Canciller, desempeñado como el tradicional por un Prelado, pero reducido al Principado. Conservaba especialmente su carácter honorífico, sin que estuviera desprovisto de funciones efectivas, pero indudablemente era inferior al Vicecanciller. Este es el panorama asombroso que se ofrece al estudioso que se asoma a los documentos de la Edad Moderna, donde se encuentra un Canciller que lo es del Principado de Cataluña, inferior a un Vicecanciller que extiende su jurisdicción a todos los territorios de la Corona de Aragón, y que sólo puede explicarse a través de esta complicada evolución. Por su condición de laico que le permite intervenir sin trabas en la jurisdicción penal y por su movilidad, el Vicecanciller ha absorbido la cancillería universal de los Reinos de la Corona, sin cambiar su denominación de Vicecanciller, que induce a engaño, por la de Canciller, que verdaderamente es la que le corresponde. Como restos del antiguo Canciller ecle-

tae, et Regiae Audientiae Valentinae. Lugduni, 1730. "Admonitio ad lectores curiosos", núm. 9 a 11.

29. RAH: *Cortes de Cataluña*, tomo XXVI, pág. 554.

30. RAH: *Cortes de Cataluña*, tomo XXVI, pág. 334.

siástico queda en alguno de los territorios de la Corona oficio con este nombre, e incluso con los honores del mismo, pero reducido a un territorio es inferior, notablemente inferior, al Vicecanciller-Canciller de todos los territorios. Puede ser que ese Canciller particular discuta un lugar de preeminencia, un asiento en una reunión, un sitio en una procesión, al Vicecanciller universal, pero sin que tenga trascendencia, pues su inferioridad es manifiesta a los ojos de todos. La situación aparece clara ya a los juristas del siglo xvii. La Representación ya citada de los diputados valencianos a finales del siglo, basándose en Matheu Sanz señalan la nivelación, diciendo: «Y así con gran fundamento se instituyó el cargo y oficio de Vicecanciller, en el lugar del Canciller, igualándole a él en todo...»³¹. Con precisión conceptual y elegancia es Oliva el que habla de la existencia de una doble cancillería: «magna, et parua», de las que ésta sólo concede y firma las disposiciones dentro de la provincia, mientras la magna interviene en todos los negocios de la Corona³², lo que el rosellonés Andrés Bosch traduce al romance, diciendo: «Esta Cancellaría es dos maneras gran, y xica, la gran es en tots los negocis de la Corona de Aragon, la qual segueix lo concell supremo de Arago, la petita es la de cada Prouincia...»³³. Conviene insistir en que la cancillería «parua» no careció de atribuciones, sino que fueron importantes, pero particulares. Al crearse o reorganizarse la Audiencia o Real Consejo de Cataluña, el Canciller presidió una de las dos salas que hoy llamaríamos de lo civil y fué juez de competencias. En la otra sala actuó el Regente de la Cancillería. Entre ambos oficios se observa el vacío del Vicecanciller, que, como decimos, está elevado, rigiendo la Cancillería de todos los Reinos de la Corona.

En el plano puro de la teoría jurídica suscitó algún interés en los juristas del siglo xvii el fundamento jurídico de esta superación de absorción de la Cancillería universal por parte del Vicecanciller. Andrés Bosch, que de las leyes de Cataluña, Ro-

31. Pág. 6.

32. *De iure fisci*, cap. 4.º, núm. 43.

33. "Summari, Index o Epitome dels admirables y nobilissims titols de honor de Cathalunya, Rosello y Cerdanya". Perpinya, 1628, lib. II, par. 40.

sellón y Cerdeña, tienen que concluir necesariamente que el Vicecanciller no es sino un Lugarteniente del Canciller, diferencia el orden seguido por los asuntos de justicia y los de gracia, cuando el Rey está ausente, y especialmente se fija en que en las honras, presidencias y demás actos «lo Vicecanciller presideix en mes alt lloch que el Canceller», lo que fundamenta en que aquél «rig la Vicecancilleria de la Corona, si be quant es en Cathalunya poch fa al cas la jurisdiccio, y poder exerceix en Arago y Valencia a mon judici no trobo altra raho me satisfassa sino esser voluntat del Rey»³⁴. No debe inducir a confusión en lo que dice a Cataluña, pues como se ha dicho antes, sobrevivió allí un Canciller con presidencia en una sala, dirigiendo los negocios de justicia al frente de la Audiencia, de la cual, por otra parte, no había recurso al Consejo Supremo de Aragón, pues las apelaciones se desarrollaban en la propia Audiencia³⁵. El Vicecanciller, y esto lo observa Bosch en el texto citado, expedía, sin embargo, desde el citado Consejo Supremo de Aragón todos los negocios de gracia. Pero aquí lo interesante es destacar que para Bosch no podía encontrarse otro fundamento que la voluntad del Rey para explicar esa superación de la Cancillería porque en sus orígenes no era sino un lugarteniente del Canciller. También Miguel de Cortiada, que sigue a Bosch, estima que esa precedencia se opera «ex Regia voluntate»³⁶. A los dos siglos de esa superación, era tan intensa, que en los juristas se manifestaba una actitud casi despreciativa de la antigua cancillería, como sucede en el citado Crespi, que tratando «De parvis Cancilleriis» llega a decir que no pertenecen a la materia de estudio, «nec enim rivuli cum magno Oceano comparandi sunt»³⁷.

La universalidad de la Vicecancillería era, pues, un hecho indestructible en el siglo xv. No debe inducir a engaño la posterior mención del cargo emparejado con el Regente de la Can-

34. *Id. id.*

35. Sobre la organización de la Audiencia y competencias respectivas, vid. mi trabajo sobre la institución virreinal en Cataluña.

36. MIGUEL DE CORTIADA: *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Lyon, 1699, decisión V, núm. 56.

37. CRESPI: *ob. cit.*, parte I, observ. VIII, núm. 17-18.

cillería en algunos Reinos particulares. Según cita Dexart ³⁸, la Audiencia se integra en Cerdeña por los Doctores, «cum nostro Vicecancellario, seu Regente nostram Regiam Cancellariam» en 3 de marzo de 1573, pero hay que entenderlo en el sentido de que al Vicecanciller, verdadero Canciller general como sabemos, corresponde de derecho la presidencia, pero que en la realidad es el Regente de la Cancillería, particular al Reino, el que la rige. En época tan avanzada se seguía utilizando el lenguaje del siglo anterior, en el que las Cortes de Barcelona celebradas en 1480 prohibían la imposición de pena, muerte o corporal a no serlo por seis juristas en Audiencia real, además del Vicecanciller o del Regente de la Cancillería ³⁹ y en las Cortes de 1493 se establecía igualmente en la Audiencia el fallo de seis magistrados, además del del Vicecanciller o Regente de la Cancillería referidos.

6. *Naturaleza del cargo del Vicecanciller en el siglo xv.*

Finalmente, quedaría muy imprecisamente señalada la figura del Vicecanciller en el siglo xv, si no se destacara su representación de la autoridad real, en una época, por cierto, en que el Rey se encuentra representado por cargos de diversa e importante naturaleza. El Vicecanciller no es sólo un alto notario del Reino y un máximo administrador de la justicia, sino también un cargo de relevancia política y un asesor del Rey en todas las materias. Por eso es frecuente verle prorrogar las Cortes en nombre del Monarca, y dirigir prácticamente la actividad de aquéllas, a veces todavía en compañía del Canciller particular del Reino ⁴⁰.

Fácilmente se comprende que el cargo de Vicecanciller es el más codiciable para un jurista, pues representa la meta más

38. JUAN DEXART: *Capitula sive acta Curiarum Regni Sardiniae*, Cagliari, sin fecha, lib. III, tit. V, cap. V.

39. DANVILA Y COLLADO: *El Poder civil en España*, Madrid, 1887, tomo I, página 429.

40. Vid. la comisión dada al Canciller Jaime, Obispo de Gerona, y a Juan Pagés, Vicecanciller, para prorrogar Cortes en RAH: *Cortes de Cataluña*, tomo XXIV, pág. 24.

alta a que se puede llegar. De libre designación del Monarca, éste busca siempre una persona de reconocida experiencia. Era esencial su conocimiento del Derecho, y en cargo similar, como era el del Regente de la Cancillería, la nacionalidad no lograba obnubilar la mente de los aragoneses tan influenciados por esa condición, como se sabe, de forma que en Consejo del Justicia de Aragón en 9 de octubre de 1482 vemos a éste fundamentar una decisión en el hecho de que el Regente de la Cancillería, Gaspar de Arinyo, «non erat scientiae» aunque fuera aragonés ⁴¹, pero esta «scientia» era para el Monarca la probada a través de otros cargos. Anteriormente se ha hablado de la elección de Valentín Claver por Alfonso V ⁴², tras muchos años de haber seguido su campamento, y, anteriormente, Pedro IV había extraído a Arnau Morera de su cargo de Baile general de Valencia, aun a base de hacerle unas concesiones económicas de tipo especial ⁴³. A estos ejemplos podemos añadir el del repetidamente citado Juan Pagés, ascendido al cargo procedente de la asesoría de la Gobernación del Rosellón y de la Cerdeña, con cuyo cargo incluso no parece existir una incompatibilidad, ya que el Rey le designa un lugarteniente en 23 de mayo de 1452 ⁴⁴.

Este era, pues, el Vicecanciller de las postrimerías del siglo xv: jurista graduado: con unos conocimientos jurídicos adquiridos en los Estudios generales o Universidades de la época, pero forjados después en la práctica ejercida en los cargos inmediatos al Rey o en los dependientes de éste dentro de los Reinos particulares; con un conocimiento profundo del entresijo de normas que componía el sistema de la época, a lo que ayudaba su condición de nativo y domiciliado en uno de los Reinos de la Corona, especialmente del de Aragón; Canciller universal de la Corona, pese a su modesta denominación

41. Citado por MOLINO: *op. cit.*, fol. 333.

42. Vid. nota 27.

43. Vid. nota 15. Arnaldo de Morera, además de Baile general era Canciller del Infante Jacobo, hermano de Pedro IV y procurador general suyo. Vid. el nombramiento de Vicecanciller expedido en el sexto día de las kalendas de noviembre de 1340 en ACA, AR, 951, 153.

44. ACA, AR, 2601, 43 v.^o-44.

de Vicecanciller; redactor y corrector por ende de las disposiciones emanadas del Rey; supremo administrador de la justicia, conjuntamente con los Doctores designados en las Audiencias y Consejos; delegado del Rey en las Asambleas políticas o Cortes, y asesor permanente del mismo. A la vista de esta caracterización, quizá no tenga valor tan absoluto la opinión de Glasson, citada por el Conde de Torrealanz, de que en ningún país tuvo tanta importancia el Canciller como en Inglaterra.

IV. LA ADSCRIPCION DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE ARAGON AL VICECANCILLER

I *La hegemonía de los Consèjos.*

En el último cuarto del siglo xv se perfila cada vez más acen- tuadamente la hegemonía de los Consejos que culminará en los últimos años para hipertrofiarse en los siglos venideros. No puede decirse, como de ningún otro organismo, que surjan por generación espontánea, sino que son producto de una gesta- ción lenta a través de toda la Edad Media. En la Corona de Aragón concretamente, puede decirse que el Rey está rodea- do de un amplio y extenso Consejo «ideal», por cuanto la cali- dad de «consejero» es otorgada a gran número de personas, en- tre las cuales precisamente se proveen los cargos de respon- sabilidad en la administración central y en la administración territorial. Pero el tal Consejo tiene un carácter inorgánico, careciendo de lo que con términos de la Edad Moderna lla- maríamos una «planta», una organización fija y definida. Es lo que sucede en general en el campo de las magistraturas. A la llamada Edad Moderna, que lo mismo puede empezar en 1475 que en 1490 o en 1502, corresponderá lo que los france- ses llaman «stabilization», término quizá más claro aún que el nuestro de «institucionalización», en cuanto que lo que hace es convertir todo en «estable» o estático. Los Consejos se elevarán sobre las magistraturas unipersonales en muchos casos; en otros, aunque subordinados a ellas limitarán extraordinariamen- te su potencialidad, y en la práctica también predominarán en

numerosas ocasiones, y, desde luego, siempre tendrán esa organización o planta, imprecisa al principio, para irse siempre definiendo cada vez más firmemente. El predominio de los Consejos en esta época creo que es fenómeno europeo general, sin que me parece tengan grandes posibilidades de éxito los intentos de encontrar el origen de una nación determinada, como se ha querido hacer concretamente con la Borgoña. La creación de unos Reinos con unas fronteras estables en su trazado general, por más peligros que éstas puedan correr ante un invasor lejano, el desarrollo del comercio y de la industria artesana, la evolución de la cultura y la fijación del derecho, son elementos más que suficientes para el aumento de una burocracia, que tiende a repartirse en organismos especializados. Este es el panorama de los principios de la Edad Moderna, tanto en Francia como en Inglaterra, en el Imperio alemán o en Castilla y en Aragón. Entre nosotros, la unión personal entre estos dos últimos Reinos había de conducir fatalmente a la creación del órgano especializado en los asuntos del último, de mayor utilidad aún que el que pudiera existir en Castilla, donde al fin y al cabo era mayor la presencia personal de los Reyes. En las Cortes que los Reyes Católicos celebran en Toledo no basta ya la actuación general de los brazos con el Rey, sino que la parte más importante se desarrolla quizá en las reuniones de esas comisiones especializadas que no tienen carácter representativo, pero que con sus consejeros de hombres expertos han de ejercer notoria influencia en las disposiciones resultantes. En ellas llegan a actuar hasta cinco consejos, del que nos interesa especialmente uno de ellos, del que se dice: «En otra parte del palacio estauan caualeros y doctores naturales de Aragón y del principado de Cataluña, y del reyno de Sicilia y Valencia, que veyan las peticiones y demandas, y todos los otros negocios de aquellos reynos: y estos entendían en los expedir, porque eran instructos de los fueros y costumbres de aquellas partidas»⁴⁵. El futuro Consejo de Aragón estaba prefigurado en esa colección de caballeros y doctores, y no bastaba sino que un Monarca ordena-

45. Vid. en CONDE DE TORREANAZ, *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, Madrid, 1884, tomo I, pág. 197.

dor estableciera su permanencia. Por otra parte, la administración de la justicia era encomendada cada vez más a órganos colegiados, precisamente bajo la dirección del que regía la Cancillería, y así conforme ya se ha indicado, en las Cortes de Barcelona de 1480 se establecía que si por el Monarca, sus sucesores o el lugarteniente general se hubiera de conocer de causas criminales con pena de muerte u otra pena corporal, fueran «relades, votades e closes en lo consell, o audiencia real», estableciendo por lo que se refiere al Consejo seis juristas al menos «ultra lo vicecanciller o Regent Cancellaria», y por lo que se refiere a la Audiencia diez juristas, más el consabido vicecanciller o regente de la Cancillería⁴⁶.

2. *Creación del Consejo de Aragón y su Presidencia.*

En este clima, Fernando el Católico consuma la creación del Consejo de Aragón mediante Pragmática dictada en 19 de noviembre de 1494⁴⁷. ¿Quién había de ocupar la Presidencia de este Consejo? Todo conducía fatalmente a que lo hiciera el Vicecanciller, pues anteriormente se han destacado las características que lo adornaban. Como nativo de la Corona no había de ser rechazado por los Reinos, con cuya resistencia se hubiera contado si hubiera sido un extraño. Como jurista estaba en condiciones de dirigir con éxito las deliberaciones y asesorar cumplidamente al Rey. Como dirigente de la Cancillería real contaba con la confianza del Monarca, que lo había designado entre aquellos juristas cuya ciencia había sido debidamente probada en la práctica. Como tal dirigente de la Cancillería, en la cual había superado al viejo Canciller, era de carácter universal, y por sí o a través de los Regentes de la Cancillería administraba la justicia de las Audiencias. No puede admitirse, según creo, la opinión del gran historiador Capmany, según el

46. ACA, Gen., núm. 992, fol. 100.

47. Recientemente ha sido publicado por Ferrán SOLDEVILA en "El document de fundació del Consell Suprem d'Aragón". V Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Zaragoza, 1955, págs. 329-339. Fue impresa en 1663 incluida en los *Anales de Aragón* por SAYAS. Esta última edición la cita el Conde de TORREANAZ: *op. cit.*, tomo I, pág. 265.

cual, el Rey Católico en la primitiva formación de este Consejo le había dado un Presidente con el Vicecanciller, que había extraído de la Audiencia de Barcelona ⁴⁸. Capmany debía desconocer la trayectoria seguida por el Vicecanciller, y debía conocer únicamente esa Audiencia catalana presidida por el Vicecanciller o Regente de la Cancillería, pero como se ha dicho anteriormente, el Vicecanciller tenía carácter universal, y no era exclusivo de Cataluña, antes bien, el Primer Presidente del Consejo de Aragón, Alfonso de la Cavallería, era aragonés, y como se dijo anteriormente, en Cataluña se hubo de recurrir a la ficción de habilitarlo como catalán. El error complementario de Capmany, a mi parecer, es el de considerar que en la disposición relativa a la Audiencia barcelonesa se habla de Vicecanciller o Regente de la Cancillería, y que sería éste verdaderamente el que actuaría en Cataluña, en representación claro está, del Vicecanciller, cuyo carácter universalidad y dignidad exigía su mención.

En Castilla, el procedimiento seguido difería totalmente del seguido en Aragón. Sin haber destacado políticamente un cargo similar al del Vicecanciller, la Presidencia del Consejo de Castilla es un cargo especial enclavado en la planta del cuerpo, y no la adscripción a un oficio determinado ⁴⁹; pero en otros países europeos, como Inglaterra y Francia, la presidencia de los respectivos Consejos también había sido adscrita a

48. ANTONIO DE CAPMANY Y DE MONPALAU: *Memorias históricas sobre la Marina, Comercio y Artes de la antigua Ciudad de Barcelona*, Madrid, 1779-1792, tomo IV, Apéndice, doc. núm. XVII.

49. EL CONDE DE TORREANAZ, cuya obra pese a los años transcurridos no ha sido mejorada, tiene dudas sobre el momento de creación de la Presidencia de Castilla. Según Sempere, Juan I creó un "gobernador", y Martínez Marina habla de un "prelado-gobernador". Según el citado Torrealaz, el "gobernador" aparece con el Conde-Duque de Olivares, y era designado así cuando no convenía designar y se nombraba uno menos caracterizado. Continúa diciendo que el único Prelado del Consejo dirigía las pláticas, pero sin que nunca se le denominara Presidente, ni tampoco en las Ordenanzas de 1480. Termina afirmando que en un documento de 15 de marzo de 1489 se le cita por primera vez, y que el primero debió de ser Don Alvaro de Portugal, tío de la Reina, aún sin el poder que alcanzara luego la Presidencia. (op. cit., epígrafe 24 del tomo I.)

la Cancillería⁵⁰. Ahora bien, la Presidencia de Consejo de Aragón, ¿se había adscrito a la Vicecancillería? Este es el gran problema jurídico que se planteará en el siglo xvii, cuando el organismo se halle en una crisis deliberadamente promovida por los Monarcas. Después se examinará el problema como lo veían los hombres del xvii. Aquí bastará presentar la cuestión tal como hoy creemos que debió actuarse en las postimerías del siglo xv y en el siglo siguiente.

La Pragmática de 1494 designa personalmente, y no por sus cargos, a los hombres que han de componer el Consejo. No dice que la presidencia del Consejo la haya de ocupar en todo momento el que ostente el cargo de Vicecanciller, sino que emplea una técnica que pudiéramos calificar de medieval. Es una técnica medieval en el sentido de que huye de una fijación absoluta, es decir, responde sólo a un primer grado de esa «stabilization» propia de la Edad Moderna. Crea un Consejo con una planta determinada, pero su organización no pretende todavía unos caracteres de eternidad, y al modo medieval, las personas están al servicio de unos cargos fluctuantes, y aquéllas son llamadas tanto por lo que representan en sí como por lo que representa el oficio que desempeñan. Para el Consejo no se llama al Vicecanciller simplemente, sino a «Micer Alonso de la Caualleria nuestro Vicecanciller». Es cierto que se indicará que las provisiones serán despachadas por «el Vicecanciller, y todos los otros del dicho Consejo...», con lo que parece que el cargo ocupe el primer plano, pero también es cierto que Vicecanciller parece un simple complemento, explicativo más que especificativo, de la personalidad de Alfonso de la Cavallería. Es similar a aquellas designaciones tan frecuentes, en que del designado se predica ser consejero del Rey. En todo caso, es indudable que al ser mencionados personalmente los componentes del Consejo, la Pragmática no parece estar destinada a una

50. Siempre según la exposición del Conde de Torrealanz, en los documentos ingleses del siglo xiv aparece el "Clerk" del Sello privado, "et Capitalis Secreti Consulii ac Gubernatoris Magni Consilii", pero hasta época muy posterior no hay título de Presidente, siéndolo de hecho el Canciller, eclesiástico de ordinario. En Francia, la Presidencia iba aneja al Canciller (op. cit., tomo I, página 110).

vigencia demasiado duradera. El Rey designa a Alfonso de la Cavallería por sus condiciones personales, por las que le ha designado su Vicecanciller, y normalmente habrá de llamar a presidir su Consejo al que antes haya designado su Vicecanciller; pero parece excesivo pensar que pueda hablarse ya de una adscripción de la Presidencia del Consejo de Aragón a la Vicecancillería. En las manos del Rey estará la posible desviación de este principio, en tanto que el sistema conocido de los Reinos no actúe en el sentido de privarle de esa libertad, mediante la intervención obligada de la actividad paccionada con las Cortes. No se producirá esto en el caso presente, quizá por ser mayor la actividad de las Cortes correspondientes a los Reinos particulares que las de tipo general, y no entrometerse aquélla en los órganos que escapan a una actividad meramente territorial. Esto no excluirá, claro está, el otro procedimiento de la época: la argumentación histórica a base de los precedentes.

Por lo demás, es indudable que el Vicecanciller, o el Vicecanciller Alfonso de la Cavallería, es designado como un verdadero Presidente, con poder característico de una dirección efectiva como es la de decidir en casos de paridad de votos. Como jurista, no se limita a estar presente en los debates, cuidando del buen orden de los mismos, sino que vota, y en caso de que los votos en pro y en contra de una decisión se nivelen, el resultado se inclina al lado donde se encuentre su voto.

La Pragmática de creación del Consejo es confirmada por Carlos I y su madre doña Juana en 20 de abril de 1522, pero entonces es cuando tienen lugar las únicas irregularidades del siglo XVI, aunque de carácter relativo: la presencia del Gran Canciller Gattinara con el mismo derecho de asiento que el presidente, como igualmente después Nicolás Perrenot de Granvelle⁵¹. Los Vicecancilleres se sucedieron unos a otros, sin interrupción hasta 1622⁵², existiendo, al parecer, dudas solamen-

51. Vid. el prólogo de J. M. Batista i Roca a la obra de Helmut Koenigsberger: *The Government of Sicily under Philip II of Spain*, Londres, 1951.

52. Se sucedieron los siguientes: Dr. Alfonso de la Cavallería, aragonés; Dr. Antonio Agustín, aragonés, en 1510; Dr. Jerónimo de la Raga; Dr. Miguel May, catalán, en 1533; Dr. Jerónimo Coll, catalán, en 1548; Dr. Pedro

te sobre la sucesión del famoso Dr. Antonio Agustín, sucesor de Alfonso de la Cauallería⁵³. Durante todo ese siglo XVI y primeros años del XVII, los Vicecancilleres ejercen la Presidencia del Consejo, y el oficio no deja de ser objeto de algunas regulaciones, que no modifican su carácter anterior. Las Cortes de Barcelona celebradas en 1503 les prohíbe junto con los Regentes de la Cancillería el ser jueces comisionados de causas, pero se les faculta para oír las causas verbales de pobres⁵⁴, y en las Cortes de Monzón de 1564 se determina que habrá de tener seis años de plática y ser graduado en universidad⁵⁵.

3. *Elaboración doctrinal de la figura del Vicecanciller.*

Mientras tanto, la doctrina jurídica hace al oficio objeto de una elaboración similar a la realizada con otros cargos y magistraturas. Unicamente se le atribuye una jurisdicción ordinaria, bien de forma expresa, bien señalando las características que generalmente integran aquélla. Bosch, por ejemplo, dice que «son office també es creat per nostres lleys de Cathalunya, Rosselló y Cerdanya»⁵⁶, y sabido es que una de las cosas que caracterizan la jurisdicción ordinaria frente a la delegada es esa creación por normas emanadas del Rey y Cortes. Berart es el que

de Clariana y Seva, catalán, en 1554; Dr. Bernardo de Bolea, aragonés, en 1562; Dr. Simón Frigola, valenciano, en 1585; Dr. Diego de Covarrubias, en 1598; Dr. Diego Clavero, en 1608, y Dr. Andrés Roig, valenciano, en 1612. Hay dudas sobre la sucesión del Dr. Antonio Agustín.

53. En el manuscrito 330/119 de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla se habla sobre la sucesión del Vicecanciller Antonio Agustín. Dice que según Dormer, en los Anales, muerto Antonio Agustín, el Emperador nombró a Micer Gerónimo de la Raga, y que en 1529 extinguió los Vicecancilleres particulares y nombró general al catalán Micer Juan Sunyer. El autor del manuscrito, que debe ser el Diputado aragonés D. Pedro Arbués y Baietola, sigue diciendo que no puede ser cierto que la Raga fuera Vicecanciller desde el 29 de marzo de 1523 y que el Emperador le desposeyera para nombrar a Sunyer, y cree que a Agustín le sucedió Ximen Pérez Figuerola, valenciano, y a éste le sucedió Suñer, May, Coll, Clariana de Seva, etc.

54. DANVILA, *op. cit.*, tomo I, pág. 447.

55. Así se hace constar en un dictamen de los Abogados para los Diputados en 20 de diciembre de 1624.

56. *Op. cit.*, lib. II, par. 40.

redondea esta característica con la afirmación de que Canciller, Vicecanciller y Refentes de la Cancillería no pueden ser impedidos ni por el Rey ni por el primogénito en la administración de la justicia ⁵⁷. También surgen en esta época las comparaciones y encuadramientos de la institución en el conjunto de las magistraturas del derecho común, a que tan aficionados son los juristas. Sabido es que estas comparaciones no tiene un valor real, pero sí lo tienen indirecto en cuanto dan una idea de la importancia del cargo a los ojos de los contemporáneos. Respecto al Vicecanciller surgen tres comparaciones: la de los Nomofilaces, la del Questor y la del Prefecto del Pretorio. De las tres, la propiamente particular es la del Questor. A los Nomofilaces se compararon también los Diputados catalanes del General ⁵⁸. La asimilación al Prefecto del Pretorio no es exclusiva de los autores españoles, sino que Crespi, que la representa en nuestro país, sigue en ello a Budeo y a Casaneo ⁵⁹. El Prefecto del Pretorio gozó de gran predicamento en los autores de los siglos XVI y XVII, presentándose como un «alter ego» de los Emperadores, con las mismas facultades que ellos, y de cuyas sentencias no se apelaba, sino solamente se suplicaba. En la época, especialmente se comparó con ellos a los Virreyes de la Corona de Aragón por una gran parte de los juristas pertenecientes a esta Corona, pero otra parte, y los juristas castellanos en relación con los virreyes americanos, los asimilaron más bien a los presidentes de provincia, de calidad inferior a los referidos prefectos del pretorio, con lo que pareció otorgarse mayor importancia al Vicecanciller. No falta quien señale al Prefecto del Pretorio con el Questor conjuntamente ⁶⁰. Este último cargo, de menor importancia que el anterior, representaba, sin embargo, una mayor antigüedad ⁶¹. En todo caso, la doctrina otorgaba un puesto excepcional al Vicecan-

57. *Speculum visitationis seculares omnium magistratum, iudicum, decurionum, aliorumque Reipublicae Administratorum*, Barcelona, 1627, cap. X, número 4.

58. Vid. BALAGUER: *Historia de Cataluña*, lib. VI, cap. 47.

59. *Op. cit.*, Admonitio, núm. 11.

60. Memorial de los Diputados valencianos, págs. 19, 22 y 23.

61. Vid. *Digesto*, 1, XIII, 1.

ciller, y que esa asimilación no carece de sentido lo demuestra cuando la misma doctrina desciende ya a la comparación entre magistraturas contemporáneas. La comparación, desaparecida la posibilidad de confrontarlo con el Canciller cuyo puesto había usurpado, surgía inevitablemente con la gran figura institucional de la época, que es la del Virrey. El Virrey o Lugarteniente General era expresamente designado en los correspondientes nombramientos como un «alter Nos», sentándose en el solio real, y pudiendo hacer lo que podría hacer el Rey si estuviera presente, todo ello, al menos, teóricamente, ya que en la práctica estaba sujeto a numerosas limitaciones, y la propia cláusula del «Alter Nos», según indicaban los propios Monarcas en las Instrucciones reservadas, era puesta más que para que correspondiera a la realidad en el ejercicio del cargo a procurar una dignidad del Lugarteniente frente al pueblo y a los demás oficios⁶². Parece a primera vista que no fuera posible imaginar una dignidad superior, pero el Virrey ofrecía dos puntos flacos: el de poseer esa dignidad solamente en ausencia del Rey, y en ser su jurisdicción limitada a uno de los territorios de la Corona, a una «provincia» como ya se decía entonces. No todos los juristas estaban de acuerdo en que poseyera una jurisdicción delegada, porque pensaban algunos que también el Rey solo, sin el concurso de las Cortes, podía otorgar la jurisdicción ordinaria, pero en su naturaleza estaba el no existir sino «en lugar» del Rey, y desaparecer cuando éste se hallaba presente. Todo esto es lo que a Crespí le servía para establecer la superioridad del Vicecanciller sobre el Virrey. Reconocía la dignidad de Prefecto del Pretorio que éste tenía, por cierto siguiendo a Solórzano Pereira cuando éste vacila en atribuirle este carácter y más bien le otorga el de «praeses provinciae», pero que esta dignidad la tenía en su provincia, mientras el Vicecanciller la tenía en todas, subrayando ese carácter universal que anteriormente se ha destacado, y afirmaba aún más la superioridad porque el Virrey representaba al Monarca ausente, y se extinguía estando éste presente, mientras el Vicecanciller «Regis presentis, Vicarius est»⁶³. Crespí, en

62. Vid. mi trabajo sobre la institución virreinal.

63. *Op. cit.*, Admonitio, núm. 16-17.

cuya opinión se insiste por ser el mejor panegirista de la institución que es carne de su carne, llega a proclamar orgullosamente que los «Pro-reges» o Virreyes son «alter Nos» en la provincia, lo que significaba la cláusula y potestad de mayor dignidad, pero que el Vicecanciller en la gobernación es mayor dignidad, «ita ut non alter, sed ipse Rex»⁶⁴.

Dentro del Consejo su posición era, naturalmente, muy destacada. En la Pragmática aludida de creación, él «signa», mientras los demás miembros «señalan» todas las provisiones que según los Fueros habían de ser signadas por él, y las que habían de serlo por la mano del Rey, y la decisión en caso de paridad de votos fué siempre fundamental, como lo demuestra el que ya tardíamente, en una Consulta del Consejo de Aragón de 4 de marzo de 1671 se dijera: «...los negocios de justicia... no dejarán de sentir mucho faltarles a la expedición, conclusión y determinación dellos, el voto del Vicecanciller con su prerrogativa de calidad para decidillos y escusar la paridad...»⁶⁵. La calidad de Presidente no debió exhibirla en principio, cuando no había lugar a dudas sobre su posesión, y el título de Vicecanciller era más que suficiente para colmar el orgullo de sus titulares. Cuando se les discute en el siglo xvii es cuando se encuentra con frecuencia. Crespi, en su libro citado, se preocupa de intitularse «Nunc ejusdem Supremi Regii Aragonum Summi Vicecancellari, & Summi Praesidis», y el castellano Don Francisco Ramos del Manzano, del Consejo de Castilla y de la Santa Cruzada, al que el Vicecanciller aragonés dedica el libro, en la loa que le redacta le llama: «Aragonii Imperii Regnorum Procancellario, & et Supremi eorundem Senatus Praesidi».

4. *La duración del cargo.*

En todo momento, la duración del cargo de Presidente del Consejo depende de la del Vicecanciller, y la de éste, de la voluntad del Rey, sin que existan limitaciones temporales, no ya de derecho, que en realidad no existieron sino en los cargos de jurisdicción reducida, sino ni siquiera establecida por la costum-

64. Id. id. núm. 18.

65. ACA, C. de A., leg. 1.

bre, a diferencia de lo que pasaba con los de los virreyes, por ejemplo. Por la magnitud del cargo, y por la exigencia de una experiencia probada, debía llegarse a una edad madura, y en consecuencia ser las más de las veces de carácter vitalicio, no perdiéndose sino con la muerte o la imposibilidad física producida por la ancianidad. En el siglo xvii así lo vemos, pues en 21 de febrero de 1669 el Consejo en pleno se opone a la jubilación del Vicecanciller, solicitada por él mismo, considerando ir en perjuicio del servicio y alegando las circunstancias especiales del momento ⁶⁶. Sin embargo, como se ha indicado, la voluntad del Monarca era la que prevalecía, y así se le ve decretando desde el Buen Retiro en 10 de febrero de 1677 el nombramiento del Cardenal de Aragón y la exoneración de Don Melchor Navarro ⁶⁷.

5. *La remuneración.*

Desde el primer momento, al Vicecanciller se le asignó una mayor remuneración en el Consejo que a los restantes miembros. En la Pragmática de creación se establece que de los derechos de las sentencias y provisiones se haga una parte más de los que intervengan, y de las que resulten se den dos al Vicecanciller. Deberían de hacerse cinco partes, y corresponderle, por tanto dos quintos del total de los derechos, pues en la práctica del Consejo se señala la remuneración del Vicecanciller como una «cuarta décima», o sea, cuatro décimas partes que diríamos en la actualidad, equivalente precisamente a dos quintos. Sin duda, la mayor facilidad de cálculo que implicaba el denominador diez, hizo que se buscara un quebrado equivalente a los dos quintos con la base diez. Aparte de ello, cobrará tres mil sueldos, también sobre los derechos del sello, según constitución aprobada en Cortes del mismo año que la Pragmática, a creer a una Consulta del Consejo de fecha 8 de octubre de 1688 ⁶⁸.

66. Id. íd.

67. Id. íd. Para contentar a Don Melchor Navarro se le concedieron los gajes de Fiscal de Italia, de donde había ascendido

68. Lug. cit.

6. *El tratamiento honorífico.*

Por lo que se refiere a tratamiento honorífico, el cargo experimenta la evolución general muy similar a la que sufren otros de talla parecida, como el de Virrey. En sí, esto es, por lo que respecta al cargo y no a la condición personal del que lo ocupa, durante el siglo xvi ostenta el de «Spectable», que es el otorgado en conclusión de 17 de noviembre de 1537 a Miguel May, en Cortes celebradas en Monzón por el Emperador, y que es el utilizado aún en una Sentencia lata de 3 de junio de 1620, según recoge Miguel de Cortiada ⁶⁹. La Pragmática dictada en 1611, fundamental en materia de tratamientos, es parca con el Vicecanciller, o mejor dicho aún, con el Presidente del Consejo de Aragón, pues entonces ya parece dibujarse la futura tendencia de la Corte a desarraigar de la Presidencia al Vicecanciller. En la aludida Pragmática se hace mención de los Presidentes de los Consejos, dándoseles el título de «Señoría», que creo no difiere del de «Spectable» utilizado anterior y coetáneamente, y del de «Dominationis» en su expresión latina, y exceptuando, en todo caso al Presidente del Consejo de Castilla, que goza de posición privilegiada. Los juristas de los territorios de la Corona de Aragón, que, o bien pertenecen al Supremo Consejo, o ejercen sus cargos en las Audiencias, pero que todos han de ver en la Vicecancillería la posible meta de sus aspiraciones, defienden que «de urbanitate» no se le debe sólo el título citado de «Dominationis» o de Señoría, sino también el de Ilustrísimo, vulgo «Señoría Ilustrísima» ⁷⁰. No establecen diferencia entre Vicecanciller y Presidente del Consejo de Aragón, pues siempre defenderán la íntima unión entre uno y otro, y en 1623, al disponerse la ejecución de la Pragmática referida de 1611 sobre tratamientos y cortesías, pretenden que al Vicecanciller se le dé el de Señoría Ilustrísima, aprovechando que entonces se le otorga al Inquisidor General igualándole con el Presidente del Consejo de Castilla, cuando el Vicecanciller siempre había precedido al Inquisidor, pero sin que consigan un reconocimiento

69. *Op. cit.*, dec. 247, núm. 13.

70. *Id. id.* dec. 248, núm. 16.

por parte del Rey, que sólo prometió tener cuidado⁷¹. La concesión vino más tarde, por Pragmática dada en Madrid a 31 de julio de 1637, constando también en Pragmática de los Reinos de Castilla que vino a ser la Ley 16, título I, del Libro IV de la Nueva Recopilación. Si correspondiéndole Señoría, los juristas de la Corona de Aragón estimaron pertenecerle «de urbanitate» el de Señoría Ilustrísima, era natural que al corresponderle éste por derecho propio estimaran pertenecer entonces el de Excelencia, y así lo estima el tantas veces citado Crespí, a imitación del Prefecto del Pretorio, siguiendo la tradicional costumbre del siglo, de vestir con equipaje romano a las magistraturas contemporáneas⁷².

7. *La nacionalidad.*

De todas las condiciones que debe reunir el Vicecanciller y de todas sus características ninguna atrae tanto el interés y el apasionamiento como la cuestión de su nacionalidad. Esto fué común a casi todas las magistraturas y oficios. Es fácil encontrar en la Baja Edad Media frecuentes disposiciones en el sentido de comprometerse el Monarca a no proveer el cargo sino en naturales y domiciliados del país, y esto, lo mismo en Aragón, que en Cataluña, o en Sicilia o en Cerdeña. Obsérvese que la resistencia a que los extranjeros ocupen los cargos no se refiere a los extraños a la Corona de Aragón, sino a cada uno de los Reinos y principados particulares. En Cataluña sólo pueden nombrarse catalanes, y un aragonés es considerado extranjero, y viceversa. Responde a la idea de una confederación, como ya se ha hecho destacar numerosas veces, en que los Reinos ni se han fusionado ni han perdido su carácter peculiar. Como se ha indicado anteriormente, en este problema la máxima intransigencia está a cargo de Aragón por regla general, a diferencia de otras cuestiones en que suele serlo Cataluña. Como la unidad nacional se forja muchas veces por el temor o el odio al vecino, en la Edad Moderna se mitigará algo este nacionalis-

71. ACA, C. de A., leg. 1.

72. *Op. cit.*, Admonitio, núm. 14 y 15.

mo interno de la Corona de Aragón, por la defensa común ante Castilla. Entonces lo que se exigirá en primer lugar es la provisión en natural de uno de los Reinos y Principados, con tal que no sea castellano, pero aún así y todo, no desaparecerá mientras la Confederación viva el referido nacionalismo particular. En el caso presente, el Vicecanciller era un cargo común a todos los Reinos, y había de suscitar las diferentes apetencias nacionalistas. En 5 de septiembre de 1484, antes de la creación del Consejo de Aragón, el Síndico de Barcelona protesta ante el Regente de la Cancillería contra provisión del Vicecanciller en Cataluña, porque era un aragonés, y en 22 vuelve a realizar otra protesta semejante ⁷³, y más de un siglo después, en 1 de noviembre de 1623, cuando el peligro castellano podría haber estrechado la solidaridad mediterráneo-aragonesa, a la muerte de Don Pedro Guzmán, los Diputados catalanes piden al Rey que nombre un catalán «per ocasió de hauer molt temps que no es estat prouehit aquest carrech en persona Catalana», protesta en la que no falta la nota de orgullo por el propio valer, al añadir «no per falta de subiectes» ⁷⁴. En las mismas fechas, los abogados aragoneses en un dictamen dado en 20 de diciembre de 1624 para los Diputados de Aragón, y entre los que figuraban, entre otras, personas de la talla de Matías de Bayetola, que también fué Vicecanciller, y el famoso jurista Felipe de Bardaxi, defendían, por el contrario el derecho de su Reino particular a contar a uno de sus hijos en la alta dignidad, con base ciertamente jurídica en el Fuero de Calatayud de 1461, que fué citado y comentado anteriormente, y en virtud, del cual Juan II daba preferencia al Vicecanciller aragonés cuando concurriera con los de los demás Reinos. En el dictamen se citaba incluso el caso de Frigola, de nacionalidad valenciana, a quien hubieron de dispensarle las Cortes, protestando de que la habilitación pudiese ser traída en consecuencia ⁷⁵. Recuérdese que a Al-

73. BRUNIGUER, *op cit.*, tomo II, cap. XXI, pág. 73.

74. ACA, C. de A., leg. 1.

75. Dictamen de Abogados en 20 de diciembre de 1624 para los Diputados de Aragón. ACA, C. de A., leg. 1.

fonso de la Cavallería le habilitaron los catalanes como tal, pues era de nacionalidad aragonesa.

La Guerra de Secesión de 1640 emprendida por los catalanes había quebrado aún más la solidaridad mediterráneo-aragonesa, y en Zaragoza a 5 de febrero de 1646 vemos a los aragoneses, no ya pedir que sea un aragonés, sino que no sea un catalán. Solicitan el nombramiento de Don Pedro de Aragón, y dicen: «Y esperamos que de esta provision se han de seguir buenos efectos para el desengaño de los Catalanes del ánimo de VM para con ellos y para que también conozcan el nuestro, pues en este favor que justamente pudieramos pretender para solo este Reyno los auentaja vuestra atencion pidiendo para natural suyo»⁷⁶. Había mucho de protesta de fidelidad a la Corona y de adulación, pero sobre todo, de aprovechamiento de la caída de los catalanes en el favor regio para afianzar el privilegio de la nación aragonesa, con todos los agravantes en la elección de la persona, que era por naturaleza catalana, de la casa de Cardona, y dejó de serlo por la guerra refugiándose en Zaragoza con su madre, donde los aragoneses le prohicieron y le tuvieron por suyo. En 1671, pasados ya los suficientes años como para difuminarse los efectos de la citada guerra, los catalanes volvían a la carga, reclamando para su nacionalidad el cargo de Vicecanciller, ya que los anteriores, Melchor de Navarra y Antonio Crespí, habían sido aragonés y valenciano respectivamente⁷⁷.

Así, pues, durante todo el siglo XVII perduró aún lucha entre los nacionalismos particulares dentro de la Corona de Aragón, sin perjuicio de una actitud vigilante contra la invasión vecina: la castellana. Esta debió ser poco importante durante el siglo XVI, en que Monarca y Corte, pese a que puedan esgrimirse, mal esgrimidos, los sucesos que llevaron al cadalso

76. Lo firmaba el Arzobispo de Zaragoza como Presidente del Brazo eclesiástico. En otros documentos se afirma que como representación de los brazos. Existe otra petición igual de los nobles, otra del brazo de caballeros e hijosdalgo, y finalmente otra del brazo de las universidades, firmada ésta última por Diego Gómez de Mendoza, jurado de Zaragoza. (Todos en ACA, C. de A., leg. 1.)

77. AA, C. de A., leg. 1.

al Justicia Lanuza, estimaron y respetaron la individualidad de la Corona, y no atentaron contra ella sino en casos en que el interés de la realeza se vió afectado seriamente. Aun así y todo, y más como prevención, en un acto de corte de 1547, inserto dentro de la más moderna recopilación catalana entre las constituciones superfluas, se especificó bajo la rúbrica «De ofici de Protonotari» la obligación de servirse de naturales para los negocios de Aragón, tanto en la Corte como fuera de ella, y este acto de corte fué alegado por los catalanes en 1623, entendiendo que en la constitución se comprendían los cargos de la Real Casa y Cancillería ⁷⁸. Ante todo, los catalanes insistieron en haberse verificado entre Castilla y Aragón una unión «aeque principalis», y excluirse en los cargos de Castilla por las disposiciones de este Reino a los naturales del otro. En general, ésta fué observada por la doctrina catalana, que atendió, en este caso, menos al nacionalismo particular que al general de la Corona de Aragón, aunque en apariencia, por lo que se dirá después. Bosch, que sigue a Berart, dice que Canciller y Vicecanciller han de ser «nadius, naturals, e domiciliats realment, y de fet al veritat, e sens dispensació, dels Regnes de Arago, Valencia, Cathalunya o Regne de Mallorca é no de altres» ⁷⁹. Miguel de Cortiada afina más y distingue entre el Canciller y el Vicecanciller. Se pregunta si el Canciller debe ser catalán, empleando aquí, en realidad, Canciller en un sentido amplio, o sea, como lo utilizaría el que no conociera la transformación operada en los territorios de la Corona de Aragón. A esto responde que la Cancillería es doble, según distinción que ya se ha comentado, esto es «magna» y «parua». La «magna» es la que entiende en los asuntos de toda la Corona de Aragón, «qui nunc Vicecancellarius vocatur», manifestando que no es necesario que sea catalán, bastando que sea natural y domiciliado realmente en Aragón, Valencia, Cataluña, Cerdeña y Mallorca, siguiendo en ello a toda la doctrina catalana y a la valenciana, representadas por Mieres, Ferrer, Oliba, Berart y Matheu. El que sí debe ser catalán es

78. *Constitutions y altres drets de Catalunya*.

79. *Op. cit.*, lib. II, par. 40.

el que ejerce la cancillería «parua», esto es, el Canciller de Cataluña⁸⁰. Berart, que había expuesto la misma doctrina, decía con respecto a la nacionalidad amplia. «Quod est intelligendum in Cancellario totius Coronae, et Vicecancellario», insistiendo en ese carácter de Canciller de toda la Corona que tenía el Vicecanciller⁸¹. Todo esto, se decía antes, sólo en apariencia era una renuncia al nacionalismo particular, y que no era un acto de confraternidad, que, por otra parte, tampoco tenía por qué serlo, lo demuestra que en cuanto al representante de la cancillería «parua» se exigía la condición de catalán. Lo que sucedía en relación con el cargo de Vicecanciller, Regente de la Cancillería «magna» y Canciller «totius Coronae» es que Cataluña y Valencia carecían de una disposición como la del Fuero de 1461, repetidamente citado, que constituyera base jurídica para la pretensión. Por el contrario, no sólo se carecía, sino que ese mismo Fuero aseguraba una supremacía aragonesa, que sólo se podía contrarrestar pidiendo lo menos, fingiendo ignorar la existencia del Fuero y defendiendo el cargo de la invasión castellana, cortina de humo para escapar de las pretensiones aragonesas. Estas subsistieron, como era de suponer, no dejándose engañar por los cantos de sirena, y no sólo los órganos políticos insistieron en ellas, de los cuales se han citado diversos ejemplos, sino que la doctrina aragonesa, por lo demás siempre al servicio de los políticos, nunca dejó de sostenerlas. Molino, uno de los caracterizados comentaristas de los Fueros, decía que antes de los Fueros de Calatayud, el Vicecanciller, el Regente de la Cancillería y el Vicecanciller del primogénito o «documtenens cancellarii» podían ser alienígenas y extraños, pero que a partir de aquellos Fueros habían de ser «vere naturales, et nati, et domiciliati in Regno Aragonum et homines scientiae, et bonae famae, et abonati»⁸².

Este problema es el que agitó la institución del Vicecanciller, pero, en realidad, de forma leve, por lo que puede decirse que como tal institución de Vicecanciller existió pacíficamente

80. *Op. cit.*, dec. XVII, núm. 11.

81. *Op. cit.*, cap. X, núm. 6-7.

82. *Op. cit.*, fol. 333.

a lo largo de los siglos XVI y XVII. Tampoco en el primero de los siglos citados se discutió su ejercicio de la Presidencia del Consejo Supremo de Aragón. Había de llegar el siglo XVII, con sus concepciones tan diversas, para que esta posición fuera fuertemente conmovida.

8. *La situación política.*

Al estudiarse la crisis de las relaciones entre la Corte y la Corona de Aragón se suele fijar la atención en la época aparatosa de la secesión catalana, acercándose ya en una década a la mitad del siglo, y no puede negarse la razón para que así sea, pues al fin y al cabo, entonces es cuando esa crisis llega a su apogeo y a sus consecuencias últimas. Pero, no debe olvidarse que precisamente por ser el apogeo de una crisis, el origen no puede encontrarse en esta misma, sino que deberá producirse en años anteriores. Creo que la atención de los historiadores de esa crisis no debe dirigirse exclusivamente a los años 1640 y siguientes, sino trasladarse muy especialmente al bienio 1620-22, en el que se suceden los hechos importantes que fatalmente habrán de desembocar en las consecuencias ya conocidas, que pudieron hacer perder a España uno de sus territorios más ricos e interesantes, tanto material como culturalmente. Los territorios de la Corona se resisten a admitir a los Virreyes sin que previamente juren los Reyes la observancia de los fueros, costumbres y privilegios de cada uno de ellos, cuando, aunque siempre con protestas, lo habían consentido anteriormente; se crea una atmósfera de irritabilidad y de descontento, que voces autorizadas llegan a pensar en la pérdida de alguno de estos territorios. Por otra parte, en la Corte se observa una conducta muy distinta a la del siglo anterior. Carlos I, especialmente el Carlos de la madurez, y Felipe II observan una actitud de respeto a las normas particulares de los territorios: celebran Cortes, reciben las embajadas o representaciones de los órganos locales, reparan agravios, con frecuencia quitan la razón a sus oficiales, nombran naturales del país en los cargos tradicionales. Se dirá que Felipe II no respeta los Fueros de Aragón, pero amén de suceder ello en una sola

ocasión, y siempre hay excepciones en todas las conductas, ponderadamente hay que observar que tuvo bastantes razones, si no para «hacerlo», para «poder hacerlo». Perseguía a quien calificaba de «traidores», y éstos no representaban ningún interés de la Corona de Aragón. Al no respetar los fueros no lesionaba los intereses materiales del Reino, sino a lo sumo un sentimiento de generosidad o de compasión de los aragoneses, que hablaba muy alto del sentimiento de piedad de éstos hacia el débil, pero que era muy discutible desde el punto de vista, no ya de la política, sino del derecho público. Lo importante ahora es, que hoy el siglo xvi, y sin que ello sea incompatible con la comisión de errores de orden ético por Felipe II, nos muestra una Corona bastante respetuosa con las peculiaridades de los Reinos, y que en el siglo xvii ello ha variado de manera absoluta, observándose en la Corte una política agresiva contra las libertades de aquéllos, mediante la introducción de reformas en los principales órganos, y entre ellos el de la Corona de Aragón, o mejor dicho, de su Presidencia.

Pese a lo dicho anteriormente, no se crea que la política de los Austrias del xvii está desvinculada de la de sus antecesores del xvi. En sus líneas generales será una continuación, pero, de una parte, seguramente que por pérdida de autoridad, tropezaron con una resistencia mayor, y por otra, por exigencia de las nuevas circunstancias nacionales y europeas hubieron de forzar el ritmo de las reformas, con detrimento de éstas. Que era el mismo punto de vista se comprenderá al exponer los intentos de desarraigar al Vicecanciller de la Presidencia del Consejo de Aragón si anteriormente se hace mención de la creación del Consejo de Italia, por Felipe II en 3 de diciembre de 1559. Los asuntos de este país pertenecían a la jurisdicción del Consejo de Aragón pues a la Corona de Aragón pertenecían, pero en la mencionada fecha se creó el nuevo organismo para el control de los asuntos de Milán, Nápoles y Sicilia. Pudieron existir razones de tipo meramente funcional, porque un Consejo único no pudiera abarcar tan gran número de territorios, y en pro de ello se podría argumentar con el desgajamiento de los asuntos de Indias del Consejo de Castilla con la organización de su Consejo propio, pero no es ésta la opinión de los histo-

riadores que han estudiado con lucidez el problema. Koenigsberger, concretamente, piensa que Felipe II prefirió no extender la competencia del Consejo de Aragón, comprometido como estaba a sus ojos por las tradiciones catalanas, y no enteramente de confianza por el simple hecho de que su Presidente y cinco consejeros no eran castellanos⁸³. Obsérvese que como Presidente no nombró a un jurista, y aquél no tuvo voto en las materias legales, precisamente todo lo contrario de lo que sucedía con el Vicecanciller-Presidente del Consejo de Aragón. Los puntos de vista eran los mismos, pero lo que en el siglo XVI, mientras no se demuestre otra cosa, se realizó pacíficamente y sin que los Reinos se consideraran agraviados, en un proceso dentro de la Ley que convendrá estudiar en el futuro, en el siglo XVII no pudo intentarse sin soliviantar la opinión pública, sea por falta de autoridad en la Monarquía, sea por la utilización de medios no jurídicos.

9. *Períodos históricos en la Presidencia del Consejo.*

Dentro del referido bienio de 1620-22 se manifiesta la nueva actitud cortesana en lo referente al Consejo de Aragón. En 1622 había fallecido el Vicecanciller, Dr. Andrés Roig, de nacionalidad valenciana, y en lugar de designarse nuevo Vicecanciller para pasar a regir la Presidencia del Consejo, en 25 de julio se extendía nombramiento a favor del Licenciado Garci Pérez de Araciel, del Consejo de Justicia y Cámara de Castilla. Se encomendaba la presidencia a un jurista, pero que no tenía la condición de nativo y domiciliado en uno de los territorios de la Corona de Aragón, ni en consecuencia tampoco la de Vicecanciller. Por la protesta de los Reinos y la muerte prematura de Garci Pérez, parece que el privilegio no se le llegó a entregar ni a él, ni a su viuda Doña Antonia de Peñarieta⁸⁴. Las protestas fueron vanas, así como las peticiones de Aragón y de Valencia en Cortes de 1626, y así fueron Presidentes del Consejo de Aragón, esto es, ajenos a la Corona de Aragón y sin la condición de Vicecancilleres, el Marqués de Montescla-

83. Vid. KOENIGSBERGER, *op. cit.*, págs. 59 y 60.

84. ACA, C. de A., leg. 1.

ros, el Duque de Alburquerque⁸⁵, D. Enrique Pimentel, Obispo de Cuenca, y el Cardenal de Borja, los que al parecer ostentaron esa Presidencia en concepto de gobierno, de lo que se hablará más adelante.

No dejaron de insistir los Reinos en el nombramiento de Vicecanciller para la Presidencia, y en 28 de abril de 1645, el Rey, de conformidad con la Junta de las Cortes lo ofreció para cuando vacase el cargo ejercido entonces por el Cardenal de Borja, el cual ofreció la ocasión al morir en 28 de diciembre del mismo año. El Reino de Aragón envió una embajada a la Corte presidida por el Prior de Roda, en súplica de que nombrara a Don Antonio de Aragón, que después obtuvo el Cardelanato, y en 3 de noviembre de 1646 se conseguía el retorno de la Presidencia al Vicecanciller con el nombramiento del aragonés Bayetola⁸⁶. A la jubilación de éste siguió el del tantas veces mencionado Cristóbal Crespí, que desde 1642 había sido Regente bajo una de las Presidencias: la del «Eminentissimus Praeses Don Gaspar de Borgia et Velasco, S. R. E. Cardinalis, Archiepiscopus Hispalensis, et postea Toletanus»⁸⁷. Su petición de retirada, como se ha dicho en otro lugar, no fué admitida y ejerció el cargo hasta su muerte, nombrando la Reina Gobernadora en 1671 a Don Melchor de Navarra y Rocafull, que en 6 de septiembre de 1690 volvió a la Presidencia por vacante de Don Pedro de Aragón. Este, y anteriormente su hermano el Cardenal Don Pascual de Aragón, fueron admitidos como Presidentes a causa de su sangre real y por reputarse naturales, pues el primero incluso había sido Regente en concepto de catalán. Desde 1646, pues, con el nombramiento de Bayetola hasta 1692 puede considerarse restituida la Pre-

85. Vid. el poder en el doc. 2 del Apéndice.

86. Vid. la *Representación de los Diputados del Reyno de Aragón*, impreso, sin portada en el citado legajo del Consejo de Aragón, págs. 16 y siguientes.

87. Vid. la op. cit., de CRESPI: *Admonitio ad curiosis lectores*. En ésta se narra la carrera de aquél. Empezó como Abogado fiscal de la Audiencia de Valencia en 1632. En 1642 ascendió a Regente del Consejo Supremo de Aragón, perteneciendo también desde el año 1646 al Supremo Consejo de la Santa Cruzada. En 1652 fué elevado a la dignidad de Vicecanciller.

sidencia del Consejo de Aragón al Vicecanciller, aunque con la transitoria interrupción de los hermanos últimamente citados. En 1692 vuelve a aparecer la serie de Presidentes sin conexión con la Vicecancillería: en el citado año el Duque de Osuna; en 25 de enero de 1695 el Duque de Montalto, y en 16 de enero de 1698, el Conde de Frigiliana, aunque a éste en gobierno y sin sueldo manteniéndose en la propiedad y el goce al Duque de Montalto ⁸⁸.

10. *La oposición entre Vicecanciller y Presidente.*

Los Reinos protestaron siempre de la designación de Presidente en persona ajena al Vicecanciller. De muchas se tiene constancia, y especialmente están documentadas, como se dijo al principio, en los actos de juramento de los Virreyes, pero desde luego cuando la protesta no constó, no significó consentimiento. El propio Obispo Sentís, Virrey de Cataluña, hacía saber al Rey en 1624 que Diputados y Consejeros trataron de escribir directamente a los Reinos de Aragón y de Valencia cuando el nombramiento del Licenciado Garcí-Pérez de Araciel, pero desistieron «porque no les notassen de commouedores» ⁸⁹. Conforme a la tónica general de la época menudearon las embajadas a la Corte, y también las negativas del Rey a que se las dejará comparecer. Junto a esto, dictámenes, consultas, informes, opiniones, es decir, un juego de ideas y de doctrinas, cuyo conocimiento es indispensable para la Historia del Derecho, que no puede nutrirse tan sólo de realidades institucionales, sino de las doctrinas que pudieron hacer posible éstas en la forma que lo fueron.

Frente a frente, se encuentran dos posiciones radicalmente distintas en el siglo xvii, y en referencia al caso concreto que nos ocupa. Vulgarizando el asunto podría decirse que para unos la Presidencia del Consejo de Aragón corresponde al Vicecanciller, mientras que para los otros no existe tal adscripción, y en consecuencia la citada presidencia puede ser ocu-

88. ACA, C. de A., leg. 1.

89. Informe del Consejo en 4 de noviembre de 1624, en ACA, C. de A. leg. 1.

pada tanto por el Vicecanciller como por otro cualquiera. Su-tilizando más, puede decirse que según los primeros, el Consejo de Aragón está compuesto por el Vicecanciller y los Regentes, o sea, que en realidad ni cabe hablar de Presidencia, ya que tiene un carácter nato y al mismo tiempo el Vicecanciller es un miembro más del Consejo, que entiende en los asuntos como los demás y vota como los demás, si bien su voto sea de calidad y dirima los casos de paridad. Aquí, la dirección del Consejo no está «fuera» de él o «por encima» de él, sino «dentro» de él. En consecuencia, el término «Presidente» queda eliminado prácticamente, para existir únicamente el de «Vicecanciller». Para la otra posición, por el contrario, el término que desaparece es este último, pues si ejerce la Presidencia no será por tener la condición de Vicecanciller, sino por haber recaído en él como podía haberlo sido en el Protonotario o en el Maestro Racional, pongamos por caso. Aquí, la Presidencia está «fuera» del Consejo, tan externamente que su papel es dirigir los debates, pero asépticamente, sin entrometerse en ellos, sin deliberar ni votar, ni en consecuencia decidir ningún caso de paridad. De todo esto se deduce que puede resumirse la posición de unos y otros con la forma resumida de que los primeros defienden la existencia de Vicecanciller y los segundos de Presidente, y estará justificado ahora que diputados y consejeros catalanes en el acto del juramento del Virrey Duque de la Feria se alarmaran ante una firma que decía solamente: «Episcopus Praeses». ¿Será preciso explicar qué les iba a unos y a otros en la contienda a la vista de la trayectoria explicada en los capítulos anteriores? Defender un Vicecanciller significaba tener al frente del organismo supremo de la Corona a un jurista, y un jurista nativo. A su vez, un jurista significaba el mejor valladar a todo decisionismo político, porque es menester insistir mucho en la gran importancia que en la Historia tiene el elemento ideográfico profesional, mayor a mi juicio en muchas ocasiones que el económico en que se ha fundado la concepción clasista, pues en el quehacer histórico de nuestros días no es fácil que la llamada clase media actúe en la misma forma que la clase obrera aunque económicamente esté equiparada a ella. Una fuerte preparación

jurídica dota al jurista que se siente como tal y como tal actúa, pues también el carnicero puede hacer accidentalmente de zapatero, de un sentimiento de firme respeto y sujeción a la norma, totalmente contrario a todo tipo de decisión que pretenda pasar por encima de ésta. Si a ello se unía el que el jurista fuera nativo, se aseguraba ciertamente la observancia del entresijo de normas que regulaba la vida particular de los reinos, y se colocaba una traba ciertamente importante a la natural inclinación de los Monarcas a obrar conforme a su propia voluntad. Para éstos, por el contrario, imponer un Presidente significaba una grieta más en el conjunto de privilegios y usos de los territorios y la liberación de la sujeción rígida de la norma, introduciendo en el gobierno del Consejo, castellanos afectos a la política cortesana. Ya se dijo anteriormente que no otra cosa debió de mover a Felipe II en la creación del Consejo de Italia, y esto es lo que indujo al Conde-Duque de Olivares, tan conocido por su política centralista, especialmente anticatalana, a dar el golpe de mano en la Presidencia del Consejo de Aragón. Obsérvese que la primera reforma fué aún en cierta manera tímida, pues la transformación afectó sólo a la nacionalidad, sustituyendo un jurista mediterráneo-aragonés por un jurista castellano, pero inmediatamente se profundizó. Quizá alentaría a ello el haber encontrado menor resistencia de la que se esperaba, pero, sobre todo, porque una reforma de aquel carácter no podía quedar a medias, y no podía satisfacer la sustitución de un jurista por otro, sino la entronización de otra clase más propicia al decisionismo real, como lo era la llamada «de capa y espada». Los puestos claves de la Monarquía en los territorios que no eran la propia Castilla, eran los virreinos, que todos eran proveídos en personajes de la nobleza, tanto los indianos como los mediterráneo-aragoneses. Sin instrucción jurídica, y en el fondo con un absoluto desprecio a la cultura de este tipo, profundamente afectos a la persona del Rey, pues eran hechura de él y le debían todo lo que eran y en él cifraban todo su porvenir, estos hombres eran los ideales para desempeñar las funciones ejecutivas. Uno de estos hombres al frente del Consejo de Aragón significaba un contrapeso a la influencia de los Regentes, juristas todos ellos

de los Reinos de la Corona de Aragón, que aportaban al mismo las ideas de sus connaturales por más que lo hicieran más templadamente por su propio acercamiento al Monarca. El Presidente era para el Rey la garantía de que en el dictamen emitido por el Consejo eran tenidas más en cuenta sus intereses que los de los propios territorios de la Corona, en el caso de que hubiera contraposición, que no siempre había de producirse inevitablemente. Si esto puede decirse de la función consultiva y política, piénsese también en lo que sucedería con la función judicial y con la jurisdicción en general, si no demasiado importante en el aspecto contencioso, verdaderamente decisiva en la de carácter gracioso, e igualmente en todo lo referente al nombramiento de los oficios de dignidad, en los que la resolución real tenía como precedente obligado la propuesta del Consejo.

La pugna, pues, por la existencia de Vicecanciller o de Presidente tuvo como sujetos principales al Rey y la Corte de un lado, y los Reinos y Principados peninsulares integrantes de la Corona de Aragón, por otro, y como objeto principal la cuestión de la nacionalidad, pero no debe olvidarse que junto a ello existió una verdadera lucha de clases o grupos sociales entre la gente de capa y espada por un lado y la gente de toga o «garnachas» de otra. Desde el primer momento, éstos dominaron el Consejo, pero su terreno fué minado en parte con la intervención del Tesorero general, de «capa y espada», y en 1626 puede verse a las Cortes aragonesas, por boca de sus cuatro brazos, pidiendo que en adelante hubiera uno o dos consejeros de capa y espada aragoneses, como los había por Valencia, basándose en que por lo que se refería al Reino de Aragón todo lo que se trataba en el Consejo eran materias de estado, gracia, gobierno y guerra, y ninguno de Justicia ⁹⁰, prometiendo el Conde de Monterrey en nombre del Monarca tener cuidado en ocupar en el Consejo los sujetos de capa y espada que fueren a propósito para su servicio. El nombramiento de Presidente fué un gran triunfo de esta clase sobre la de los juristas, que de dominar todo el Consejo en el momento de su creación pasa-

90. SAVALL Y PENEN, *Op. cit.*, pág. 458

ron a desempeñar un papel mayoritario, pero de menor calidad, dada la importancia del Presidente y del Tesorero general. Así, dos problemas diferentes, marcharon entrecruzados: el de los nacionalismos y el de los grupos sociales, pero como los grupos sociales siempre tienen una nota de internacionalidad, la solidaridad se manifestó más fuertemente en la cuestión de la nacionalidad, y se quebró o fué más floja en la de a qué clase social debía corresponder. Esto parece deducirse especialmente de un Memorial del Obispo de Huesca y de Don Pedro Arbues y Baietola, Diputados del Reino de Aragón, sin fechar pero de fines del siglo xvii⁹¹. Se trata de un segundo memorial, pues aluden expresamente al primero, de 17 de agosto, sin indicación del año, y al que hubo respuesta real. En este segundo memorial se contiene, desde luego, una defensa del Vicecanciller, cuyos argumentos serán recogidos al exponer los de una y de otra parte, pero aquí lo importante es señalar que en este segundo memorial desisten de la instancia primera, sacrificando sus intereses a los derechos de su Majestad. ¿A qué renuncian? Renuncian al Vicecanciller, pues en otro lugar dicen que por no descorrer los arcanos, etc. que puedan existir «en caso de hallar superiores ignorados motivos para nombrar Presidente se sirva mandar nombrarle natural de aquellos Reinos». Que a finales del siglo, y puesto que a la nacionalidad no se renuncia, Vicecanciller viene a ser en la pugna tanto como jurista, y Presidente tanto como noble, lo demuestra otro

91. Este Memorial se encuentra en el M. s. 330/119 de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, entre los papeles pertenecientes al Dr. Juan Luis López, Marqués del Risco, nacido en Zaragoza entre 1640-1650. Este ilustre jurista, que ejerció la abogacía, fué asesor de la Bailía de Aragón, y se trasladó a Indias como alcalde del crimen de Lima, llevado por Don Melchor de Navarra, Duque de la Palata, cuando éste fué nombrado Virrey del Perú. El Marqués del Risco fué también en Indias Gobernador de Huancavelica, y regresado a España fué de Fiscal al Consejo de Aragón, llegando finalmente a ser Regente en el mismo. Todos estos datos han sido dados por el Profesor Antonio MUÑOZ OREJÓN, en el trabajo titulado: *El Dr. Juan Luis López, Marqués del Risco, y sus comentarios a la Recopilación de Indias*, publicado en el tomo XVII del AHDE, año 1946, págs. 785-864. En el indicado trabajo, y en la nota 23, se dan noticias sobre el Memorial sobre el Vicecanciller.

de los períodos del documento, donde se lee: «No se arregla V. M. en otros Consejos de sus largos Dominios a más forma que a su maior servicio, eligiendo según éste, en las primeras sillas, ya Títulos, ya Togados, ya con nombre de Presidentes, y ya con voz de Gobernadores, porque atendiendo sólo a los aciertos de Gobierno, desestima V. M. los varios sonidos de vocablo». El Rey desestima los sonidos de vocablo, pero lo que resulta cierto es que empleando el de Presidentes o de Gobernadores, y no el de Vicecancilleres, elige libremente entre títulos y togados, mientras que con el nombre de Vicecanciller sólo hubiera podido elegir jurista. Los Diputados del Reino de Aragón dicen que no insisten en el nombre, y se reducen a lo otro, con lo que en forma clara se contiene una renuncia a la vinculación del cargo en un jurista, para sólo pedir que el Presidente, ya título ya togado, sea natural de los Reinos. Si esta claudicación se pone en relación con la petición de que se ha hablado en las Cortes de 1626 de nombramiento de consejeros de capa y espada en el Consejo de Aragón, no habrá más remedio que concluir que los intereses de clase o grupo social habían quebrado la solidaridad en la defensa del Vicecanciller, solidaridad que se mantenía firme en lo referente a la nacionalidad del que hubiera de dirigir el Consejo de Aragón.

II. *La argumentación de los dos bandos.*

Independientemente de esta claudicación parcial, por otra parte sobrevinida a finales del siglo, ¿cómo defendieron unos y otros sus posiciones en defensa del Vicecanciller o del Presidente? Los argumentos se encuentran expuestos en las consultas del Consejo de Aragón y en las Representaciones o Memoriales redactados por los Diputados de los Reinos. En las Consultas del Consejo no siempre hubo unanimidad, y precisamente eso confirma la lucha de clases o grupos sociales a que se ha aludido anteriormente. Existió mientras el Consejo fué homogéneo con mayoría abrumadora de juristas, pero se escindió al restarles importancia los consejeros de capa y espada. Ejemplo de ello lo tenemos en un importante dictamen, pronunciado en 13 de septiembre de 1688. Adoptado por ma-

yoría, el dictamen es favorable al Vicecanciller, pero porque como se ha dicho, los juristas nunca dejaron de estar en situación mayoritaria, pero el dictamen no está adoptado por unanimidad, y los votos favorables son sólo los de los juristas: Don Antonio de Calatayud, Don Juan Bautista Pastor, Don José Rull, Don Francisco Comes y Torró y Don Francisco Cimente. Al lado del dictamen, rico en sugerencias jurídicas, se encuentra un voto particular, que es el de los títulos: Don Pedro Antonio de Aragón, y los Marqueses de Castelnobo, de Canales y de Villalba, que se reconocen, quizá con cierto orgullo, «legos en la profesión de la judicatura», y que demostrando que efectivamente lo son no hacen sino basarse en argumentos puramente de hecho, como el de haber visto lo bien que habían estado gobernados por Presidentes. Como nunca faltan las tendencias conciliadoras, el voto del Marqués de Hariza fue intermedio ⁹².

La lucha ideológica está entablada, como es natural, desde el nombramiento del primer Presidente, pero la acumulación de argumentos se halla en las postrimerías del siglo, o sea, en la segunda etapa presidencial, cuando después de instaurada la Vicecancillería en la etapa 1646, con el reinado de Carlos II se vuelve a reemprender la política que iniciara Felipe IV y el Conde-Duque de Olivares. Para una exposición de los argumentos inteligible se hace precisa una sistematización por conceptos, que es lo que se intenta a continuación. Un grupo de argumentos toma como base la importancia y dignidad del Vicecanciller; otro grupo de argumentos gira en torno a la interpretación de los textos legales, y otro, finalmente, toma como base de discusión la observancia y la práctica.

Primer grupo de argumentos. Una exaltación de la figura del Vicecanciller conduce inevitablemente a una adscripción al mismo de la Presidencia del Consejo de Aragón. Se comprende que si el Vicecanciller es una suma magistratura después del Rey, y el Consejo de Aragón es un Consejo «Supremo», el uno está hecho para el otro. Para poder concluirse así, los partidarios del Vicecanciller desarrollan tres puntos: a) la identidad

92. ACA, C. de A., leg. 1.

de Canciller y Vicecanciller; *b*) la universalidad del Vicecanciller, y *c*) las dotes que le acompañan. Los Diputados valencianos, en la Representación de que se ha hecho mención, para el primer punto se basan en tres autoridades: la de Budeo, la de Calepino y la de Belluga. Al primero, que fué Gran Canciller francés, lo utilizan para exaltar la dignidad del Canciller, reproduciendo su opinión de que «*Est ille magistratus inter Togatos summus, cuius domus (quod Nomophylacium dicitur verbo prisco) iuris custodia, legum ac constitutionum praesidium, oppresorum asyllum, flagitiorum scopulos, aequitatis officina, ara supplicum, et iure summo lapsorum adminiculum esse debet*». De Calepino, cuya obra tuvo en su tiempo un prestigio muchísimo mayor que el conservado posteriormente, aprovecharon su definición del que actúa haciendo las veces de otro, que decía: «*Vice alterius fungi dicimus eum qui alterius locum supplet, absentisque munere fungitur, et cum Lunam dicimus Solis vicem supplere: hoc est eosdem usus praebere quos Sol praesens exhiberet*», y que con imagen muy gráfica venía a establecer una casi identidad entre el principal y el sustituto. Pedro de Belluga, el gran jurista valenciano, venía a cerrar ese a modo de cadena silogística al establecer que «*Nam in manu dextra Principis sedet gloriosissimus Quaestor, qui hodie Cancellarius & Vicecancellarius etiam appellatur*». Los Diputados valencianos podían así concluir que «*El Oficio de Vicecanciller haze las vezes del Cancellor, la misma voz lo denota, y assi esta constituydo en sus mismas operaciones*».

El segundo punto dentro del primer núcleo de argumentos, fué más desarrollado por los representantes catalanes, cuya doctrina, como sabemos, había tenido interés en destacar siempre la universalidad del Vicecanciller. Explican el origen por las ausencias del Canciller y no poder seguir éste a la Corte ni asistir a los negocios criminales por su condición de eclesiástico; el carácter de únicos en toda la Corona de Canciller y Vicecanciller, instituidos para la administración universal de la Casa Real y de la justicia en todos los Reinos; insertan parte dispositiva del nombramiento de Valentín Claver a la muerte de Juan de Funes en 20 de septiembre de 1451, en que se le

instituye universalmente, y concluyen siempre que no hubo nunca un Vicecanciller particular de Cataluña.

El tercer punto se encuentra en todos, como es natural. Los catalanes destacan la convocación de cortes generales en Tarragona en 1484, hecha por el Vicecanciller, y es sabido que la convocación de cortes para la doctrina catalana es piedra de toque del poder de una magistratura, cosa que niegan generalmente a los Virreyes. Después de esto, y siguiendo a Oliba, se fijan en la facultad de firmar los despachos reales de justicia, citando incluso el caso concreto del contrafuero de 1578 por no firmar el Vicecanciller el despacho del Virrey Fernando de Toledo, «contrafacción» que hubo de repararse. En el Consejo de Aragón, donde naturalmente había de recogerse este punto, adopta otras características, en cuanto se atiende menos a la dignidad o aspecto formal, que a la eficiencia y la idoneidad que había de tener el Vicecanciller. En la famosa consulta de 1688 se expresa como para serlo «es preciso que concurren en su persona la ciencia especulativa y práctica en grado muy especial y útil», insistiendo en su conocimiento de las leyes «municipales» en tanto el Presidente «remoto de la inteligencia de las Leyes, fueros y constituciones ha de mendigar las noticias de que necesita». Muy interesante, porque se manifestaba allí los intereses de grupo social es la expresión: «...el priobar a una Profesión como la de la jurisprudencia (en que estriba la conserbación de las Monarchias) de un estímulo tan glorioso...»

A la vista de todos estos argumentos, fácil es deducir cuáles fueron los opuestos. No se podía tratar de discutir la dignidad de la Cancillería, pero se podía no reconocer la del Vicecanciller, o atribuir a éste una jurisdicción particular en un Reino, o, sobre todo, y esto es lo que se contiene en el voto desfavorable del Presidente del Consejo y tres ministros en un dictamen, se podía defender que el cargo de Vicecanciller había cambiado y su jurisdicción no era la misma que la que había tenido en otros tiempos. Sobre todo, se destacaba que el Canciller, en otros tiempos de todos los Reinos, en la actualidad sólo lo era de Cataluña, cuando por otra parte aquél tenía más dignidad que éste. La exposición de los primeros capítulos de este

trabajo permite comprender bien hasta qué punto podían tener razón los que utilizaban esta argumentación

Segundo grupo de argumentos. Este era de carácter netamente jurídico. Se trataba de interpretar los textos legales, y éstos eran fundamentalmente dos, como sabemos: la Constitución de la Reina María y la Pragmática de creación del Consejo. Ambas disposiciones, como las Ordenanzas Reales tantas veces citadas, eran textos muy antiguos. De estas últimas se estimaba por los partidarios del Presidente que habían sido derogadas, en tanto los del Vicecanciller afirmaban que no podían haberlo sido por el Rey, en tanto habían adquirido fuerza de fueros. Los dos razonamientos aparecerán claros para los que hayan seguido los primeros capítulos de este trabajo. Con respecto a los dos textos que hemos calificado de fundamentales, no pareció suscitarse duda alguna. En 30 de septiembre de 1677, a la muerte del Cardenal de Aragón, Miguel Calba se inclinaba a la opinión de poderse nombrar indistintamente Vicecanciller o Presidente por no haber ley en los Reinos que lo prohibiera⁹³, pero no era sino argucias de jurista. Calba, Regente en el Consejo y muy adicto a la Corona, recurría a esa inexistencia de ley que prohibiera el nombramiento de Presidente precisamente porque no podía alegar la falta de vigencia de los otros textos legales. Contra la Constitución de la Reina María se esgrimieron dos argumentos importantes. Uno de ellos era el que habiéndose promulgado en Cortes para Cataluña, el Canciller y Vicecanciller instituidos lo habían sido con carácter particular para el Principado, y el otro, que en 1422, fecha de la citada Constitución, el Consejo de Aragón no había sido creado. Especialmente del primer argumento ya se habló al tratar de la evolución de la institución del Vicecanciller. Los partidarios de éste contraatacaron con la afirmación de la nota de universalidad. Que esta nota era cierto se ha visto en capítulos anteriores; ahora, bien, que pudiera basarse en la Constitución de la Reina María era otra cosa, y ahí no debieron pisar tierra muy firme. No obstante, los argumentos que se emplearon por los representantes catalanes fueron muy interesan-

93. Id. id.

tes para que dejen de hacerse constar. Según ellos, en la representación impresa de que se ha hecho mención y basándose en Pujades, Bosch y Xammar, después de la unión de los Reinos, refiriéndose a la de Aragón con Cataluña, la residencia real fué Cataluña, alegando que los Reyes murieron en Barcelona, teniendo su Panteón Real en Poblet, las Ordenanzas para la Real Casa de Pedro IV se redactaron en catalán y con el testimonio de una serie de pragmáticas de las que se desprendía estar la Corte y Cancillería en Cataluña. La argumentación era curiosa, pero no verdadera, pues durante la Edad Media no puede hablarse ni en Castilla ni en la Corona de Aragón de una Corte estable y oficial, por muchas preferencias que los Reyes tuvieran a una ciudad o territorio determinado. Con respecto al hecho de que el Consejo de Aragón no estaba creado en 1422, los catalanes alegaron la existencia de un Consejo, aunque en forma diferente del actual, en el que siempre Canciller y Vicecanciller actuaron como Presidentes, citando una sentencia de Jaime II en 18 de diciembre de 1321, donde se dice textualmente: «...intellecta relatione Nobis facta per dictum Vicecancellarium nostrum... examinato dicto negotio in nostro Consilio...»

Por lo demás, la citada Constitución no dejó de ser alegada en todo el siglo XVII, incluso por los miembros del Consejo, como puede verse en el dictamen de 1688.

Sobre la Pragmática de creación del Consejo ya se habló al exponerse la creación de éste, y se indicó las dificultades de interpretación a que podía dar lugar. Los partidarios del Presidente alegaron, pues, que no se instituía al Vicecanciller como tal, sino concretamente a Alfonso de la Cauallería. Los enemigos del Presidente estimaron lo contrario, y los catalanes concretamente señalaron que al citado Alfonso de la Cavallería no se le otorgó nuevo privilegio al crearse el Consejo, lo que parece que hubiera tenido que hacerse si hubiese sido nombrado Presidente del Consejo por su persona y no por su cargo. Los valencianos indicaron que alterar «las ancianas calificaciones de los años» se permite «quando la nobedad produce los dos grandes effectos de mejorar lo pasado y auctorizar mas lo presente», pues si no, peligra el remedio «causando solo la no-

bedad poca firmeza en las leyes y una temerosa esperanza en los melancólicos, de que todas se muden», señalando que precisamente así lo acreditó la «estudiosa y feliz política del Rey Don Fernando el Católico», que «anteviendo los peligros de crear nuevos magistrados reconociéndose precisos en su Corte ministros, tomó tan diestro el pulso de la necesidad» conservó los conocidos en los fueros, se conformó con la constitución de la Reina María y «sin nombrar nuevo Vicecanciller, mandó que el que lo era universal de la Corona que presidía en la Chancillería y Consejo Supremo de los Señores Reyes de Aragón presidiese en el que trasladó a su Corte de Madrid».

He utilizado los mismos párrafos empleados por la representación valenciana por lo castizo de la redacción y porque resumen bien la interpretación de la Pragmática en los territorios, convencidos de que Fernando el Católico había creado un instrumento nuevo valiéndose de los materiales viejos, y sin innovación en las leyes particulares. Junto a esta interpretación, que pudiéramos llamar política, el Consejo, en el dictamen de 1688, dió la interpretación que pudiéramos llamar «jurídica», y cuya parte fundamental transcribo por su interés. Decía así: «Ofrécese al Consejo una ponderación literal derivada de la Pragmática que el Sr. Rey Don Fernando hizo para la fundación deste Consejo suponiendo que en ella declaro su Real ánimo de hacer un Consejo el más authorizado y docto que le fuese posible para la administración de la justicia, y que la caveza y Ministros del tubieran unas mismas calidades como un cuerpo eterogéneo, que lo que tienen los miembros tenga la Caveza, explicándose que Caveza y Ministros votasen en las causas civiles y criminales, con la preheminencia que dió a la cabeza en igualdad de votos, supónese también, por cierto, que en aquel tiempo havia Cancellor (el mayor Personado que se conocía en la Jurisprudencia, y el Vicecanciller que era el segundo) y como el Sr. Rey Don Fernando hizo el Consejo con las calidades eterogéneas, no puso al Cancellor por su Cabeza, sino al Vicecanciller porque aquel no podía botar las causas criminales, como los Ministros y el Vicecanciller sí, pues si conforme a este literal discurso de la Pragmática no dió facultad el Sr. Rey Don Fernando de nombrar Cancellor porque le fal-

taba una parte para ser eterogéneo, como la daría para nombrar Presidente que le falta el todo en Causas Criminales y Civiles. Y assi debe entenderse que se ha de nombrar Vicecanciller y no Presidente». El texto es suficientemente claro, si no fuera por la expresión «eterogéneo», que no cabe la menor duda que al menos en nuestros días está empleado por el contrario en el sentido de «homogéneo». El Consejo, con gran lucidez y desentendiéndose de una vulgar discusión literal sobre las personas nombradas, atiende a la sustancialidad del órgano creado, que era el de un cuerpo homogéneo, integrado todo él por personas de la misma calidad: juristas que pudieran decidir en las causas civiles y criminales, hasta el punto de ser éste el motivo de que se incluyera el Vicecanciller en lugar del Canciller. La creación de un Presidente, recuérdese lo dicho sobre las diferencias entre un Vicecanciller y un Presidente, suponía introducir un elemento extraño de distinta condición, en contradicción con el carácter de homogeneidad que inspiró la Pragmática.

Tercer grupo de argumentos. En las disputas jurídicas de este siglo nunca falta la observancia y el precedente, con importancia a veces casi igual al de la norma. En el dictamen de 1688, el Consejo hablaba de «la inconcusa obseruancia de hauer hauido Vicecancelleres desde lo que fundo el Sr. Rey Católico hasta que las ideas del Conde Duque hicieron variar esta costumbre con tanto dolor de los naturales y deseruiçio de su Magestad» y señalaba que si bien desde 1623 hasta 1645 había habido Presidentes, los Reinos habían disentido, hasta que el propio Rey en 1645 «después que no tuvo a su lado al Conde Duque» por súplicas del Reino de Aragón mandó restituirlo, nombrándose a Bayetola y a Crespí, y ordenando en el testamento que no se innovase nada, siguiéndose el nombramiento de Vicecancelleres con la Reina Madre, que designó a Don Melchor de Navarra en 1671. Frente a argumentos esgrimidos por los contrarios, en el citado dictamen se afirma que si Covarrubias, valenciano, fué a Cataluña y no ejerció jurisdicción, pudo haber dejado de hacerlo por otros motivos más graves, como el de las Cortes de 1599, y si a Frigola, en Aragón hubieron de

habilitarle las Cortes, esto fué por haber fuero que limita la jurisdicción del Vicecanciller no natural.»

Lo transitorio de la Presidencia fué alegado en el Memorial del Obispo de Huesca y D. Pedro Arbués Baietola, diciendo: «No halla presidio ni en los exemplares ni en los años la novedad de los Presidentes tan temporalmente introducida que apenas se miró creada, quando se vio cancelada, e interrumpida, y siendo la interrupción de Presidentes tan favorables a los antiguos derechos de Vicecancilleres, es más poderosa al respecto por la Real mano que la executó, pues reconociendo el Sr. Rey Philipe, glorioso padre de V. M. quando importaba a su Real servicio no derogar el officio de Vicecanciller y dexar de continuar el de Presidentes, conservo el officio primero nombrando Vicecanciller a Don Mathias de Baietola y Cabanillas por noviembre del año de 1646, cediendo de qualquier derecho que le pudiese tocar a su Regalia, y protestando con la restitución al officio antiguo de los Vicecancilleres la ninguna utilidad del moderno de los Presidentes...»

Contra el posible precedente a invocar de Gatinara y de Perenoto se levantaban los diputados catalanes, afirmando que éstos fueron Cancilleres de Nápoles y participaron del Consejo por estar unidos los asuntos de Italia, hasta la creación del particular para este país. Admitían que Gatinara hubiera presidido por darle realce el Emperador, y que Perenoto Granvela firmó en las provisiones, pero sin título, constando junto a él la firma de Miguel May como Vicecanciller.

Por su parte, los partidarios de la Presidencia, invocaron el nombramiento de Don Pedro de Aragón, sin que lo reprobaran, antes bien dando Aragón y Valencia las gracias por el mismo. Sutileza empleada por los mismos, fué la de fijarse en que las Cortes de 1646 «suplicaron» el nombramiento de Vicecanciller, cuando no se suplica de lo que es fuero, y aún invocaron el testimonio del libro de Crespí, en quanto éste decía que el Rey tenía la facultad de nombrar Presidente o Vicecanciller. Como los partidarios de esta última institución hablaban siempre de que padecería la justicia con la inexistencia de éste, los del Presidente manifestaron que no se había quebrantado aquélla durante el período de Presidencia, y aún se fijaron en

que siendo Vicecanciller Don Melchor de Navarra éste se abstenía de votar, por lo que de poco valía tuviera tal condición, a lo que se contestó por los juristas que el que no usara de la prerrogativa en una ocasión no significaba que no hiciera falta, pudiendo haber tenido motivo para ello, y que con ello no se perjudicó derecho de partes.

12. *El ejercicio de la Presidencia en propiedad y «en gobierno».*

Así pueden quedar resumidos en grandes trazos los argumentos empleados por una y otra parte en defensa del Vicecanciller o del Presidente, respectivamente, y las diferencias conceptuales que separaban a uno y otro, pero ya dentro de la exclusividad de este último no hay que pasar por alto algo a lo que se ha hecho mención, y es que esta Presidencia pudo ejercerse en propiedad y «en gobierno». Durante la Edad Media es normal que el titular de un oficio no pueda ejercerlo por sí mismo, y lo haga entonces a través de un lugarteniente o un regente. Suele tratarse de una imposibilidad física, ya sea por enfermedad o ausencia, ya sea por lo dilatado del cargo, excesivo para una persona sola. Esto deviene después en corruptela, pues lo que suele suceder entonces es que el titular, pudiéndolo ejercer por sí no lo hace por comodidad, o por razón de dignidad u otros motivos que no justificaría en nuestro modo de ver su inactividad, pero que, sin embargo, no quiere renunciar a los emolumentos que del mismo puedan desprenderse. Entonces, retiene la titularidad con percepción de los derechos, mientras la efectividad del ejercicio corresponde a otra persona, a quien remunera el titular de los indicados derechos provenientes del cargo. Esto está extraordinariamente difundido en la época de los Austrias, en que la posesión de un oficio se considera más un «derecho» que un deber, y en que los Reyes retribuyen los servicios frecuentemente con la titularidad de oficios. Surge entonces una división muy marcada entre el ejerciente de un oficio, que posee la titularidad y el que solamente lo posee en concepto de «gobierno». A su vez, entonces, los Monarcas procuran en la medida de lo posible no encomendar los oficios en propiedad, si no es a cambio de unos servicios o

de un donativo del que tengan verdadera necesidad, pues los titulares invocan unos derechos que impiden su libre remoción. Si los servicios o el donativo no se requieren por el Monarca, éste prefiere encomendar el oficio «en gobierno», por cuanto existe una situación de «precario», utilizando un término de derecho privado sin derecho a la exigencia de unos emolumentos determinados ni a la detentación durante un período prefijado. Quizá el nombramiento del Licenciado Garci-Pérez de Araciel no tendría este carácter, pues se buscaría la mayor similitud posible con el Vicecanciller aragonés, pero ya los nombramientos siguientes, recaídos en nobles castellanos se encomendaron «en gobierno»⁹⁴. Se ha indicado ya como después de un período en que el Duque de Montalto ejerció la Presidencia, teniendo la titularidad de ella, continuó a partir de 1698 con ella, nombrándose, sin embargo, «en gobierno» al Conde de Frigiliana. El nombramiento de éste se hizo con la cláusula de sin sueldo, ya que el sueldo correspondía al titular, Duque de Montalto. Naturalmente que el Conde de Frigiliana no actuaría gratuitamente, pero recibiría unos emolumentos inferiores, y además lo sería en concepto de gratificación y con carácter variable, y no como sueldo con asignación fija y periódica. Sobre esto no debió existir una regulación normativa. Del mismo Memorial citado del Obispo de Huesca y de Don Pedro Arbués Bayetola se desprende que el Rey, en la contestación al primer memorial, no daba importancia a los títulos, y entre ellos a los de Gobernadores y Presidentes, pero no cabe duda que en la práctica se moldearon en la forma dicha, y que no tenía tan poca importancia la distinción como el Monarca quería hacer ver cuando le convenía. Al menos, es de suponer que así le parecería al Conde de Frigiliana.

13. *El ejercicio de las interinidades.*

Otro aspecto importante de la institución del Presidente lo ofrece la solución de las interinidades. En 23 de marzo de 1671, el Consejo da cuenta al Rey de la muerte de Crespí, y en

94. Vid. el nombramiento del Duque de Alburquerque en Apéndice, doc. 2.

decreto del día siguiente el Monarca decreta que mientras no se proveyera preside «como le toca por su officio de Thesorero general el Príncipe de Estillano»⁹⁵. Este Decreto se encuentra dentro de la misma línea que había conducido a la nominación de Presidentes. Si la Presidencia correspondía al Vicecanciller, como hizo notar justamente el Consejo, la interinidad correspondía al Regente de la Cancillería, pero con inferior representación, como sucede al Deán y Cabildo con el Obispo. En el mismo dictamen se destacaba justamente que una cosa era el «preceder» como Tesorero y otra el «presidir». No se olvide que el Tesorero era Consejero de Capa y Espada, que en el Consejo había pasado a ejercer grandes prerrogativas, aunque como es natural nunca debiera intervenir en los asuntos de justicia, pues no era letrado.

La política real que llevaba a la Presidencia a un título es natural que la sustituyera en la interinidad con otro título. De hecho, efectivamente les ejercieron, y así lo vemos también cuando en 1691 circularon los rumores de haber muerto Don Melchor de Navarra, en que el Tesorero Don Alonso de Guzmán fué el que recibió las órdenes del Rey de que no se tratara nada hasta que se confirmara el fallecimiento, que efectivamente tuvo lugar en Portobelo. En una consulta del propio Consejo, de 23 de octubre de 1690, se reconoce, si bien se indica que en el inicio de su cargo se les añade que es una gracia interina, «que sólo le da el presidir y embiar las consultas... sin tener título de propiedad». Anteriormente, en 1671, un informe del Consejo, obra principalmente del Regente Juan Francisco Fernández de Heredia, señaló, sin embargo, la incompatibilidad de los cargos de presidir y de tesorero, por las cuentas que había de dar éste de lo que percibía, pero sin que este informe tuviera gran eficacia, contra un cargo, que ya en las Cortes aragonesas precedía a la mano derecha, según refiere el cronista Jerónimo de Blancas⁹⁶.

95. Consulta de 4 de marzo de 1671, ACA, C. de A., leg. 1.

96. *Comentarios de las cosas de Aragón*. Trad. del P. Miguel Hernández. Zaragoza, 1878, Apéndice, pág. 532:

14. *El nombramiento.*

Dentro de esta serie de notas que diferencian al Presidente y le distancian definitivamente del Vicecanciller debe mostrarse la del propio poder donde se plasma su titularidad. Si comparamos los nombramientos de uno y otro ⁹⁷ podremos observar que el del Vicecanciller está extendido en latín, con arreglo a las fórmulas solemnes de la Cancillería aragonesa, mientras en el de Presidente se ha empleado ya el castellano. Mientras en el del Vicecanciller se habla expresamente de la observancia de normas especiales de territorios de la Corona de Aragón, en el de Presidente se ha omitido toda mención de ello, para sólo referirse a la defensa de las regalías y del patrimonio real. Se ha conservado la forma en lo que se refiere a distintas partes del documento, pero en la lengua empleada y en la sustancialidad se ha abierto un profundo abismo entre uno y otro oficio.

15. *El juramento.*

Como todos los cargos de la época, continúa la obligación de prestar juramento. Podemos tomar como ejemplo el prestado en 19 de enero de 1698, ya en las postrimerías de la institución, por Don Rodrigo Manrique de Lara, Conde de Frigiliana, que realiza ante los cuatro evangelios, tocándolos con las manos corporalmente, y bajando después a la pieza del Consejo para oír sentencia de excomunión. Lo presta directamente en manos del Rey, y actúan como testigos el Landgrave de Hesse; Don Francisco Girón, Duque de Osuna; Don Iñigo Manrique de Lara, Conde de Aguilar y el Marqués de Saconi. El juramento versa sobre cinco apartados distintos: *a)* Ejercer fielmente el cargo, mirando por el Real Patrimonio, aconsejando con rectitud y entereza y evitando todo deservicio; *b)* Guardar secreto; *c)* Observar el fuero «de juramento praestando»; *d)* No recibir pensión directa ni indirecta, ni soborno; *e)* Observar fueros, privilegios y actos de corte aragoneses; constituciones, capítulos y actos de corte catalanes; fueros y actos de corte va-

97. Vid. docs. 1 y 2 del Apéndice.

lencianos; privilegios de dichos Reinos, así como de Cerdeña, Mallorca e islas adyacentes, y f) Observar la inmunidad de las personas eclesiásticas, capítulo llamado de la Observancia, Ordenaciones de la Casa Real, Pragmáticas, usos y costumbres de la Real Cancillería ⁹⁸.

16. *La remuneración.*

Con respecto a la remuneración, los catalanes pretendieron demostrar que el Vicecanciller de la Edad Moderna era el mismo que el de la Edad precedente, al percibir la misma remuneración, la cual ya se mencionó en lugar oportuno. Durante todo el período 1626-1646, primero de los Presidentes, éstos no percibieron esa cantidad. El que ostentaba la titularidad en 1688 sí la percibió, mas según declaración del Consejo «por merced particular» que se había servido hacerle el Rey. Ya se ha dicho anteriormente, que los que lo ejercieron en gobierno no tuvieron sueldo, percibiendo cantidades variables, pero en ningún momento se les debió de dispensar del pago de los tributos, pues en los nombramientos se ordena bajo pena de nulidad que se presenten dentro de los cuatro meses ante el secretario de registro de mercedes, sin duda alguna para el pago de la media annata ¹⁰⁰.

17. *Las prerrogativas honoríficas.*

En algo, sin embargo, puede decirse que no hubo diferencias apreciables entre Vicecanciller aragonés y Presidente castellano, y es en el sostenimiento de las prerrogativas honoríficas, tan características del siglo xvii. Ya se habló de lo referente al tratamiento del Vicecanciller, pero aquí convendrá destacar, pues no tiene valor meramente anecdótico la gran rivalidad con la Presidencia del Consejo de Castilla. En 1662 era el Vicecanciller el que la planteaba, por prohibirse a su coche entrar en el zaguán del Palacio, como había hecho siempre

98. ACA, C. de A., leg. 1.

99. Consulta de 8 de octubre de 1688, en ACA, C. de A., leg. 1.

100. Vid. doc. 2 del Apéndice.

juntamente con los de los Embajadores y Presidente del C. de Castilla. El Rey se excusó diciendo que se cumpliera lo de siempre. El Secretario, Diego de Sala, fue el encargado por el Vicecanciller para hablar con el Marqués de la Guardia, Mayordomo de Semana, de tan importante cuestión, y ambos contendientes establecieron sus bases jurídicas. El Marqués de la Guardia alegó una Consulta del Bureo de 1639, con letra de Don Jerónimo de Villanueva, en que se señaló el sitio del caballero mayor, el mayordomo mayor y el Presidente de Castilla. El Consejo de Aragón alegó la costumbre, existente desde el Vicecanciller Andrés Roig bajo Felipe III, y hasta los testimonios de los Portereros de Cadena, amén de la igualdad con el Presidente de Castilla. El Decreto del Rey sobre tan importante cuestión fué el siguiente: «He mandado que el coche de vos el Vicecanciller tenga lugar en el zaguán de Palazzo en el Hueco de a mano derecha que está entrando por la puerta Principal antes de llegar al arco poniéndola frente del coche azia la puerta y assi se ejecutará»¹⁰¹. Pero este Decreto no era tan claro como pueda parecernos, pues en 24 de mayo del mismo año de 1662, meses después de ser dado aquél, el Consejo de Aragón se quejaba, diciendo que existían dos interpretaciones. Según una, el coche del Vicecanciller siempre había de ocupar el puesto indicado, lo que era gran desigualdad con el de Castilla. Según la otra, más satisfactoria para el órgano aragonés, solamente cuando el zaguán estuviera ocupado por los que le precedían. A ello recayó decreto aclaratorio de que cuando no embarazara a los que le precedían podía ocupar el lugar que acostumbraba anteriormente cerca del Presidente, poniéndose en el hueco señalado por el decreto primero cuando su sitio estuviera ocupado por los que habían de precederle. Con esta aclaración el Consejo de Aragón quedó al parecer satisfecho, y no así el Marqués de la Guardia que al parecer opuso resistencia¹⁰².

Los Presidentes en esto sí que continuaron la labor de los Vicecancilleres. El Consejo, en consulta de 22 de agosto de

101. *Consulta* de 13 de marzo de 1662, en ACA, de A., leg. 1.

102. *Consulta* de 24 de mayo de 1662, en ACA, C. de A., leg. 1.

1683, hace notar que a Don Pedro de Aragón no se le había dado balcón en el Coliseo del Buen Retiro para las comedias, como se hacía con el Gobernador del Consejo de Castilla, y el Rey accedió a ello. En 1693 y 1695, aún informaba el Consejo sobre la igualdad con el de Castilla, teniendo el de éste la mano derecha en los actos públicos por estar en su tierra, y que el Presidente del Consejo de Aragón tenía el primer lugar después del de Castilla, e incluso la campanilla a falta de aquél, esto como consecuencia de cuestiones surgidas con el Duque de Osuna, a la sazón Presidente del de Aragón ¹⁰³.

18. *Conclusión.*

Con la supresión de la organización peculiar de los Reinos de la Corona de Aragón realizada por Felipe V, el primer Borbón, en los primeros años del siglo XVIII, desaparecía el Consejo Supremo de la Corona, como desaparecían los Virreyes, los Gobernadores, los Vegueres y otras instituciones. Creado en 1494, a su dirección había sido llamado un Vicecanciller designándolo por su nombre personal, a la manera de la época. El Vicecanciller, que pese a su nombre, era el verdadero Canciller de toda la Corona, era un jurista nativo de uno de los territorios, de carácter universal, según una evolución desarrollada especialmente a través del siglo XV. Hasta 1622, sucesivos Vicecancilleres ejercieron la dirección del citado Consejo, a la manera que había tenido lugar en el momento de la creación, sin que pueda considerarse interrupción la intervención más o menos activa del Gran Canciller de Carlos V, Mercurino Gattinara o de Perenoto de Granvela. A partir de la citada fecha de 1622, sin embargo, los Monarcas no procedieron al nombramiento de Vicecanciller, sino que a la dirección del Consejo llevaron a un Presidente, que proveyeron en individuos de la clase denominada de «capa y espada», sin la condición de nacimiento y domicilio en los territorios de la Corona de Aragón, que había sido «sine qua non» en los Vicecancilleres. Protestaron contra ello los Reinos, y consiguieron

103. *Consultas* de 22 de agosto de 1683 y de 30 de abril de 1695, en ACA, C. de A., leg. 1.

que en 1646 fuera restituida la dirección al Vicecanciller, continuándose así casi sin interrupción hasta 1692, en que la Corona volvió al sistema de Presidentes. Todo fué un aspecto de la política de la Monarquía tendente a liberarse de las trabas que a su libre actividad ofrecía la red tupida de normas que integraban el sistema de los Reinos y Principados que formaban la Corona, a lo que se unió una lucha de los dos grupos sociales más importantes de la época: la nobleza y los juristas. No era asunto baladí. Concluyamos con palabras del propio Consejo de Aragón sobre su importancia, en el dictamen de 1688 que tantas veces se ha de haber citado en este trabajo, y que eran dirigidas al Rey, a modo de seria sugerión: «Este negocio le considera por el más graue que puede ofrecerse en los Reynos de la Corona de Aragón... porque comprende quantos puntos políticos puede discurrirse acia el estado presente de la monarchia y reflexion de las grandes novedades que se padecieron en el Reynado del Rey nuestro Sr. Padre de V. M.».

JESÚS LALINDE ABADÍA.

APENDICE DOCUMENTAL

I

NOMBRAMIENTO DE ALFONSO DE LA CAVALLERIA COMO VICECANCELLER ÚNICO DE LOS REINOS DE LA CORONA DE ARAGÓN (25 de julio de 1484).

ACA, A. R., Reg. 3539, fol. 90.

Nos Ferdinandus. Cum ad apicem Regnorum Aragonum erecti fuimus in primis cure nobis sint talem virum in vicecancellarium nostrum preficere et ordinare cuius virtute scientia prudentia et probitate iusticia subditis nostris recte et eque administretur. Et inter alios huius muneris dignos vos magnificum et dilectum consiliarium et vicecancellarium nostrum Alfonsum de la Caualleria juris utriusque doctorem delegimus vosque eidem officio vicecancellarii prefecimus juxta forma fororum Regni Aragonum prout in provisionibus nostri inde expeditis ad quas nos defferimus hec et alia latius patere videntur. Nunc ex obitu Joannis Pages vicecancellarii quoniam expediens est seruiio nostro et justicie cultui et adminis- cioni ut unus vicecancellarius Regnis predictis sit et non plures del'berauimus vos dictum Alfonsum de la Caualleria unicum vicecancellarium in omnibus regnis nostris Aragonum Sicilie Valencie Maioricarum Sardinie et

principatu Catalonie esse. Idcirco de vobis virtute scientia probitate multis comprobata testimonis confisci. Tenore presentis et de nostra certe scientia deliberate et consulto unicum vicecancellarium nostrum in nostris Regnis predictis Aragonum Sicilie Valencie et principatu Catalonie vos dictum Alfonsum facimus contituimus creamus et solemniter ordinamus. Itaque prestito prius per vos juramento et homagio in posse nostro de bene et legaliter vos habendo et de seruandis constitutionibus catalonie usaticis et privilegiis barchinone et obseruantiis et aliisque juxta ipsas constitutiones Catalonie ac usaticos barchinone seruari debent et recepta ex vobis sententia prout per dictas constitutiones catalonie dispositum est in omnibus et singulis regnis principatu catalonie et terris nostris sitis vicecancellarius noster ac presitis et preferamini omnibus et singulis quibus vicecancellarius noster preferre consuevit prouideatis que supplicationes sententias proferatis jus dicatis et omnia alia et singula faciatis que officio vicecancellarii incumbunt et per alio vicecancellarios predecessores vestros fuit solitum fieri et exerceri. Gaudeatisque et utamini omnibus et singulis gratiis quitaciones vestitu salario honoribus fauoribus prerrogatiuis et preheminentiis ipsi vicecancellarii officio debitis pertinentibus et spectantibus et quibus vicecancellarii predecessores et precessores vestri unici actu uti et gaudere sunt soliti. Quo circa Illmo. Joanni principi Asturiarum et Gerunde primogenito nostro carissimo et in omnibus regnis et terris nostris post felices et longeuos dies nostros futuri intentum nostrum declarantes sub paterne benedictionis obtentu dicimus Gerentibusque vices nostri generalis gubernatoris in regnis nostris Aragonum Valencie principatu Catalonie et aliis Regnis et terris nostris justiciis vicariis baiulis subbaiulis ceterisque universis et singulis officiabus et subditis nostris dicimus precipimus et jubemus expresse et de certa scientia ad nostre gracie at amoris obtentum penaque florinorum auri decem milium ut vos dictum Alfonsus de la Caualleria per unico vicecancellario in dictis regnis et principatu Catalonie habeant et teneant reputent honorificent atque tractent et mandatis et jussionibus pateant et obediant. Et noster prothonotarius seu eius locumtenens vobis dicto vicecancellario nostro de tribus mille solidis barchinonensibus anno quolibet videlicet mil solidis quolibet tercia respondeat et seu responderi faciat. Nostramque huius prouisione et omnia et singula nostra contenta teneant firmiter et obseruent et faciant per quos deceat inuiolabiliter obseruari. Et non contrafaciant vel veniant aut aliquem contrafacere vel venire siruant racione aliqua siue causa. In cuius rei testimonium presentem fieri iussimus nostro communi sigillo in pendentem munitas. Datum in ciuitate Corduba die XXV^{ca} mensis iulii anno a natiuitate domini Millesimo cccc Lxxx quarto. Regnorumque nostrorum videlicet Sicilie anno xvii Castelle et Legionis XI Aragonum vero et aliorum sexto.

Yo el Rey.

Dominus Rex manauit mihi Jacobo de Casafranca visus
per generalem thesaurorum et per conseruatore.

II

NOMBRAMIENTO DE DON FRANCISCO FERNÁNDEZ DE LA CUEVA, DUQUE DE ALBURQUERQUE, COMO PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ARAGÓN (2 de diciembre de 1632).

ACA, R. C. C. A., reg. 5, fol. 245 v.º-247 v.º

Nos Don Phelippe etc. Por quanto por havernos pedido licencia para bolverse a su obispado de Quenca Don Henrique Pimentel, y haversela concedido ha vacado la Presidencia de nuestro Consejo Supremo de Aragón, en que nos seruia, y porque tenemos resuelto mucho tiempo ha proueer en Gouierno los puestos de Presidentes, Hauemos hecho merced al Illustre Don Francisco Fernandez de la Cueva Duque de Alburquerque, de nuestros Consejos de Estado y Guerra en consideración de su mucha calidad de lo que nos ha seruido en los cargos de Virey de Cataluña y ultimamente de Sicilia de encargarse en gouierno la dicha Presidencia de nuestro Supremo Consejo de Aragón. Por ende, con tenor de las presentes de nuestra cierta sciencia y Real Autoridad deliberadamente y consulta para durante nuestra mera y libre voluntad elegimos y nombramos al dicho Duque de Alburquerque que tenga y exerça en gouierno la dicha Presidencia con el salario que en otra patente fecha desta se le señala y con los emolumentos jurisdiccion superioridades prerrogativas honrras y preeminencias con que lo tenia dicho Obispo de Quenca y con las obligaciones y cargas de la dicha Presidencia pertenecientes y degudas de tal manera que durante nuestra mera y libre voluntad la tenga y exerça asistiendo y presidiendo en el nuestro Consejo Supremo en la conformidad y como lo hazia el dicho Obispo de Quenca defendiendo y conseruando nuestro patrimonio drechos y regalias y haziendo todo lo demás a que era tenido y obligado por razon del gouierno del dicho cargo conque antes de empezar a usar del aya de jurar y jure en nuestras manos y poder de que haura bien y fielmente en su exercicio. Por lo qual al serenissimo Infante Cardenal Don Fernando nuestro hermano y lugarteniente y capitán general en el Principado de Cataluña y Condados de Rosellón y Cerdaña encargamos amonestamos y a los demás Virreyes y Capitanes Generales, Canciller, Vicecanciller Tesorero General Regentes nuestra Real Cancillería en el dicho Consejo Supremo Protonotario Advogado fiscal secretarios lugartiniente en el Officio de protonotario escriuanos de mandamiento y registro y otros qualesquier officios y ministros del dicho Consejo y de los nuestros Reinos de la Corona de Aragon dezimos y mandamos so pena de nuestra ira y indignacion y de 10.000 florines de oro de Aragón de bienes del que lo contrario hiziese exhigideros y a nuestros Reales cofres applicaderos que al dicho Duque de Alburquerque tengan y reputen y honrren y a los que toca obedecer obedezcan como a quien esta encargada en gouierno la dicha Presidencia y a los que tocare le pongan en possession della si el dicho Serenissimo Infante nos dessea complazer y los otros ministros y

oficiales nuestros tienen chara mi gracia, y demás de mi ira e indignación en la pena sobredicha desesan no incurrir, queremos empero que antes de empezar a gozar de esta gracia y merced se tome la razon della por nuestro secretario de registro de mercedes de que ha de constar por su certificación, o, en otra qualquier forma de este despacho, y assi dentro de quatro meses que han de correr del día de la data de las presentes en adelante, no se huuiere cumplido con lo dicho mandamos que no se execute esta nuestra merced, o, gracia por la persona, o personas a quien tocare, porque las declaramos por nulla y de ningún valor y efecto como si no fuese hecha. En testimonio de lo qual mandamos despachar las presentes con nuestro sello real comun en el dorso selladas. Dat. en nuestra Villa de Madrid a dos dias del mes de Diziembre año del nascimiento de nuestro Señor Jesuchristo mil seiscientos treinta y dos, y de nuestros Reynos el duodecimo.

Yo el Rey.

Vidit Caruajal Aquito pro Thes. general.

Vidit Bayetola Cancellariam Regens.

Vidit Francisco de Vico Regens.

Vidit Melchor Sisternes Regens.

Vidit Femat pro Cons. generalis.

LA PRISION POR DEUDAS EN LOS DERECHOS CASTELLANO Y ARAGONES

SUMARIO : INTRODUCCIÓN.—I. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO VISIGODO.—II. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO LOCAL CASTELLANO-LEONÉS.—1. Alusión a los Fueros de Guadalajara (1133), Madrid y Molina.—2. Fueros de Belorado, Guadalajara (1219), Miranda de Ebro, Logroño y Daroca.—3. Fueros de Alfambra y Medinaceli.—4. La prisión por deudas en el Fuero de Uclés.—5. Fueros de Zamora, Ledesma y Alba de Tormes.—6. La prisión por deudas en los Fueros de la familia del de Cuenca : estudio comparativo de sus textos, con especial referencia al minucioso régimen contenido en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.—7. Conclusiones respecto a la prisión por deudas en el Derecho local castellano-leonés.—8. Algunas conclusiones en orden a las relaciones entre los diversos Fueros, particularmente entre los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.—III. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO TERRITORIAL CASTELLANO.—1. Característica esencial : sustitución parcial de la prisión del deudor por otras medidas procesales.—2. Examen del Libro de los Fueros de Castilla y del Fuero Viejo.—3. La prisión por deudas en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real : examen de sus semejanzas con el Fuero de Soria.—4. La prisión por deudas en las Partidas : la cesión de bienes.—IV. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO CASTELLANO DESDE EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ HASTA EL SIGLO XIX.—1. Caracteres generales : formas de prisión y supuestos generales en que se aplica.—2. Cesión de bienes, prisión coactiva y prisión servidumbre.—3. Doctrina de los juristas sobre la cesión de bienes y la prisión del deudor.—4. Desaparición de la prisión servidumbre a principio del siglo xvii, y subsistencia de la prisión coactiva.—5. Personas exentas de la prisión por deudas.—6. Algunos datos sobre la aplicación del régimen legal.—7. Extinción de la prisión por deudas.—V. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO ARAGONÉS.—1. Consideraciones generales.—2. La prisión por deudas en el Derecho aragonés anterior a 1436.—3. La prisión por deudas durante los siglos xv, xvi y xvii : estudio de los Fueros, de las

Observancias y de la literatura jurídica.—La prisión, a partir de principio del siglo XVIII.

* Abreviaturas utilizadas en este trabajo y significado de las mismas.

ACC = Actas de las Cortes de Castilla, publicadas por el Congreso de los Diputados. Madrid, 1861 y siguientes.

ADA = Anuario de Derecho Aragonés.

AGS = Archivo General de Simancas.

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español.

CLC = Cortes de León y de Castilla, edición de la Real Academia de la Historia. Madrid, 1861 y siguientes.

CSIC = Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

FAlb. = Carta de Población de la ciudad de Santa Mar'a de Albarracín. Ed. de Riba y García, Zaragoza, 1915, corrientemente citada como Fuero de Albarracín.

FTL = Fuero de Teruel en su redacción latina.

FTR = Fuero de Teruel en su redacción romance, ed. por Max Gorosch.

LFC = Libro de los Fueros de Castilla.

NoR = Novísima Recopilación.

NR = Nueva Recopilación.

OO. RR. = Ordenanzas Reales de Castilla.

ORA = Observancias del Reino de Aragón.

PON, II = Pseudo Ordenamiento II de Nájera.

RDP = Revista de Derecho Privado.

RDProc. = Revista de Derecho Procesal.

RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

INTRODUCCION

Se estudia en el presente trabajo la responsabilidad personal por el incumplimiento de obligaciones civiles. Esta responsabilidad ha tomado diversas formas de realización a lo largo de los siglos y según las líneas esenciales de cada ordenamiento jurídico; pero con una denominación general puede calificarse como prisión por deuda civil. En cada época y en cada ordenamiento, se llegaba a una situación en la que el deudor que no había cumplido su obligación era apresado, si bien las causas concretas, la finalidad inmediata y la forma de la prisión eran diversas y obedecían a distintas estructuras.

La prisión por deudas será estudiada, poniendo en claro la fundamentación y la causa de la pérdida de libertad por parte del deudor, así como también la situación del preso en cada momento y caso. Se expondrán las diversas figuras de prisión (prisión coactiva, prisión servidumbre, prisión del deudor demandado...), procurando explicar por qué razones y en qué situaciones se aplicaba cada una de ellas.

Una limitación que en todo el trabajo se ha respetado es la de atender tan sólo a la prisión por deuda civil en sentido estricto. No se nos oculta la dificultad de delimitar qué era civil en cada momento y caso, pero en líneas generales consideramos como obligaciones civiles las nacidas de tratos, convenios o acuerdos directos entre particulares. La prisión por incumplimiento de obligaciones nacidas *ex delicto*, o la que pudiera derivarse de no pagar derechos o rentas de carácter fiscal, han sido eliminadas de este estudio. Y es que en ambos casos entran en juego elementos punitivos o de carácter fiscal, que impurifican la figura de la prisión, puesto que en tales supuestos ya no se trata sólo de aplicar un medio de ejecución patrimonial, sino que más o menos directamente se entremezclan otros motivos extra-civiles.

La mayor o menor amplitud en la aplicación de la prisión,

e incluso la forma y régimen general de la misma, dependen siempre de la estructura del ordenamiento jurídico de que se trate, y muy especialmente del procedimiento arbitrado para la ejecución de las obligaciones civiles. Así, según sea la aplicación de la ejecución forzosa patrimonial, variará inevitablemente toda la regulación de la prisión por deudas. Ello obliga a describir en íntimo contacto con el tema estricto de este trabajo, cuestiones relativas a la ejecución forzosa, o al medio o medios de asegurar la comparecencia en juicio del demandado; pero siempre en función de la prisión del deudor, y sin prestarle más atención de la absolutamente indispensable.

En alguna ocasión se ha procurado aprovechar la coyuntura que ofrecía el estudio institucional, para examinar aspectos formales referentes a las relaciones entre las fuentes. Así se ha hecho concretamente con los Fueros municipales castellano-leoneses pertenecientes a la familia del de Cuenca. Si esta labor no se ha repetido en otras ocasiones ha sido por causas desprendidas de las mismas fuentes de conocimiento; por ejemplo, una comparación entre el Fuero de Jaca y los Fueros de 1247 hubiera sido inútil, porque sólo habiéramos podido manejar una redacción (la editada por RAMOS LOSCERTALES) del Fuero extenso de Jaca, y habiendo, como sin duda hubo, otras varias redacciones de esta misma fuente, nuestra comparación habría carecido de valor.

Por ahora he estudiado solamente los Derechos castellano y aragonés acerca de este tema. Más adelante ampliaré este estudio a los Derechos vasco, navarro, valenciano y catalán. Con ello quedará cumplido, Dios mediante, el propósito de analizar las fuentes de todos nuestros Derechos históricos, formando así una monografía lo más exhaustiva posible.

De cada Derecho se han manejado las fuentes más importantes en relación con la materia objeto de investigación. En la mayoría de los casos la consulta ha sido provechosa; pero ha habido ocasiones en que más de una fuente ha guardado absoluto silencio sobre nuestro objetivo; así, por ejemplo, los Actos de Corte de Aragón, o las obras de algunos autores como BARDAXI, en Aragón, o PÉREZ DE SALAMANCA, en Castilla.

Para no hacer en exceso prolija la indicación de las fuentes consultadas, prescindimos de una relación en la que se incluyeran todas las manejadas, así como también dejamos de citar aquellas fuentes cuya consulta resultó infructuosa, salvo los casos en que el mismo silencio de una fuente determinada, sea ya en sí mismo un dato que merezca ser destacado.

No es posible describir de modo uniforme la sistemática seguida para la exposición del material reunido sobre el tema estudiado. Se ha intentado, en todo caso, aunar criterios sistemáticos y cronológicos, a fin de no ofrecer ni una mera relación de hechos o de disposiciones legales ordenadas simplemente por su fecha, ni una visión excesivamente obediente a ideas o principios dogmáticos modernos, pero inadecuados a todas y cada una de las épocas analizadas. Se procura reflejar la realidad histórica con su propio e íntimo orden, reproduciendo, en cuanto ello es posible, su estructura interna. Por lo mismo la sistematización del presente trabajo no es algo que se haya pensado previa y fríamente, y que luego se haya impuesto forzadamente, como un molde, al material recogido, sino que intenta ser un reflejo fiel de la interna ordenación en cada momento, de la institución estudiada. A lo largo de la exposición se ofrecerán en distintas ocasiones, aclaraciones justificativas de haber tomado tal y no otra decisión en cuanto al sistema, o de preferir aquél y no cualquier otro criterio expositivo. Véanse, por ejemplo, el principio del apartado V, o las notas 262 ó 393.

He dudado mucho acerca de la conveniencia de incluir al final de estas páginas, unas conclusiones que sirvieran de síntesis de los resultados obtenidos. Si me he decidido a no presentarlas ha sido, en parte, por no recargar la extensión del trabajo; y, además, porque no las creo indispensables, puesto que en varios momentos de la exposición he procurado recapitular ideas, y comparar el régimen aragonés con el castellano. Quizá cuando publique (si es posible) las otras partes de este estudio (las relativas a los demás Derechos hispánicos), haré una visión comparativa entre las formas de regular esta institución en todos los ordenamientos.

I. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO VISIGODO

Son escasos los textos del Derecho visigodo que aluden a la responsabilidad personal del deudor. Tan sólo en el Liber se encuentran algunas leyes, que puedan servir para mostrarnos, aunque de modo incompleto, cómo aplicaban los visigodos esta institución ¹.

En primer lugar, las leyes IX, 3,1; IX, 3,3; y IX, 3,4 ².

1. En el Código de Eurico y en los Fragmentos Gaudenzianos no hay ningún texto referente a la prisión por deudas. Lo mismo sucede con las Fórmulas editadas por MARTÍN MÍNGUEZ.

La Lex Romana Wisigotorum contiene una disposición del C. Theodosiano que regula la cesión de bienes, especificando que el deudor cedente no queda liberado con ello del cumplimiento de la obligación. Pero el texto no dice nada sobre cuál fuera la situación personal del cedente respecto a su acreedor o acreedores. Cfr. *Lex Romana Wisigothorum*, ed. Haenel, Leipzig, 1849: *Códicis Theodosiani*, lib. IV, tít. XVIII.

2. *Liber iudiciorum* IX, 3,1. «Ne ad ecclesiam confugiens abstrahatur, nisi armis defensus.—Nullus de ecclesia ausus sit aliquem violenter abstrahere, nisi ad ecclesiam confugiens armis se fortasse defendere voluerit». (No hay diferencia entre la edición de la Academia y la de Zeumer; tan sólo en la éste se indica, tanto en esta ley como en las dos que transcribiremos inmediatamente su carácter de *antiqua*, que no se hace constar en el texto de la Academia de la Historia.)

IX, 3,3.—De damno hominen ab ecclesia abstrahentis.—Si quis de altaribus servum suum, aut debitorem non traditum sibi a sacerdote vel ab ecclesiae custodibus, violenter abstraxerit; si honestioris loci persona est, ut (ed. Zeumer *ubi*) primum iudici de eo fuerit relatum altario, cui iniuriosus fuit, cogatur exolvere solidos C. Inferior vero persona det solidos XXX: quod si non habuerit unde componat, correptus a iudice in conventu publice C flagella suscipiat. Dominus vero servum, sive creditor debitorem recipiat excusatum».

IX, 3,4.—Ut debitor seu reus de ecclesia non abstrahantur, sed quae sunt debita reddant.—Eos qui ad ecclesiam vel ad ecclesiae porticos confugerint, nullus contingere praesumat, sed presbytero vel diacono repetat ut reformet, et seu debitor sive reus qui confugerat, si non meretur occidi, apud repetentem ecclesiae custos interveniat, ut ei veniam det, et exoratus indulgeat. Quod si debitor aliquis ad ecclesiam confugerit, eum ecclesia non vindicet (ed. Zeumer: *defendat*), sed presbyter aut diaconus debitorem sine dilatione restituat; ita ut ipse qui debitum repetit, nequaquam caedere eum, aut ligare praesumat qui

todas ellas *antiquae*, regulan la protección que el deudor obtiene cuando se refugia en una iglesia huyendo de su acreedor³. La idea central y común a estas tres leyes es que el deudor no puede ser violentamente extraído del templo por su acreedor, salvo en el caso de que el fugitivo quisiera defenderse por las armas. Por ello la conducta del acreedor que *violenter abstraxerit suum debitorem*, queda penada. Pero la prohibición de violencia parece dirigida más que a proteger la persona del deudor, a garantizar la paz del lugar sagrado y el respeto al mismo. En efecto, el acreedor es castigado porque *iniuriosus fuit*, y tal injuria no puede considerarse infringida contra el deudor (puesto que éste, en definitiva, le es entregado), sino contra la Iglesia. Por ésto, una vez el acreedor satisface la pena impuesta por la ley, en proporción a su personal condición, los sacerdotes le entregaban al deudor.

También era entregado el deudor a su acreedor si éste lo pedía pacíficamente al presbítero o diácono de la iglesia que sirviese de refugio a aquél. La segunda parte de la IX, 3,4, así lo dice con toda claridad, razonando, además, que aunque se pueda conceder protección al deudor, no puede permitirse «que éste retenga lo ajeno, es decir, que no pague lo que debe». Así, pues, *presbyter aut diaconus debitorem sine dilatione restituat*.

Pero al entregar al deudor, el presbítero o diácono habían de procurar que el acreedor ni lo hiriera, *aut ligare praesumat*; antes bien, delante de uno de ellos el acreedor debía conceder al deudor un plazo para que dentro de él pagase el débito.

Estas leyes, pues, confirman el carácter de lugar sagrado que tienen las iglesias, y con ello protegen indirectamente a

ad ecclesiae auxilium decurrit; sed presente presbytero vel diacono constituitur infra quod tempus ei debitum reformetur. Quia licet ecclesiae interventus religionis contemplatione concedatur, aliena tamen retineri non poterunt. ...». (El resto no interesa.)

3. En realidad el supuesto que contemplan es más amplio, pues abarcan no sólo al deudor, sino también al delincuente fugitivo. Pero como a estos últimos, una vez sentado el principio general, se remite a otras leyes, el tratamiento del deudor queda claramente diferenciado del del delincuente.

quien se refugia en ellas. Y vuelven a favorecer al deudor, procurando que el acreedor ni lo hiera ni lo lleve preso. Se sale al paso con ello a la conducta que normalmente realizaría el acreedor una vez alcanzase al deudor fugitivo. Es probable que, en parte, como represalia por la intentada huída del deudor, y en parte para evitar que la repitiese otra vez, acaso con más éxito, el acreedor quisiera llevarse al deudor ligado, preso. Pero esta conducta no es aprobada por la ley. Lo que ésta ordena es que el acreedor, *praesente praesbytero*, conceda nuevo plazo al deudor y lo deje ir.

¿Se cumpliría realmente este precepto de la IX, 3,4? Es probable que no; o, por lo menos, no en todos los casos, sino cuando el acreedor espontáneamente, accediese. Hay que tener en cuenta que aunque se obedeciera punto por punto lo que esta ley establece, una vez fuera de la iglesia, el acreedor podría apresarse de nuevo al deudor y mantenerlo «ligado», sin que pudiera por ello sucederle nada, ya que la ley no condena en modo alguno al acreedor que ataze o apresare después, fuera del templo, a su deudor. La actuación ante el presbítero tiene mucho de acción humanitaria y generosa; pero la ley no castiga jurídicamente al acreedor que incumple luego lo concertado ante el sacerdote. Y si un hombre perseguía a otro, es difícil que una vez lo hubiese capturado, fuera a dejarlo en libertad, sólo porque delante de un sacerdote se comprometió a ello. Si no siempre, en muchos casos tal compromiso se tendría tan sólo como requisito puramente formulario, se contraería con reserva mental, y el acreedor tan pronto como él y su deudor estuvieran fuera del lugar sagrado, no permitiría que éste se marchase libremente, sino que lo atraparía nuevamente. A no ser que su conciencia o su generosidad —motivaciones ambas de carácter extrajurídico— le impulsasen a cumplir el compromiso contraído y, en consecuencia, a dejar libre al deudor.

Además, ¿qué haría el acreedor si alcanzaba al deudor antes de que éste se protegiera en lugar sagrado? Lógicamente, apresarlo y mantenerlo cautivo de algún modo; de no ser así, la persecución y el intento de captura no tendrían sentido. La

prisión del deudor sería, pues, una realidad más o menos frecuente.

Estas consideraciones quedan confirmadas por una ley de Chindasvinto, la II, 5,8 del Liber ⁴, que comienza aludiendo a que son muchos los que frecuentemente, en relación con el cumplimiento de algo (*pro re qualibet adimplenda sit*), obligan todos sus bienes y sus personas. Las leyes antes comentadas, de época anterior a la de Chindasvinto, pues son *antiquae*, deben ser interpretadas seguramente en relación con esta realidad que en el reinado de Chindasvinto era tan frecuente. El problema que éste plantea no es, pues, nuevo.

A Chindasvinto no le parece justo que por una sola deuda (*ut unius causa debiti*) quede vinculada la persona del deudor, ni siquiera todos sus bienes. Al que no cumpla lo debido sólo es lícito penarlo haciéndole pagar el doble o, en algún caso, el triple de la deuda inicial. Pero en modo alguno es permisible la prisión del deudor o su servidumbre por el incumplimiento de una sola deuda civil. En este caso, la responsabilidad personal queda tajantemente prohibida.

Sin embargo, otra ley del Liber, que también es de Chin-

4. *Liber iudiciorum*, II, 5,8.--Ne sub unius nomine causae res alia, vel persona callidis definitionibus obligetur: de poena etiam quae sit in placitis inserenda.—Pravis ac malignis moribus improborum iustitiae semper est sententiis obviandum. Ideoque quia dira perversorum cupiditas ita saepe plurimos novarum fraudum molitione conlaqueat, ut quum pro re qualibet adimplenda sit pactio, res eorum simul obligent ac personas; hoc fieri omnimodo prohibemus. Sed quotiens undelibet placitum conscribetur, non amplius in transgressoris poena, quam duplatio reddendae rei vel triplatio nummorum satisfactione taxetur. Res tamen omnis aut persona nullatenus obligetur: quia iniustum penitus adprobamus, ut unius causa debiti rerum fiat omnium perditio, vel personae. Quodcumque igitur contra legis huius decretum conscriptum placitum, vel definitio facta fuerit, ubicumque reperta fuerit, vacua omnismodis et invalida reputetur».

No hay variación en la ed. de Zeumer, salvo el hecho de indicar que la ley pertenece a Chindasvinto, cuestión que se silencia en la ed. de la Academia.

La redacción de Ervigio añade al final de la ley tal como se ha transcrito las palabras siguientes: «reputetur. Sola vero potestas regia erit in omnibus libera quaecumque iusserit in placitis inserere penam».

dasvinto (la V, 6,5) ⁵, regula de muy distinta manera el caso del deudor de muchos acreedores. La primera norma fijada por esta ley es la de que habiendo varios acreedores de un mismo deudor, cobrará su crédito en primer lugar aquél o aquéllos que antes reclamen el cumplimiento de su derecho. No se tiene, pues, en cuenta para establecer el orden entre los diversos créditos la fecha de su respectiva constitución, sino la de petición. Por consiguiente, en el caso de que todos los acreedores actúen contra el deudor al mismo tiempo, la ley fija como único criterio para el cobro, el de la cuantía de cada crédito, pero ya no atiende a la posible prelación cronológica entre los mismos.

Ahora bien; podría suceder que el patrimonio del deudor fuera insuficiente para saldar todas las obligaciones. ¿Qué solución se adoptaba en tal caso? El último punto de esta ley resuelve que si no hubiera de dónde pagar todo lo que el deudor debiera, el juez había de entregarlo a los acreedores demandantes, para que, por causa de las deudas no pagadas, les sirviera perpetuamente.

No se especifica en qué forma queda establecida la servidumbre, esto es, si les ha de servir a todos al mismo tiempo, lo cual sería imposible en la mayoría de las ocasiones, o si rotativamente. No se dice tampoco si los acreedores que lo fueran por más elevadas cantidades tenían derecho a disfrutar

5. *Liber iudiciorum*, V, 6,5.—Flavius Chindasvintus Rex.—Si una persona reatu vel debito multis teneatur obnoxia.—Si una persona plurimis rea vel debitor maneat, qui prior in petitione praecesserit, et aut per placitum, aut per probationem sive professionem eius, eum sibi reum aut debitorem esse docuerit, ipsi nihilominus aut iuxta qualitatem debiti satisfacere compellendus est, vel damnandus a iudice. Quod si quibus reus vel debitor manet, uno eodemque tempore contra eum agere coeperint, secundum quantitatem debiti vel reatus, aut reddere (ed. Zeumer *reddat*) omnibus, aut omnibus addicendus est serviturus. Quaerere tamen a iudice ad liquidum oportebit, cui magis reus vel debitor maneat, ut ipsi maiorem partem reddi praecipiat: et de reliquo, quod de facultate rei vel debitoris remanserit, quantum reddatur caeteris iudex ipse manifeste perpendat. Certe si non fuerit unde compositio exsolvi debeat, cum hoc (ed. Zeumer *id*) saltim quod videtur habere, pro debito vel reatu perpetim serviturum iudex potentibus tradere non desistat».

por más tiempo que los otros acreedores, de los servicios del deudor insolvente. El legislador pone punto final demasiado pronto. Pero aunque estos importantes caracteres de la prisión-servidumbre del deudor no estén aclarados por la ley, no cabe duda de que el Derecho visigodo transforma al deudor insolvente en siervo de sus varios acreedores; servidumbre que no es provisional, sino perpetua.

La diferencia entre estas dos leyes de Chindasvinto no puede ser más radical. La explicación del distinto comportamiento del legislador en estos dos casos contemplados por la II, 5,8 y la V, 6,5, estriba probablemente en que se supone un ánimo fraudulento en el deudor de muchos acreedores; intención dolosa que justificaría el durísimo trato de que lo hacía objeto la ley. Mientras que, en el supuesto del deudor de un solo acreedor, permitir la responsabilidad personal de éste sería dejar una posible puerta abierta para los abusos de los acreedores. Abusos que en tiempo de Chindasvinto (así lo da a entender el principio de la II, 5,8) serían ya harto frecuentes para que el legislador cerrase los ojos ante ellos.

La responsabilidad personal del deudor reúne, pues, los caracteres siguientes, con arreglo a las citadas leyes de Chindasvinto:

Primero: es subsidiaria, pues sólo se presenta cuando el deudor no tiene bienes suficientes.

Segundo: sólo se admite en los casos en que el deudor lo sea de muchos acreedores.

Tercero: al parecer consistía siempre en la servidumbre del deudor en favor de sus acreedores⁶.

Cuarto: esta servidumbre era perpetua.

6. Este punto es dudoso. La IX, 3,4, cuando habla de la intercesión del sacerdote en favor del deudor, no prohíbe que el acreedor lo haga su siervo, sino exactamente, que intente maltratarlo o ligarlo. Estas ataduras significan, sin duda, privación de libertad; pero no dice el texto si tal privación consiste en retener preso al deudor simplemente hasta que pague, o si, por el contrario, atar al deudor equivale a llevarlo como siervo propio. Si se admite la primera interpretación, el Derecho visigodo habría conocido la servidumbre perpetua del deudor, y la prisión temporal y coactiva de éste. Pero interpretando la IX, 3,4 a la luz de las dos leyes citadas de Chindasvinto, parece

II. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO LOCAL CASTELLANO-LEONES

Las primeras fuentes jurídicas castellanas que mencionan o tratan un poco sistemáticamente la prisión por deudas son los Fueros municipales, si bien ni todos ellos, ni todos con semejante detenimiento. Antes de estudiar el contenido de estas fuentes es conveniente hacer algunas advertencias.

Una, la de que, pese a que este apartado II se dedica al Derecho local castellano leonés, se incluye aquí el estudio de algunos Fueros pertenecientes a localidades aragonesas. Lo hacemos así por el íntimo parentesco que tienen con otros Fueros castellanos, creyendo que de este modo se logrará una mayor claridad expositiva.

Otra aclaración es la de que los Fueros han sido agrupados siempre y sólo en función de lo que dicen acerca de la prisión por deudas, aunque con ello se pongan a veces en contacto textos pertenecientes a distintas áreas⁷. Por otra parte, el orden de exposición de los distintos grupos no prejuzga en modo alguno ninguna prioridad cronológica entre los Fueros en ellos comprendidos.

A lo largo de este apartado II, y en especial a su final, se indican algunas conjeturas acerca del proceso de redacción de los Fueros de la familia del de Cuenca. Se basan en la comparación constante que se ha ido haciendo entre todos los textos de los distintos Fueros y muy especialmente con los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia, que son sin duda los que mayor similitud guardan entre sí. Por supuesto, todas las observaciones o conclusiones que se expongan a este respecto se circunscriben exclusivamente a los párrafos de dichos Fueros que versan sobre la prisión por deudas, y no al resto de cada Fuero. En todo momento se procura no perder de vista que, dado el escaso número de manuscritos conocidos y publicados, las conclusiones no pueden tener un valor rotundo ni definiti-

quizá más probable que el intento de llevarse atado al deudor equivalga a considerar a éste como siervo del acreedor.

7. Cfr. GARCÍA GALLO, A., *Aportación al estudio de los Fueros*, AHDE, XXVI, págs. 387 y sigs., especialmente págs. 425 y sigs.

vo. Pero no cabe duda de que la comparación entre los Fueros llamados de la familia de Cuenca ayuda a comprender las mutuas relaciones entre los textos que de ellos conocemos.

I *Alusión a los Fueros de Guadalajara, Madrid y Molina.*

Son muchos los Fueros breves que no contienen ninguna disposición sobre la prisión del deudor. Sin embargo, casi todos los Fueros extensos o semiextensos se refieren más o menos detenidamente a ella, por lo que es conveniente destacar cuáles son los Fueros que guardan silencio absoluto respecto a la prisión por deudas.

Son los de Calatayud, Guadalajara (el de 1133), Madrid y Molina, en el área celtibérica; el de Nájera en la zona riojana-burgalesa y el de Salamanca en la vetona⁸. Como otros Fueros enclavados en estas mismas regiones jurídicas sí que regulan la prisión del deudor⁹, no es posible que la distribución geográfica de estas localidades sirva para explicar su común silencio. La ignorancia de esta institución en dichos textos, más que obedecer a razones o fenómenos comunes a todos ellos, se debe seguramente a simple coincidencia.

Sin embargo, es interesante señalar la profunda semejanza que se observa entre los Fueros de Guadalajara (el de 1219), Molina y Madrid en un punto concreto. La concordancia entre sus párrafos 83, XI y CX¹⁰ es notoria, y aunque tales pre-

8. Cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, págs. 429, 433, 434 y 441.

9. Cfr. luego todos los Fueros más emparentados con el de Cuenca en la zona celtibérica, los de Belorado, Logroño y Miranda en la riojana-burgalesa, y los de Zamora, Ledesma y Alba en la vetona.

10. F. Guadalajara, 83.—«Todo ome que casas agenas quebrantare, peche las calonnas dupladas e tod el danno que hi fiziere al señor de las casas; e sy junieren en ayuda con vando, peche cada uno diez maravedis; e qui non oviere onde peche estas calonnas, yaga en la carcel tres nuef dias, e de tres nuef días, sy no oviere las calonnas, non coma ni veba fata que muera».

F. Madrid, CX (Adiciones).—Qui crebantauerit casam alienam, derribent suas casas ad terram, et si ille qui illas casas crebantauerit casas no habuerit, pectet duplatum illud quod valebant illi case querulo. Et si non habuerit unde pectet pectum illud, capiant eum et mittant eum in captione in domo alguazilí, usque compleat illud pec-

ceptos no versan sobre cuestión relacionada directamente con la prisión del deudor es oportuno examinarlos aquí.

Aunque la redacción no es idéntica en los tres, la coincidencia de contenido es clara, sobre todo en la segunda parte. Hay mayor semejanza entre Molina y Madrid, pese al lenguaje romance en uno y latino en el otro. En la primera mitad del Fuero de Guadalajara, 83, se nota la diferencia de que allí al autor del «quebrantamiento» de casa no se le echaban las suyas a tierra, como ordenaban hacer los Fueros de Molina y Madrid. El párrafo XI del Fuero de Molina ¹¹ pudo servir de modelo a los redactores de los otros dos, o bien todos ellos copiaron de algún texto más antiguo y hoy desconocido. No es prudente querer decir nada más concreto. Pero es claro que la coincidencia no es casual, y como, por otra parte, en ningún otro Fuero del área celtibérica se encuentra otro precepto análogo a éstos, la concordancia entre los Fueros de Guadalajara, Molina y Madrid adquiere un carácter de peculiaridad que la hace más importante. Piénsese que en los tres textos se condena a morir de hambre y sed a un hombre, no por la comisión del delito, sino por no pagar las «caloñas» del mismo. La prisión y la muerte son consecuencias del incumplimiento de una obligación *ex delicto*. Ello hace pensar que si en los Fueros de Madrid y Molina no se incluye la prisión por deuda civil no sería probablemente por consideración al deudor, tan duramente tratado en esta otra ocasión análoga. Por ello se puede aventurar la sospecha de que quizá en la vida práctica, no obstante el silencio de los Fueros, existiera y se ejecutase la prisión por deudas del deudor por obligación civil en sentido estricto.

tum; et si usque ad tres novem dies non pectaverit, illud pectum, non comedat neque bibat donec moriatur».

F. Molina, Cap. XI.—«dél que fiziere fuerza en casa agena, echenle las suyas en tierra et si non ouiere casas el que la fuerza hizo, peche el doblo al quereloso, tanto quanto las casas del forçado valen; et sin non lo ouiere de que lo complir, prendanlo et metanlo en prision fasta que cumpla aquel (*sic*) pecho et si fasta tres nueue días non pagare el pecho, non coma nin beua fasta que muera».

11. Como el párrafo citado de F. Madrid, pertenece a las Adiciones es lógico suponerlo posterior a F. Molina.

2. *Fueros de Belorado, Guadalajara (1219), Miranda de Ebro, Logroño y Daroca.*

En estos Fueros se establece el principio de que el deudor a quien se reclama el cumplimiento de una obligación ha de presentar fiador, y si no quiere darlo o no encuentra quien quiera ser su fiador puede ser apresado por el acreedor ¹². Aun-

12. F. Guadalajara, 109.—«Ningund ome qui demandare fiador en aldea a otro e no ge lo diere, prendal syn calonna, e sy dixiere: «dare fiador en la villa» llievelo preso fasta la villa syn calonna».

F. Daroca, Muñoz, *Colección de cartas pueblas y fueros municipales*, Madrid, 1847, pág. 535: «Si quis aliquam querelam habuerit de aliquo, petat ab eo fidancias coram iudice, et si dare noluerit capiat eum sine calumnia. Si vero adeo pauper fuerit ut eum non possit capere, iudex adiuvet illum ita ut eum capere possit et mittere in vinculis ubicumque voluerit, quod nisi fecerit iudex, restituat ei totum malefactum».

F. Belorado, Muñoz, *Op. cit.*, pág. 411: «Et nullus de vobis, qui fidiatores potuerit dare, non fiat praessus, nec in carcerem missus».

F. Miranda, Muñoz, *Op. cit.*, pág. 349: «Et si aliquis populator habuerit quaerelam de alio populatore, ostendat ei sigillum de saione; et si trasnoctaverit sine fideiussore, pectet quinque solidos, et alia die ostendat ei alium sigillum; et si trasnoctaverit sine fideiussore, pectat alios quinque solidos, et merinus tradat eum coram alcalde: et det suos fidejussores quereloso, populatores vel vicinos qui habeant casas et haereditates in villam quantum valeat praetium querelosi; et si noluerit fidejubere, portent eum de una parte villae usque ad aliam; et si non venerint fidejussores, ponatur in carcere; et quando exiverit, pectet tres medagias pro carcelagio: et si non cognoverit quod petit quaerellosus, et si negaverit, probet se cum doubus populatores, et juret in Sancta Petronilla quarellosus, et sit quitus, et habeat quod petebat».

F. Logroño: Muñoz, *Op. cit.*, pág. 338: casi idéntico a F. Miranda: «Et si illo senior habuerit rancura de alicuius homine istius villae demandet eis fidancam; et si non potuerit habere fidanca leve eum de uno capud ville usque ad alio, et posteat fidanca, i non invenit, mitat eum in carcere; et quando exieret de illam carcere donet carceradgo III medallas.—Et si illo senior habet rancura de homo de foris, et non potuerit directo cumplire mitat eum in carcere; et quando exierit de illa carcere non pectet de carceradgo, nisi XIII denarios, et medalla, et si nulla volta fecerit in illo mercado ipse qui fuerit rancuroso firmet eum qualicumque duos homines potuerit habere in ipso die de ipso mercado, et pectet sexaginta solidos medios in terra; et si trccierit illo die respondeat altero die ad foro de illa villa».

que la idea expuesta es común a estos Fueros, la redacción es distinta, tanto en lo puramente formal como en detalles importantes para el fondo del precepto.

En el Fuero de Belorado se fija tan sólo la norma de que nadie sea preso por deuda dando fiador, lo que intepretado *a sensu contrario* da a entender que sin fiador sí es lícita la prisión. En esencia el párrafo 109 del Fuero de Guadalajara, 1219, viene a establecer la misma norma.

Muy análoga es la afirmación del Fuero de Daroca, donde se añade que el juez debe ayudar al acreedor para que éste pueda prender al deudor. La expresión del párrafo comentado es interesante, pues no dice sólo que el acreedor prenda al deudor, sino que además añade: «Iudex adiuvet illum ita ut eum capere possit et mittere in vinculis ubicumque voluerit». Esta expresión coloca al deudor a la plena disposición del acreedor, quien lo tendría en prisión particular, quizá en algún rincón de su propia casa o en cualquier otro sitio.

Los Fueros de Logroño y Miranda, aunque coinciden con los de Belorado y Daroca en el principio básico, ofrecen importantes peculiaridades. El párrafo del Fuero de Miranda equivale al principio del párrafo copiado en la nota 12 del Fuero de Logroño. El hecho de que ambos Fueros fuesen concedidos por Alfonso VI, la simultánea reconquista de los dos lugares por dicho Rey y su proximidad geográfica, explican la gran semejanza de ambos textos. Probablemente el redactor del Fuero de Miranda, concedido cuatro años después que el Fuero de Logroño, tuvo a la vista este último Fuero; más explícito el texto del Fuero de Miranda concuerda, sin embargo, en esencia con el de Logroño, con la única notable diferencia de que el acreedor en el Fuero de Logroño es el *senior villae*, y en el Fuero de Miranda, *aliquis populator*.

En principio, uno y otro fijan el precepto de que la prisión sea subsidiaria, en defecto de fiador. Luego, se añade lo que pudiéramos llamar petición pública de fiador, ya que el deudor es llevado de una parte a otra de la villa en busca de fiador. Sólo entonces, si la petición no da resultados positivos, el deudor es encarcelado; esto es, metido en la prisión de la villa. No es, pues, el deudor entregado al acreedor para que éste lo

tuviera donde quisiera, como se admitía en el Fuero de Daroca.

Además, el Fuero de Logroño regula un caso no previsto por el de Miranda. Se refiere al supuesto de que el deudor sea *de foris*. Si el deudor forastero no pudiese cumplir lo debido, *mittat eum in carcere*. Parece como si aquí se negase al deudor la posibilidad de presentar fiadores, lo cual significaría un trato desigual y francamente perjudicial para el forastero. Quizá esta diferencia de trato se debería a que de hecho el deudor que no fuese vecino de la villa no encontraría en ella nadie que saliese fiador por él, y así el incumplimiento de la obligación daría lugar automáticamente a la prisión.

Aunque ninguno de estos textos aclara el «para qué» ni el «hasta cuándo» de la prisión, es probable que, puesto que se aplicaba en defecto de la garantía del fiador, se persiguiera con una u otra medida asegurar el cumplimiento de la obligación. Por consiguiente, tan pronto como el deudor preso pagara lo debido, hay que suponer que quedaría en libertad. Así se da a entender claramente el contenido de los textos comentados por los Fueros de Logroño y Miranda, estableciendo el «carceradgo», que el deudor había de pagar *quando exierit*. Ello indica que abandonaba la prisión, y si lo hacía, era lógicamente porque ya había pagado el débito.

3. Fueros de Alfambra y Medinaceli.

Hay en ellos dos párrafos en los que la prisión del deudor se aplica no en defecto de sobrelevador o fiador, como en los anteriores, sino por falta de prendas que aseguren el cumplimiento¹³. La garantía del fiador no aparece aquí, sino

13. F. Alfambra, pfo. 87. «De cosa malfiesta.—De toda cosa malfiesta deura vezino de Alfambra a otro omne de la hermandat el iudez fagalo pagar a tercer dia si es en termino el debdor et si no tenga la pendra el iudez IX dias et de IX adelant si no quiere pagar el iudez de las pendras quitas al omne de la hermandat et si pagar non puede el iudez prengalo et metalo en preson et saquelo el andador del termino et depues delo al omne de la hermandat».

F. Medinaceli, Mrñoz, *Op. cit.*, pág. 438: «Et qui pendrar, si peños faylar de un moravedi, o de mas, non tome leycho nin fust nin vestido; et si lo tomare peche V sueldos, la meatad al rencuroso, et

que el mismo deudor ha de dar prendas propias al acreedor como garantía real de la obligación. Así, pues, si el deudor o paga pronto o da prendas, no hay prisión.

Pero si «pagar non puede», según el Fuero de Alfambra, el juez ha de meterlo en prisión y entregarlo al acreedor. Se apresa al deudor porque es insolvente, porque no puede ni pagar ni dar prendas, ya que el supuesto de que no pague, pero tenga bienes, no da lugar a la prisión, sino a la entrega de «las prendas quitas» al acreedor¹⁴. Y obsérvese que precisamente porque el deudor es insolvente el juez no lo retiene en la prisión, sino que lo entrega inmediatamente al acreedor. Si el deudor era apresado por falta de fiador cabía aún la posibilidad de que pagase y con ello quedara libre de la prisión, ya que la inexistencia de fiadores no ha de coincidir necesariamente con la insolvencia del deudor. Así vimos que sucedía en los Fueros antes examinados. Pero si el deudor cae en prisión porque ni paga ni tiene bienes para entregarlos en prenda al acreedor (y este es el caso previsto por el párrafo 87 del Fuero de Alfambra) es probable que la prisión se transformase en servidumbre del deudor en favor del acreedor. Aunque expresamente este texto no lo diga, esa entrega del deudor en poder de su acreedor equivaldría probablemente al comienzo de la servidumbre.

El problema resuelto en el párrafo transcrito del Fuero de Medinaceli no es idéntico. En él también se llega a la prisión por falta de prendas, pero con una diferencia fundamental: aquí se trata de que el deudor no quiere dar prendas. El texto fija el orden que debe seguir el acreedor cuando va a tomar prendas a casa de su deudor. Si no encuentra prendas que valgan al menos un maravedí, el acreedor puede tomar en prenda cualquier cosa que hallare. Pero si ni siquiera todo

la meata a los alcaldes; mas si non fallare penos de moraveddi, prenda lo que fallare; et si non fallare penos de un moravedi, en quanto hy fallare, vaya el iudez, e fagal poblar la casa; si chela non poblare, prenda el rencuroso su debdor, et tengal fasta quel pague».

14. En el texto es el acreedor «hombre de la hermandad»; aunque ello singulariza el supuesto, la configuración de la prisión queda clara haciendo omisión de esta circunstancia.

lo que allí, en la casa del deudor, encontrase, valiera en conjunto tal cantidad, entonces el acreedor debe pedir al juez que inste al deudor para que dé en garantía la misma casa. Mas como el dueño de la casa, el deudor, podía negarse a darla en garantía, el Fuero prevé este caso y ordena que de ser así «prenda el rencuroso su debdor, et tengal fasta quel pague».

Adviértase que si no se encuentran bienes en casa del deudor, quizá fuese por haberlos previamente escondido éste. Y que, aunque así no fuera, un hombre dueño de una casa, aun no teniendo otra cosa, no es en modo alguno insolvente. Por eso el deudor es entregado, sí, a su acreedor, pero no en régimen de servidumbre, sino tan sólo hasta que accediese a pagar, vendiendo acaso para ello la casa en cuestión. Nuevamente nos encontramos ante la prisión del deudor como una privación provisional de su libertad; privación que desaparecería cuando el deudor pagase lo debido.

4. *La prisión por deudas en el Fuero de Uclés.*

Más complejo que los anteriores es el régimen de la prisión por deudas establecido en el Fuero de Uclés ¹⁵.

15. F. Uclés, 92.—«Qui rencura habuerit de omne de aldea o de alvarran.—Totus homo qui rancura habuerit de homine de aldea o de alvarran, et non invenerit ei ubi pendretur, demandet ei cum iudice o cum III vicinos casa cum pignos et sobrelevador; et si noluerit dare, vadat se cum illo; et si noluerit ire, ead querelloso ad iudice vel alcaldes et prendat eum et mittat in potestate querelloso usque dum reddat quod debet, et pectet II morabetinos, uno ad iudex et alio al querelloso».

F. Uclés, 112.—«Qui habuerit aver a dar et manifestum fuerit, intret in novem dies, et acabo de novem dies adducat pignos in duplo, vel auro in cabal; et si non invenerit aver, mitad suo pede et iuret que no lo habet; et si hoc non fecerit, dupplet suo aver sine iudicio».

F. Uclés, 115.—«De aver manifiesto como pendre.—De aver manifiesto que a plazo non dederit, vadat el rancuroso a casa del debdor cum vicino, et illo vicino det ei pignos et por suo aver et por suo duplo; et ille saion et el rancuroso et el debdor dent illos pignos al corredor, et vendat illos et integret de suo aver et de suo duplo. Et si non invenerit pignos in casa de illo debdor, cum illo saion prendat preson; et si non se laxaverit prendere vadat el rancuroso ad iudicem, et vadat iudice, et prendet eum a preson et mittat eum ad manos del

El párrafo más importante es el 115. El deudor ha reconocido el crédito y se le ha dado un plazo para pagarlo. Si llegado el fin del tiempo previsto el deudor sigue sin pagar, el acreedor, acompañado de un vecino, acude a casa del deudor y toma prendas por valor del doble del crédito. Luego, estas prendas van a parar a manos del corredor, quien las vende, pagando la deuda con el precio obtenido. Se trata, pues, de una intervención directa y forzosa en el patrimonio del deudor. Pero nótese que dicha ejecución patrimonial versa sólo sobre «pignos»; esto es, sobre cosas muebles, y no sobre las inmuebles. En efecto, si dentro de la casa no se encuentran cosas muebles, cabía la posibilidad material de hacer vender la casa, el inmueble. Sin embargo, la solución que el párrafo da es muy otra: si en la casa no hay prendas, es apresado el deudor. No hay, pues, ejecución patrimonial forzosa sobre los bienes inmuebles, y por eso se acude a la prisión de deudor, agotada la vía de la ejecución de los bienes muebles.

En relación con este párrafo 115 hay que interpretar el 156. Según éste, el deudor sólo puede incurrir en prisión si no da sobrelevador; esto es, si no presenta a alguien que responda por él, que sea su fiador. Lo que no indica es cuándo debía el deudor presentarse al sobrelevador. Pero como el sentido del texto es tajante, seguramente en cualquier momento podría dar fiador, incluso cuando ya hubiese fracasado el intento de ejecución sobre los bienes muebles. Por tanto, hay que concluir que, según el Fuero de Uclés, la prisión del deudor se aplica cuando ni hay bienes muebles en su casa ni presenta sobrelevador.

rancuroso, et hoc duplo accipiat el iudice sua medietate; et si non se dexaret prender al iudice, pectet LX mencales. Et isto saion nol respondat per istos pennos unquam».

F. Uclés, 156.—«De preson.—Totus homo qui ad alio prendiderit ille danno (sic) sobre levador, sicuti est foro duces. pectet sesenta mencales».

F. Uclés, 170.—«De preso, como deve escusar.—Nullus homo non se escuset per preson, si non foret preso in cormas, vel in cadenas, aut in ferros; et si ita fuerit captum non respondat ad alium usque dum pectet illud et per quen captus est; et si ita non fuerit captus, quicquid querimoniam habuerit de eo, prendat eum sine calumpnia».

¿Hasta qué momento proseguiría preso el deudor? Indirectamente puede obtenerse contestación a esta pregunta leyendo los párrafos 115 y 170 del mismo Fuero. El 115 dice que el deudor preso ha de pagar el doble de lo debido, recibiendo el acreedor su crédito, y el juez, otro tanto. Y si el deudor no se dejó apresar pacíficamente, ha de pagar, además, sesenta mencales como pena por resistir a la justicia. Evidentemente no tendría sentido aumentar la cantidad del débito impagado en más del doble, si no se supiera que el deudor podía pagarlos¹⁶. Del mismo modo es lógico pensar, que tan pronto entregase al acreedor y al juez las respectivas cantidades saldría de la prisión, o, mejor dicho, del lugar en que lo tuviera el acreedor, ya que antes había sido entregado *ad manus del rancuroso*.

El párrafo 170 confirma esta interpretación. Aquí se dice que si el deudor está preso *in cormas, vel in cadenas, aut in ferros... non respondat ad alium usque dum pectet illud et per quem captus est*. Así, pues, cualquier otro crédito contra el deudor preso en tal forma, sólo podrá ser pagado después de saldar aquél por el cual está preso.

En resumen: la prisión del deudor, regulada en los párrafos 115, 156 y 170 del Fuero de Uclés reúne los siguientes caracteres: a) Se refiere al deudor no insolvente, sino solamente moroso. b) Es subsidiaria de la ejecución de bienes muebles y de la fianza. c) El deudor estaba preso con hierros o cadenas en poder de su acreedor. d) Cuando el deudor pagaba lo debido más las *caloñas* judiciales, quedaba completamente libre.

Análogas características reúne la prisión del deudor forastero o aldeano. Sólo se llega a ella en defecto de prendas que vender (aunque aquí no se especifica qué había de hacer el acreedor con los bienes que tomase en prenda), o a falta de sobrelevador. Y también el deudor queda bajo el directo poder del acreedor demandante hasta que pague lo que debe (*dum reddat quod debet*)¹⁷.

16. Pensemos, en efecto, que el deudor no es insolvente, pues tiene casa propia; y, en último extremo, el sobrelevador responde por él.

17. Cfr. pfo. 92 en nota 15.

Finalmente, es necesario estudiar el párrafo 112 de este mismo Fuero de Uclés. Comienza indicando ¹⁸ que el deudor manifiesto, esto es, el que ha reconocido la deuda, tiene un plazo de nueve días para pagarla, al cabo de los cuales, el acreedor puede tomarle bienes por valor doblado al del crédito. Hasta aquí coincide con el párrafo 115 ya visto. Pero luego añade: *et si non invenerit aver, mitad suo pede et iuret que no lo habet*

La clave de esta frase está en la palabra *aver*. Como es sabido, en el lenguaje de los Fueros municipales significa en ocasiones «crédito», y en otras, «patrimonio», «hacienda», conjunto de bienes ¹⁹. Aquí equivale a este segundo sentido, a patrimonio, a bienes en general. Es decir, se trata del caso en que el deudor parece no tener bienes. Entonces también podría, según el párrafo 156, presentar sobrelevador. Pero, ¿y si no lo encontraba? Si así fuera, no tendría más solución que jurar que no tenía bienes y «meter el pie».

¿Qué quiere decir esta equívoca expresión? En el Fuero de Uclés no hay ningún otro texto que ayude a aclararla. En otros Fueros volverá a aparecer, y aunque su sentido nunca es fácil de interpretar, el examen comparado de varios textos permite entender su significado. Pero, ¿es lícito aplicar al Fuero de Uclés, sin más, el sentido de esta frase en otros Fueros? No hay duda de que tal asimilación pecaría de imprudente, no habiendo, como no parece haber, ninguna semejanza formal entre este texto y otros de distintos Fueros, que permitiera relacionarlos entre sí.

De este modo, abandonado a sí mismo, el párrafo 112 queda en la oscuridad, o, al menos, en una densa penumbra. No obstante, parece ser que con su juramento y esa garantía de «meter el pie», el deudor insolvente quedaba exento de entrar en prisión, pues, de lo contrario, el juramento no tendría sentido. Y, además, de existir la prisión en este supuesto, es ló-

18. Cfr. nota 15.

19. Cfr., por ejemplo, los vocabularios de Max GOROSCH a F. Teruel, o el que sigue a la edición de F. Plasencia; en ellos se da a la palabra este doble sentido. Cfr. también lo que decimos respecto a este término en F. Usagre.

gico pensar que el texto lo hubiera dicho como en los anteriores párrafos.

5. *Fueros de Zamora, Ledesma y Alba de Tormes.*

Dando ahora un imaginario salto hasta el otro extremo de la meseta, vamos a estudiar los Fueros del área vetona ²⁰.

El párrafo 82 del Fuero de Zamora ²¹ indica un precepto análogo en su esencia a los de otros Fueros ya vistos. Según él, ningún juez puede apresar a nadie que tenga bienes por valía de cien maravedís, o dé en garantía bienes raíces de igual valor. La prisión, pues, es una medida que se toma cuando no hay garantías reales suficientes.

Esta norma es repetida y desarrollada en el párrafo 49 ²².

20. Cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, pág. 441.

F. Salamanca no menciona la prisión del deudor. En cuanto a los de Usagre, Coria, Béjar y Plasencia serán estudiados más adelante.

21. F. Zamora, pfo. 82: «Que ningun omne non sea preso que ualia ouier de C. mr.—Aqueste es el fuero e establecimiento que puso el conceio de Çamora que ualga por siempre yamas: quelos iuyzes que fueren que non passen mays de como manda el fuero. Nengun iuyz nen iurado non sea osado porprender nen por encephar a ome que ouier ualia de C. mr. odier rayz en C. mr. como el fuero manda; ca el que lo presier o lo encephar, pecharlea L. mr. E los otros iuyzes a que fur dada esta querella, luego lo den enfiado como el fuero manda, e selo non fezieren assi, cayales en periuro e pechenle L. mr. E se el iuyz dixier quello non dara araygado, cafudado por for fechor, seyo non prouaren ata IIII dias, pechele L. mr. E se otro omne dixier que le prouara que fu dado por fechor, seyo non prouaren ata quatro días, peychele L. mr.».

22. F. Zamora, 49.—«De rayz.—Omne que pidir rauz aomne desraygado e nonle la quisier dar, e ouier afrontas de bonos omes, pechele X mrs. E desdi, hulo trobar prendalo con sos amigos e con sos parientes sencalonia. E quanto mal le fezieren, sese quisier anparar, endurescelo; e quanto el fezier, pechelo. E aquel que demandar ela rayz, tres uegadas diga «dame rayz», ante que meta enel mano, alli hu le damanda ela rayz= E sel otro dixier «daruos ei rayz» nonbre tres casas de uecinos hu lela dey; e se non le dier rayz en aquellas tres casas e ouier afronta de omnes bonos prendalo sin calonia. E atal presion non (en el texto E la palabra «non» no figura) le dey per que mora nelo lise nen le uiede uida ata cabo de nueue dias. Ese enes-

Como casi todos los textos hasta aquí vistos, también éste requiere una interpretación cuidadosa. El hombre que «pide raíz» a otro, es, desde luego, su acreedor; pero el crédito no consiste precisamente en la entrega de ese bien inmueble, sino que el bien raíz es exigido como garantía de otra obligación no mencionada en el texto. Así se desprende del hecho de que el deudor ofrezca dar esa garantía inmobiliaria acudiendo a tres vecinos; es decir, que asegura al acreedor que cualquiera de esos tres vecinos nombrados dará en garantía algún bien raíz. Si así sucedía el acreedor quedaría tranquilo al ver un bien inmueble asignado como garantía del posible incumplimiento del deudor; y, por tanto, según lo prescrito por el párrafo 82 ya comentado, no se produciría la prisión del deudor.

Pero podía suceder que esos tres vecinos nombrados por el deudor no estuvieran dispuestos a ofrecer la garantía pedida, en cuyo caso el deudor caía inmediatamente en la prisión del acreedor. El texto dice que la prisión ha de ser tal, que el acreedor, durante los nueve primeros días, no ha de maltratar —o al menos no ha de lisiar— al deudor, ni privarle de la vida (*nen le viede la vida*), lo cual probablemente quiere decir que ha de mantenerlo para que no muera de hambre o de sed.

Durante esos primeros nueve días el deudor tiene a su favor otra posibilidad, la última: la de que se presente alguien «que lo lieve sobre sí», o sea, que pague al acreedor lo que se le debe, y en consecuencia quede constituido como nuevo acreedor con potestad para llevarse al deudor preso ²³.

Ahora bien; si no se presenta sobrelevador en favor del deudor, ¿qué puede hacer el acreedor para cobrar su crédito?

tos IX dias axar omne que lo lieve sobresi, pola demanda e pola callonia, denno sobre atal omne; ese non dier enestos IX dias omne que lo lieve sobre si, este aso cosimiento del que lo touier preso».

23. Aunque esto último (es decir qué hace el sobrelevador con el preso y si paga o no la deuda de éste) no está dicho expresamente en el texto, parece que la interpretación más lógica es la de que el sobrelevador tenga que pagar, pues ya no se dice que presente garantía inmobiliaria alguna. Estamos ante una última oportunidad que ya sólo puede consistir en satisfacer al acreedor su derecho.

Pensemos que el deudor no tiene ni bienes por valor de cien maravedís, ni garantía real propia o ajena, pues si los tuviese no habría sido metido en prisión (recuérdese la prohibición del párrafo 82). Se trata, pues, de un deudor abandonado a sus propias fuerzas patrimoniales, puesto que no encuentra sobrelevador, y éstas, o son nulas, o, por lo menos inferiores en valía a cien maravedís. Es decir: estamos ante un deudor insolvente por carencia total de bienes o por insuficiencia de éstos en relación con lo debido y con el tope mínimo establecido en el Fuero.

En tal situación, el acreedor lo único que puede hacer es precisamente lo que el texto le permite: quedarse con la persona de su deudor, quien permanece así a su disposición. De nuevo, pues, la prisión del deudor insolvente se transforma en servidumbre de éste en favor del acreedor.

Por su parte, el Fuero de Ledesma presenta en su párrafo 106 un precepto semejante al del párrafo 82 del Fuero de Zamora²⁴. Más adelante, en el mismo Fuero de Ledesma, aparecen otros textos, en los que, si bien de modo indirecto, se fija la norma de que nadie pierda sus bienes ni su libertad si presenta fiadores. Vuelve aquí a repetirse claramente el carácter subsidiario de la prisión²⁵. Lo mismo sucede en el Fuero de Alba de Tormes, según el cual, la prisión del deudor (al menos cuando éste es judío) sólo se permite a falta de prendas en la casa del mismo, y de «casa con pennos» ofrecida

24. F. Ledesma, pfo. 106: «De omne sobre cabar.—Todo omne que alcaldes quisieren sobrecabar, se ualia oujeren de su auer de C morauis, non sea preso, mas este sobre si, fueras se matar omne o furtar o forciar mugier ayena o rossar mançeba ayena sin su grado».

25. F. Ledesma, 242.—«De portero de rey.—Nullo portero de rey non prenda cosa de uizino de Ledesma njn de su termino. Si rey o senior rancura ouier de uizino, alcaldes prendan aueres, casas, cuerpos, se fezieren porque. Et se fiadores dier que este aderecho, nonlle prendan el cuerpo njn casas njn aueres, se non fur por omne justiciar. Et quien aporterero su casa anparar, non aya calonmia».

F. Ledesma, 400.—«De sobrecabar iudio.—Judio aque alguna cosa aposieren, si bonos fiadores dier que faga quanto mandar el rey o los alcaldes, non seya preso el njn su auer njn su cuerpo, se omne non matar, por firmas de iudios e de christianos».

por un tercero. Se advierte también en este último Fuero que la prisión terminará cuando el deudor pague o presente «casa con pennos», esto es, la casa de alguien que salga como su fiador y permita que se tomen prendas entre sus bienes ²⁶.

6. *La prisión por deudas en los Fueros de la familia del de Cuenca: estudio comparativo de sus textos, con especial referencia al minucioso régimen contenido en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.*

Los Fueros de la familia del de Cuenca dedican a la prisión por deudas una atención muy desigual ²⁷. En los de Alcalá, Brihuega, Fuentes, Coria, Usagre y Sepúlveda son muy escasos los preceptos destinados a regular la prisión del deu-

26. F. Alba de Tormes, 39.—«Fuero de iudio.—Todo cristiano que rencura ouiere del iudio, tome I cristiano e I iudio, e prende I penno qual le diere el iudio; e si el iudio lugo non parar fiel sobre su penno, otro dia uaya el cristiano a casa del iudio, e prende I peno qual se tomare por su mano con I cristiano e I iudio; e cada dia asi prende el cristiano al iudio fasta que aya derecho. E si el cristiano non falare pennos en casa del iudio que pendrar, tome I cristiano e I iudio, e lieuelo ante el alcalde; e del casa con pennos o prende a nuestro fuero, como deue pendrar en casa iudio. E si el iudio non ouier casa con pennos, tome el cristiano al iudio sin calomia fasta que de casa con pennos, ola deuda o derecho por ela».

27. Se incluyen aquí los de Cuenca, Teruel-Albarracín, Zorita, Béjar, Plasencia, Sepúlveda, Soria, Alcalá, Brihuega, Fuentes, Coria y Cáceres-Usagre. Como ya se advirtió antes, se agrupan estos Fueros atendiendo al tratamiento de la prisión en cada uno de ellos, sin prejuzgar que los expuestos en primer término sean más antiguos, ni que, dentro de cada grupo, el citado en el primer lugar sea el que sirviera de fuente a los demás. En cada momento, y con referencia a cada texto, se irán señalando sus semejanzas y diferencias con los demás; y luego se resumirán estas relaciones, extrayendo de ellas las oportunas conclusiones.

En cuanto a los miembros de la familia del Fuero de Cuenca, cfr.: UREÑA, en los capítulos III, IV y V de su edición de F. Cuenca; G. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, Madrid, octava edición, 1952, págs. 69 a 71, y MARTÍNEZ GILÓN, J., *El régimen económico del matrimonio y el procedimiento de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, AHDE, 1959, págs. 45 a 151, especialmente págs. 48 y 49.

dor. Algo más explícito es el Fuero de Soria. Finalmente, los de Cuenca, Teruel²⁸, Zorita, Béjar y Plasencia tienen numerosísimos párrafos acerca de dicha institución, guardando entre sí una íntima relación de semejanza, tanto en el contenido como en el aspecto puramente formal.

Se estudian, primero, aquí los Fueros de Alcalá, Brihuega, Fuentes, Coria y Usagre, porque guardan muy poca relación con los demás. Luego, serán expuestos los numerosos y complejos textos de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia: a continuación, el Fuero de Sepúlveda, cuyos escasos textos relativos a la prisión son semejantes a algunos párrafos de los Fueros antes citados, y, finalmente, el Fuero de Soria, que se examina en último lugar no porque *a priori* sea considerado el más moderno en sus párrafos sobre la prisión, sino para facilitar su comparación con los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.

A) Según el Fuero de Alcalá²⁹, todo demandante tenía

28. De este Fuero se citará en cada caso el párrafo de la redacción latina (F. Teruel, L., 171) y su correspondencia con la redacción romance (F. Teruel, R., 144 ó FTR, 144) y con el Fuero de Albaracín (F. Alb., 43). Si no se dice nada más, es que la correspondencia es plena; las omisiones, adiciones o modificaciones de interés se indicarán en cada caso. Para la relación con F. Alb. nos remitimos al estudio de M. GOROSCH, en su ed. de FTR, págs. 21 y sigs., y el cuadro de comparaciones y equivalencias de las págs. 26 a 35. En cuanto a la ed. fragmentaria del Fuero latino de Albaracín, publicada por GONZÁLEZ PALENCIA en el AHDE, VIII, págs. 417 a 495, no ofrece particularidades dignas de mención.

29. F. Alcalá, 26.—«Todo ome qui demandare ad otro vecino dAlcala quel deve aver o a rencura de el e delante III vezinos o delante iudez o delante II alcaldes le demandarea fiador de mandamiento e no se lo diere, prendalo sin calona; e si lo tomare in aldea, que lo pueda aducir a la vila de dia —si non adugalo otro día— delante iudez o delante los alcaldes o delante qui tuviere la senal del iudez; e si al dia quel tomare no lo aduxiere a la vila delante estos conombrados e ala trasnochare, peche LX soldos; e desta calona el señor haia el tercio, e el rencuroso todo lo al. E si aliquid homo abstulerit eum in via o in algun logar per forza, peche LX soldos, e torne el ome a la preson; e si dixiere que no lo puede aver aquel home, iure per sua caveza e peche LX soldos, e fagas se dono de boz, e responda por el foro. Si negare que no ie lo tolo, firme con III vezinos o con II alcaldes; e

derecho a exigir al demandado un fiador. Téngase en cuenta que este fiador de mandamiento ha de ser presentado al comienzo del juicio en el cual se reclama el pago de la deuda, por lo cual dicho fiador es de los que aseguran tan sólo que el demandado comparecerá al juicio y cumplirá la sentencia condenatoria si ésta se produce³⁰. Puen bien; si el demandado no ofrece fiador de mandamiento, el demandante lo prende inmediatamente.

En el caso de que el demandado sea aldeano, no vecino, el acreedor lo lleva a la villa y allí busca en tres sucesivas tentativas fiador de mandamiento. Si lo encuentra, el demandante queda libre, al menos hasta el fin del proceso (*sil fiaren, bien*); y si no, es apresado. Por lo demás, el Fuero establece la obligación que tiene el acreedor de tutelar al deudor aldeano mientras van camino de la villa en busca de fiador; y dice también que si durante este viaje alguien facilitase la evasión del deudor demandado, debe volver a entregarlo al acreedor o responder procesalmente en lugar del evadido³¹.

En ambos casos la prisión es del simple demandado. No se trata aquí del hombre que ha sido vencido en juicio, o que ha confesado ser cierta la obligación, sino del que es demandado por otro hombre que dice ser su acreedor. La prisión del demandado garantizará la comparecencia de éste en el juicio y nada más, pues cabe la posibilidad de que el demandado preso demuestre que no es deudor o que pagó la deuda, o que por cualquier otra razón no sea condenado a pagar nada al acreedor; y es claro que en tales situaciones quedaría inmediatamente libre. Es ésta, pues, una prisión no en aseguramiento del pago de una obligación que quizá no exista,

si non pudiere firmar, faga el la manquadra, e saivese el otro con VI et el seteno».

30. Ya se verá cómo el pfo. 127 demuestra que esta interpretación es la justa.

31. Cfr. la segunda parte del pfo. 26, y el siguiente pfo. 141: «El qui fore preso e aducho a la vila e dixiere «devadme a fulan» usque III conombre in vila quel fiaren; sil fiaren, bien; e si non, tengalo sin calona ninguna».

sino en garantía de la comparecencia del demandado en el juicio.

¿Y si el demandado era vencido en el juicio? En tal caso, si tenía fiador de mandamiento éste lo entregaba al acreedor, para que lo metiera en prisión o en su casa. Pero el fiador, además, había de entregar al acreedor todos los bienes del deudor vencido; y sólo entonces, cuando el fiador cumplía ambos deberes y juraba que el deudor no tenía más bienes ocultos, quedaba libre de la fianza prestada ³².

Si el demandado ya estaba preso por falta de fiador, hay que pensar que en el caso de ser vencido continuaría en la prisión, y que alguien, probablemente las autoridades judiciales, se encargarían de cumplir las operaciones que hubiese desempeñado el fiador de mandamiento.

Lo extraño de este texto del Fuero de Alcalá es que la prisión del deudor vencido en juicio no es subsidiaria, sino que se toma como medida inmediata, tan pronto como pierde el juicio. Y, sin embargo de ella, el fiador de mandamiento hace entrega de todos los bienes del deudor. ¿Quedaría en libertad el deudor una vez el fiador de mandamiento hubiese dado los bienes suyos, y se hubiese comprobado que eran de valor bastante par satisfacer el importe de la obligación aún impagada? El Fuero de Alcalá no dice nada a este respecto. Pero hay que suponer que sí, pues otra solución sería inexplicable y excesiva. Sólo en el caso de que los bienes fueran insuficientes o inexistentes se prolongaría la prisión del deudor.

La prisión como medida aseguradora de la comparecencia

32. FAlcalá, 127: «Todo ome qui ad otro fore fiador de mandamiento e fore menzudo, aquel que fio adugalo con sua bona, e denle, cepo et metalo hi o en casa daquel a que lo fio, e de hi III mazadas en el cepo, e escase de la fiadura; e si no le diere cepo o cadena en que lo meta, metalo in casa o in corral e sin armas, e adugad sua bona toda de preso, e delo todo, e iure que mais bona non tiene e non haveat; con II vezinos lo iure. Et la raiz ala o fuere, Alcalá vaya a tomar, e después esca de la fiadura esto cumplido; e si esto non cumpliere, peche, e si a pechaar oviere, denle XXX dias, e a XXX dias de el ome o peche las calonas, e si fore vencido ante alcaldes; e si non fore vencido ante alcaldes o ante sennor, fagas duenno de voz».

en juicio, vuelve a regularse en el Fuero de Brihuega ³³, también en defecto de prendas reales y de fiador. Hay algún parecido formal entre el párrafo 84 del Fuero de Brihuega y el 26 del Fuero de Alcalá: el fiador cumple en ambos la misma función (impedir que el demandado se vaya); la prisión ha de realizarse ante el juez y tres vecinos como testigos; el deudor ha de ser preso sin armas ningunas, como establece también el párrafo 127 del Fuero de Alcalá.

Aunque estas coincidencias quizá no basten para afirmar una relación directa entre uno y otro Fuero, si tenemos en cuenta las circunstancias relativas a la Reconquista de esos dos lugares y a la forma y momento de obtención de Fuero por cada uno de ellos, habrá que pensar que la hipótesis de una influencia del Fuero de Alcalá en el Fuero de Brihuega, al menos en este punto, es muy probable.

En efecto; Alcalá es reconquistada por Alfonso VI en 1085 ³⁴, quien poco antes había adquirido un bello y ameno lugar, prácticamente despoblado, en el que fué creciendo Brihuega ³⁵. Ambos Fueros, el de Alcalá y el extenso de Brihuega son confirmados por el Arzobispo de Toledo (a quien pertenece Brihuega) en fechas, sin duda, cercanas ³⁶. El Fuero de Alcalá es el resultado de una larga elaboración del concejo y los señores, confirmándose después por el famoso Arzobispo Ximénez de Rada ³⁷, lo cual es garantía de que se procuró recoger en él el Derecho vivo de la localidad. Como el Fuero

33. F. Brihuega, 84.—(Este párrafo no tiene correspondiente en FFuentes): «Qui quisiere prender a tro.—Tod omme que ouiere de prender a otro prendalo con derecho et demandel casa con pennos et fiador que nos alze et si esto non quisiere fazer: fagal III testigos et prendalo sin calonna ninguna et lieuelo ante el juez et el juez metagelo en poder: sin armas ningunas et si dotra guisa lo prisiere o lo leuare a otra casa peche CCC soldos».

34. Cfr. Julio González, *Reconquista y repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos xi a xiii)*, en «La Reconquista española y la repoblación del país» C. S. I. C., Zaragoza, 1951; cfr. aquí, pág. 167.

35. Cfr. prólogo a edición de FBrihuega, págs. 15 a 17.

36. Cfr. GARCÍA GALLO, *Aportación...*, notas 146 y 147.

37. GARCÍA GALLO, *Ibidem*, nota 146.

de Brihuega es posterior en unos pocos años al de Alcalá³⁸, es natural pensar en la influencia que éste ejerciera en aquél. Al menos en los párrafos concernientes a la institución que aquí se estudia, parece seguro que el redactor del Fuero de Brihuega debió conocer la redacción del Fuero de Alcalá, o un texto que sirviese de fuente al Fuero de Alcalá en esta materia.

Pero este parecido entre dichos Fueros, debido probablemente a influencia directa del de Alcalá en el de Brihuega, no vuelve a repetirse en los demás preceptos que el Fuero de Brihuega dedica a la prisión por deudas. Examinaremos en primer lugar el importantísimo párrafo 228 del Fuero de Brihuega³⁹.

Indica que los alcaldes han de dar al deudor que ha perdido el juicio un plazo de nueve días o de «tres nueve días», según la cuantía de la deuda, para que la pague⁴⁰. Y si pasado este plazo el deudor no había cumplido lo debido, se procedía directamente a la ejecución patrimonial forzosa de sus bienes; si tenía muebles, el corredor los vendía, pagaba al acreedor y «lo demás tornelo a su sennor». Si no había bie-

38. El de Brihuega es concedido en 1239 ó 1240; el Arzobispo Ximénez de Rada muere en 1247. Si FAlcalá se elaboró lentamente es probable que lo fuera durante los años anteriores.

39. FBrihuega, 228 (coincide exactamente con él el pfo. 126 de FFuentes): «Por quanta metan alcaldes en ix dias.—Por toda debda hata ij moravedis metan los alcaldes en ix dias et de ij moravedis ariba metanlo en iij ix dias et si a aquestos plazos no pagare: uayan los alcaldes dar entrega atal: deque pueda el querellosos auer lo suio et poche medio maravedi a los alcaldes et si los alcaldes non quisieren dar entrega al querellosos: los iurados den entrega en casa de los alcaldes et si los iurados non quisieren dar entrega: uayan bonos omes de conceio et den entrega en casa de los iurados, et los alcaldes non den entrega de ix dias dia de pascha ni de domingo ni de otro dia: ante de missa ni depues de uisperas si mueble ouiere: den entrega de mueble et si mueble no ouiere: den entrega en rayz et esta entrega tengala ix dias si fuere rayz: pregonela en conceio et si fuere mueble delo al corredor. Sy la rayz quitare el debdor o alguno de sus parientes hasta ix dias: dexengela. et si uendiere la rayz o el mueble: lo demás tornelo a su sennor ...» (el resto no interesa).

40. Luego se verá la frecuencia de aplicación de este plazo de nueve días para el deudor vencido en juicio («deudor acotado»).

nes muebles en el patrimonio del deudor se realizaba la venta de los inmuebles de éste, devolviendo igualmente a su dueño lo que sobrara del precio obtenido, una vez satisfecho el crédito. La venta la hace el corredor, y no se dice que el deudor dueño de los bienes tenga que dar su consentimiento ni siquiera para la venta de los bienes inmuebles. Se trata, pues, con toda evidencia de una intervención forzosa en el patrimonio del deudor.

Por la forma de redactarse el párrafo que estamos comentando, parece como si las medidas en él ordenadas se aplicasen un tanto a disgusto. Se prevé el caso de que los alcaldes o los jurados no quieran intervenir por la fuerza en los bienes del deudor, en cuyo caso se les pena haciéndoles responder con sus patrimonios personales. Es como si este procedimiento resultara un poco o un mucho atrevido, revolucionario; tanto, que hasta se calcula que es posible una resistencia contra él de las mismas autoridades que han de aplicarlo. Pero quien o quienes redactaran este párrafo debían estar muy decididos a que se practicase, por encima de cualesquiera escrúpulos o temores. Recordemos también que aunque en el Fuero de Uclés⁴¹ se permitía la venta de los bienes muebles («de los pignos») del deudor, no sucedía lo mismo con los inmuebles. La medida adoptada por el párrafo 228 del Fuero de Brihuega no aparece en ninguno de los Fueros aquí examinados.

Ahora bien; si el acreedor ha vencido ya al deudor demandado, y cuando éste no cumple lo debido, está facultado para intervenir en su patrimonio y cobrar la totalidad de su crédito, ¿sería necesaria la prisión del deudor? Evidentemente, no, por lo menos en cuanto prisión coactiva, para forzar el pago. Por ello en el párrafo estudiado no se menciona la admisión del apresamiento del deudor. Y no sólo eso, sino que más adelante el mismo Fuero dice con toda claridad que nadie puede ser preso si tiene bienes muebles o inmuebles con los cuales, con cuya venta forzosa, se satisfaga al acreedor⁴².

41. Cfr. pfo. 115 en nota 15.

42. FBrihuega, 313 (coincide con el 207 de FFuentes): «Qui ouiere rayz o mueble non prendan el cuerpo.—Tod ome de briuega que

El hecho es importantísimo, porque manifiesta que en Brihuega la intervención forzosa en el patrimonio del deudor elimina la prisión personal de éste. En los demás Fueros se ha visto que el deudor permanecía en la prisión como última garantía en favor del acreedor, que lo retenía preso mientras continuase sin pagarle y lo liberaba tan pronto como obtuviese satisfacción de su crédito. Era la prisión coactiva del deudor. Pero lo que no hacía el acreedor, según los textos forales hasta el momento examinados, era tomar los bienes del deudor y venderlos, y precisamente por eso tenía que esperar a que el deudor quisiera venderlos y se le forzaba con la prisión a ello. Esta era una garantía personal de que el deudor, tarde o temprano, y aunque sólo fuese para recobrar su libertad, pagaría.

Pero en el Fuero de Brihuega este tipo de prisión coactiva no hace falta. Se acude a otro procedimiento que a nosotros nos parece más sencillo e incluso más humanitario, pero del cual los hombres de aquella época quizá no opinasen lo mismo. Este procedimiento consiste en vender, aun en contra de la voluntad del dueño, los bienes muebles o inmuebles del deudor. En vez de esperar a que voluntariamente pague, y mientras tanto tenerlo preso, se opta por obrar directa y forzosamente contra su patrimonio.

Lo que se hace no es eliminar directamente la prisión del deudor en todas sus formas, sino tan sólo sustituir una de éstas, la prisión coactiva, por un procedimiento que satisface al acreedor de un modo preferible. Por eso, interpretando el párrafo 313 *a sensu contrario*, se comprende que el deudor insolvente, el que careciese de bienes muebles o inmuebles de «ques entregue el quereloso», sí podía ser preso, porque, en efecto, en tal situación no cabía la ejecución forzosa patrimonial. Y es que éste es el otro tipo de prisión por deudas, la prisión del deudor insolvente, la prisión servidumbre (43).

debda deua a otro. auiendo rayz o mueble de ques entregue el quereloso: nos torne al cuerpo por la debda».

43. También interesa el pfo. III de F. Brihuega, que no tiene equivalente en FFuentes: «Por ome o mugier que demandare debda.—

B) Los Fueros de Coria y Usagre tienen varios párrafos dedicados a la prisión por deudas, guardando entre sí gran semejanza. Acerca de la paternidad del Fuero de Coria respecto a los Fueros de Cáceres-Usagre no puede cabernos duda alguna ⁴⁴; pero, además, es interesante señalar la existencia de ciertas asemejanzas entre estos Fueros y los de Brihuega y Alcalá ⁴⁵.

Aunque la concordancia entre los respectivos párrafos no es literal ⁴⁶, nos encontramos regulada en todos ellos una institución análoga: la fianza y la prisión aseguradoras de la

«Tod omme de briuega et toda mugier que debda demandare a otro en briuega el que diere recabdo quel primero fue su debda: se entregue primero et segund deste: entreguense los otros, et si debda deuiere a ome de fuera de briuega, el ome de briuega se entregue primero». Después comparemos este precepto con FSoria, 427.

44. Cfr. MALDONADO, en su ed. cit. de FCoria, pág. XLIII a XLV y todo su capítulo VIII. Cfr. también GARCÍA GALLO, *Aportación...*, notas 166, 167 y 168.

45. Cfr. en este sentido también MARTÍNEZ GIJÓN, *Op. cit.*, páginas 146-151.

46. FCoria, 26: «Qui ovier querella de otro.—Quin querella ovier de otro, de ome sobre quien sea que no se alce, e si non lo dier, vendanlo sin calona fasta que de la calonna e cononbre su querella e meta la verdad que aquella querella a der, e si no dier verdad, non lo lieven sobre si e otro no tome aquel. E si sobresto lo prendiere, peche IIII maravedis al preso e quitese del. E si no lo quisier dexar e lo metier so techo, pechel VI maravedis. E si lo metieren en cepo o hierros, pechel XX. E quantos dias alla trasnochare, tantos XX maravedis peche, los medios al quereloso e los medios al que lo levava sobre si. E aquesto si ge lo pudier firmar; si no, jure con IIII e elle el V. Et si verdat no quisier meter que non ha quin lo lieve sobre si, prendanlo hasta que peche la calonna». (Equivale en todo a FUsagre, 29).

FCoria, 27: «Qui demandar casa con pennos.—Todo ome a quin demandaren casa con pennos, connombre tres vezinos que lo lieven sobre si, e si entre tanto alguno lo lievar sobre si, sueltenlo. E si destos tres ninguno non lo quisier lievar sobre si, prendanlo hasta que pague la calonna. E si después que preso fuer, dier ome que lo lieve sobre si, sueltenlo. E si non lo quisieren soltar, quantas noches alla trasnochar, tantos XX maravedis pechen.» (Equivale en todo a FUsagre, 30). Compárense estos párrafos con los de FAlcalá, 26, y FBrihuega, 84, en notas 29 y 33.

competencia en juicio. El fiador que ha de garantizar que el deudor «non se alce» es el mismo en Coria, Usagre y Brihuega; es el que el Fuero de Alcalá llama «fiador de mandamiento». Si el deudor no proporciona tal fiador al acreedor, éste lo prende «sin calonna»; esto es, con pleno derecho de hacerlo. La expresión es la misma en los cuatro Fueros⁴⁷. El número de los tres vecinos como posibles fiadores es también común a los Fueros de Alcalá y Uclés⁴⁸.

Estas semejanzas ¿se deben a una real influencia de los Fueros de la Extremadura castellana en los de Coria, Cáceres y Usagre, o se trata de simples coincidencias?⁴⁹

Desde luego, al menos en este caso, las afinidades de fondo o de forma no son tan importantes y rotundas como para afirmar una influencia directa. Por otra parte, pensemos que las circunstancias de la Reconquista y repoblación de Coria no parecen facilitar tales influencias. En cierto modo Coria es en la Extremadura leonesa una plaza análoga a lo que significó Sepúlveda en una época pasada en la Extremadura castellana; esto es, un lugar fronterizo, de toma y daca.

Aunque en 1079 la conquista Alfonso VI vuelve a manos musulmanas poco después; en tiempos de Alfonso VII la Crónica de este rey nos la muestra cristiana primero, en poder de los almorávides luego, y, finalmente, reconquistada por el Emperador. Pero tampoco esta reconquista es definitiva, sino que, otra vez perdida ante los almohades, fué reconquistada definitivamente por Alfonso IX en 1200⁵⁰. Este rey fué quien,

47. En la redacción de FCoria, 26, se dice: «vendalo sin calonna», pero debe ser un error del copista. Si lo vendiese lo vendería como esclavo, como siervo, sin límite de tiempo y sin posibilidad de rescate. Comparando FUsagre, 29 («prendat eum sine calumpnia»), FUsagre, 30 («prendat eum sine calumpnia») y FCoria, 27 («prendanlo hasta que...»), con FCoria, 26, en este sentido, parece claro que, en efecto, la frase de este último texto señalada es una equivocación material de «vendanlo», por «prendanlo».

48. Cfr., respectivamente, los párrafos 26 y 92.

49. Cfr., en este sentido, MARTÍNEZ GIJÓN, *Op. cit.*, págs. 146 y 151.

50. Cfr. MALDONADO, ed. FCoria, pág. XXXIII; J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, págs. 167 y 185; G. DE VALEAVELLANO, L., *Historia de Es-*

al parecer, más contribuyó a su intensa repoblación⁵¹. Así, pues, Coria fué castellana poco tiempo, y acabó siendo leonesa.

Démonos cuenta, además, de que Coria, al margen de la posible existencia de un Fuero de Avila, parece ser cabeza de un grupo de Fueros leoneses y portugueses, y que probablemente todos ellos fueron concedidos por Alfonso IX⁵². En tales circunstancias es lógico pensar que Coria debió ser un foco creador y emisor de Derecho para la Extremadura leonesa⁵³. Un rey tan leonés, tan poco castellano como Alfonso IX facilitaría la creación de un Derecho lo más peculiar posible y distinto al castellano, precisamente en una zona como ésta que seguía siendo fronteriza, aunque ahora lo fuese entre dos reinos cristianos.

Habida cuenta de estas circunstancias que nunca hay que perder de vista, es más prudente creer que las afinidades de los Fueros de Coria y Usagre con los castellanos, son simples coincidencias casuales; esto es, sin influencias directas. Esta idea ha de mantenerse salvo en los casos en que la redacción de los textos manifestara una evidente relación entre ellos; pero no parece, por lo visto, que los textos de la prisión por deudas guarden entre sí muy hondo parecido formal.

Además, en los Fueros de Coria y Usagre aparecen dos textos peculiarísimos y que no guardan relación ni parecido con ningunos otros párrafos de los Fueros municipales castellanos. Otra vez más, para entender el sentido de estos párra-

paña, I, 2, págs. 360 y 442; *Chronica Adefhonsi Imperatoris*, ed. de L. SÁNCHEZ BELDA, C. S. I. C., Madrid, 1950, págs. 84 y 123 y sigs.; UBIETO ARTETA, A., *Cómo se formó España*, Valencia, 1958, págs. 30 y 32 y los mapas adjuntos.

51. Cfr. J. CONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 185.

52. Sobre esto cfr. MALDONADO, *Op. y loc. cit.*, págs. XXVII a CCLXVIII. En contra, o más bien, dudando de la concesión de FCo-ria por Alfonso IX, cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, nota 166.

53. Cfr. GIBERT, R., en su estudio previo a FSepúlveda. En pág. 350 dice que, como otras ciudades fronterizas, Sepúlveda es un centro creador de Derecho en la Extremadura castellana. ¿No sería análogo el papel de Coria en su zona?

fos⁵⁴, hay que acudir a una interpretación metódica y detallada.

Según estos textos el derecho del acreedor sobre el deudor era puesto de manifiesto por la existencia de ciertos signos exteriores que el deudor llevaba sobre sí (hierros en manos y pies). El derecho que tales signos representan consistía en la garantía personal que el deudor daba al acreedor, comprometiéndose a llevar las anillas hasta que pagase, momento en que se vería libre de ellas; y además, en la preferencia del crédito así reconocido y protegido públicamente, frente a los otros posibles acreedores. Es decir, que, llegado el momento en que apareciesen otras demandas, el acreedor, haciendo ver que el deudor era «su preso», cobraba su crédito con prioridad ante cualesquiera otros acreedores.

Aunque en los textos no aparece el momento de constitución de la garantía, sino sólo el de su realización, no es probable que el vínculo representado por las anillas naciese junto con la obligación, sino más bien cuando ésta fuese vencida y reconocida por el deudor, bien voluntariamente o como resultado de un proceso. Así se deduce del hecho de que el acreedor, cuando reclama al deudor-preso que tiene ya otros acreedores posteriores, no discute el crédito, sino que lo que somete al examen de los dos alcaldes o los tres hombres buenos es tan sólo la existencia de los signos exteriores demostrativos de la vinculación personal del deudor.

En cuanto al modo de cobrar los otros acreedores, se ve claro que el acreedor preferente, cuando había cobrado su crédito, había de presentar al deudor, seguramente para demos-

54. FCoria, 253: «Qui dixier este es mi preso.---Todo ome que dexier este es mi preso por mi aver, e otro ovier delle querella por su aver, si troxier fierro en mano o en pies, e ome de su servicio e de su pan e andodier con el, sea su preso. E esto que lo vean dos alcaldes ho tres omes buenos, que al primero dara su aver. E dende arriba venga el que primero lo preso, e de a todos sus deudores a su cuenta. El que primero lo toviere, responda con el al otro, e el otro eso mismo faga. E responda e jure con tres vezinos, ho firme que esa querella a del que demanda, e respondal el preso. E si venciere el preso, vaya en paz, e si non, vaya preso fasta que de su aver al contendor». (Equivale puntualmente a F. Usagre, 261).

trar a los otros acreedores que su deudor común no se había evadido. Y entonces se realizaba la discusión de las otras demandas entre cada acreedor y el deudor, no entre aquéllos y el acreedor preferente. Si vence el segundo acreedor, o el tercero, el deudor «vaia preso fasta que dé su aver al contendor». Es decir, que el vínculo del apresamiento se trasladaba en favor de este segundo o tercer acreedor hasta que cobrase. Pero tal vínculo consiste siempre en lo mismo: el deudor se va preso; se va *preso*, pero *se va*.

Obsérvese ante todo que aunque el texto llama preso al deudor, éste queda siempre físicamente libre. Por lo que se puede decir que es ésta una prisión no real, aparente. Aunque la libertad fuese un tanto vigilada, como parece indicar la presencia junto al deudor de «comes de su pan» (al servicio del acreedor, se entiende), permitía al deudor no sólo moverse a placer, sino incluso traficar o, por lo menos, contraer nuevas obligaciones.

Es decir, que la privación de libertad del deudor no se da aquí. Quizá, a lo sumo, experimentara cierto descrédito cuando sus convecinos comprobaran la existencia de las anillas o hierros. Pero ese descrédito se reflejaría tan sólo en el campo civil, como advertencia para otros acreedores que exigirían el pago instantáneo de cualquier obligación contraída a partir de entonces, a no ser que les constase que el caudal del deudor era suficiente para pagar la primitiva deuda y las posteriores ⁵⁵.

Por tanto, lo único que se ha conseguido con el establecimiento de esas anillas es una prelación de créditos. Las anillas, «la prisión», son tan sólo un dato externo, formal, de una situación en que se encuentra el patrimonio del deudor. Pero la persona de éste no sufre, no es constreñida a nada, no padece en su libertad. De ahí la calificación de prisión aparente.

Pero ¿en qué consistía la protección que el acreedor recibía con esta medida? Hemos dicho que el acreedor tenía un derecho de preferencia ante otros posibles y posteriores

⁵⁵. En los textos no se dice que el deudor no pudiera contraer más débitos, sino que se establece una preferencia del crédito asegurado entre otros posibles créditos posteriores.

acreedores. Pero, en definitiva la simple anteposición de su crédito no resuelve nada a cualquier acreedor. A éste lo que le importa es cobrar, no le basta saber que los demás han de esperarse a que él cobre; el derecho de preferencia actúa más que contra el deudor frente a los demás acreedores. Pero por sí mismo, directamente, no da ninguna solución a cómo cobre el primer acreedor.

En los textos se dice que una vez reconocido el deudor como «preso suyo», «al primero de su aver». De esta frase caben dos interpretaciones: a) Que el deudor entrega todo su patrimonio, su «aver», al acreedor, y es éste, quien después de cobrar su crédito, «de a todos sus debitores a su conta». b) Que se refiera sólo a que el deudor pague al acreedor su «aver», su crédito ⁵⁶.

Para aceptar la interpretación a) encontramos los siguientes obstáculos: uno, que al principio del texto el término «aver» significa claramente «crédito»; en segundo lugar, que de ser cierta la interpretación, los restantes acreedores se entenderían probablemente con el primero, ya que éste tendría en su poder todo el patrimonio, y no con el deudor, como se dice en la segunda parte del texto. Y análogamente, si triunfaran los acreedores en su demanda, se les pagaría trasladando bienes de manos del primer acreedor a las suyas; pero no se diría que el deudor «vaía preso fasta que de su aver al contendor». Además sería una excesiva intervención forzosa en el patrimonio del deudor, que sería depositado en manos del acreedor, incluso por cuantía superior a la valía del crédito; medida ésta tan extremada que, de existir, sin duda hubiera sido explicada claramente por el texto.

Por todo ello parece más acertada la segunda interpretación. Los alcaldes o los tres hombres buenos reconocen que el preso pertenece al acreedor que lo reclama, y le ordenan que dé su «aver» al acreedor, que le pague. Si así lo hacía continuaba respondiendo ante los demás acreedores, puesto que el primero ya había cobrado en lugar preferente.

50. También en estos Fueros el término «aver» se toma como equivalente a bienes o patrimonio (así, en FUsagre, 24 y FUsagre, 230) o significando crédito (cfr. FUsagre, 405 y 408).

Pero ¿y si entonces el deudor no quería pagar? Es natural que se le obligaría a ello. Pero como no había prendas reales en poder del acreedor, el modo de forzarle al pago consistiría seguramente en la prisión efectiva. Así parece indicarlo el hecho de que se obligue al acreedor primitivo, bajo pena de pagar la petición al demandante, a que presente el deudor a los restantes acreedores: si podía y debía presentarlo es porque lo tenía en su poder, preso ⁵⁷.

En resumen, la garantía del acreedor primero consistía en un derecho de preferencia de su crédito ante los demás; derecho que se realizaba cuando el deudor había incumplido otras obligaciones contraídas con posterioridad a la primera, y la reclamación procesal de ellas daba a entender que era llegado el momento de sacar provecho de la medida de seguridad. En efecto, la presentación del primer acreedor detenía el proceso entre el deudor y el segundo o segundos acreedores, y cuando se reconocía la preferencia del primero se ordenaba al deudor que le pagase. Si lo hacía, continuaba el proceso contra él por los demás créditos. Si no pagaba, quedaría en poder del primer acreedor hasta que lo hiciese. Sólo después el acreedor («aquel que primero lo tuviese») lo presentaba al demandante y se llevaba a fin el proceso antes iniciado.

De este modo se ve que la inicial libertad física del deudor viene a desembocar en la prisión efectiva cuando, reincidente en el hecho de no pagar, el primer acreedor lo apresa realmente hasta que cumpla lo debido.

El inconveniente fundamental de este sistema en cuanto a la percepción por el primer acreedor de su crédito radica en esa fase de libertad en que se dejaba al deudor. Durante ella éste podía contraer otras obligaciones y pagarlas inmediatamente. Si así lo hacía, si las cumplía sin necesidad de acudir a un proceso, el acreedor primitivo no tendría probablemente noticia de ellas, y el deudor iría disminuyendo su patrimonio, y tal vez cuando el acreedor interviniera hallase que realmente el patrimonio del deudor estaba agotado.

57. F. Usagre, 261: «... Et si non ge lo parare delante el pectet la petición al quereloso...».

Y ¿qué pasaría si en el momento de ir a realizar la garantía el deudor era insolvente? Los textos no dicen nada y es, por tanto, aventurado imaginar ninguna contestación; pero quizá en tal situación se llegase a la prisión servidumbre.

Otro peligro de este sistema era el de que el deudor se evadiera. La misma presencia junto a él de esos hombres que van vigilándolo en nombre del acreedor implica la existencia de ese peligro que en más de una ocasión se convertiría en realidad, dejando al primer acreedor burlado. Hay que reconocer que este sistema de garantía dejaba al acreedor en no muy tranquilizadora situación, que lo aseguraba poco.

C) Como ya se dijo, los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia contienen numerosísimos preceptos dedicados a la prisión por deudas. Ello obliga a sistematizar lo más posible la exposición, a fin de lograr la máxima claridad ⁵⁸.

De momento, lo que se pretende es exponer cómo regulan estos Fueros la prisión del deudor. No obstante, serán señaladas las relaciones entre los textos, haciendo especial hincapié cuando un precepto existente en cuatro de esos cinco Fueros falte sin embargo en el quinto; también se subrayarán las adiciones, omisiones o cualesquiera modificaciones de unos Fueros respecto a los otros. Pero por ahora no se indicarán conclusiones sobre las influencias entre estos cinco Fueros, ya que dicha tarea queda aplazada para cuando haya sido totalmente expuesta la prisión del deudor según los Fueros municipales.

Una última advertencia. Estos cinco Fueros serán siempre citados siguiendo el mismo orden: Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia. Esto no quiere decir que comparemos los otros cuatro con el de Cuenca solamente, puesto que todos los textos serán comparados entre sí, ni que establezcamos *a priori* un orden cronológico entre dichos Fueros. Se citan así, en primer lugar, por hacerlo siempre de un modo homogéneo, y además porque ningún precepto sobre la prisión por

58. Este apartado irá subdividido en secciones encabezadas con letras minúsculas y alguna sección será fragmentada en subsecciones.

deudas que esté en los Fueros de Zorita, Béjar y Plasencia falta en los de Cuenca o Teruel, mientras que, a la inversa, sí hay párrafos que aparecen en el Fuero de Cuenca y en el Fuero de Teruel y sin embargo faltan en alguno de los otros Fueros. Por ello parece aconsejable tomar como base de esta exposición los Fueros más explícitos sobre la institución que se estudia, que son los de Cuenca y Teruel.

a) La prisión como garantía de la comparencia en juicio. Con arreglo a los Fueros indicados, cuando alguien demandaba a su deudor judicialmente procuraba tomar en primer lugar garantías reales en casa del demandado⁵⁹. Pero si el demandado no tenía casa con prendas muebles, entonces se intentaba una segunda medida de garantía: el acreedor pedía sobrelevador al deudor demandado. El carácter subsidiario del sobrelevador, que sólo se exigía en defecto de prendas, aparece muy claro en el título del párrafo 513 del Fuero de Cuenca idéntico al del párrafo 163 del Fuero de Teruel («De superlavatoribus capiendis ab illis qui domos non habuerit»), coincidente además con el Título III, Libro III del Código Valentino del Fuero de Cuenca y con la ley 475 del Fuero Heznatoraf⁶⁰. Sin embargo, no se hace constar así expresamente en los Fueros de Zorita, Béjar y Plasencia, pese a que los párrafos dedicados al sobrelevador del demandado vienen —como en los Fueros de Cuenca y de Teruel— a continuación de los que estudian la prenda efectuada en las cosas y en la casa del demandado. Como en el fondo los cinco Fueros coinciden en el carácter del sobrelevador del demandado, como se irá viendo, hay que pensar que también aunque tácitamente, coincidían en lo relativo a la subsidiariedad del sobrelevador.

59. Cfr. FCuenca, 483 a 500; FTeruel, L., 133 a 150; =FTR, 141 a 155 = FAlb., 45 a 49; FZorita, 374. a 398; FBéjar, 576 a 600; FPlasencia, 190 a 208.

El estudio detallado de esta fase nos llevaría demasiado lejos de nuestro tema; baste, pues, esta remisión global.

60. «De los sobrelevadores en como son a tomar de aquellos que non ovieren casas»; «Del prender sobrelevador a los que casas non ovieren».

Así, pues, cuando el acreedor encontraba a su deudor y sabía que éste no tenía casas con prendas, le exigía sobrelevador ⁶¹. Si se lo daba al instante no podía ser preso el demandado, sino que quedaba plenamente libre y era emplazado por el acreedor demandante para el viernes ante el alcalde, y entonces, o acudía al proceso a satisfacer al quereloso o era apresado ⁶².

Aquí aparece una primera diferencia entre los cinco Fueros. Coinciden literalmente los de Cuenca, Zorita y Béjar ⁶³, pero difieren los de Teruel y Plasencia. El párrafo 164 del Fuero de Teruel plantea el caso del demandado que da sobrelevador ⁶⁴, y lo hace con más detenimiento y mayor claridad de expresión que los demás Fueros. En efecto, la expresión «satisfaciat quereloso» de los Fueros de Cuenca, de Zorita y de Béjar es poco clara, pues no se sabe si equivale tan sólo a acudir al proceso o además también a pagar lo debido. Pero el Fuero de Teruel lo aclara perfectamente. El demandado ha de acudir al proceso y si éste concluye con sentencia adversa para él (*postquam indicatus fuerit*), no sale del corral de alcaldes si no paga (*nisi paccaverit*). Por tanto, se le apresa, por-

61. FCuenca, 513: «De superlevatoribus capiendis ab illis qui domos non habuerint.--Si querelusus debitorem suum, vel versus quem causam habeat, invenerit, exigat ab eo superlevatorem...». Equivale a FTeruel, L. 163 al principio = FTR, 166 = F.Alb., 55; FZorita, 399 al principio; FBéjar, 613, al principio; FBéjar, 613, al principio; FPlasencia, 209, al principio.

62. FCuenca, 513, in fine: «... Quicumque superlevatorem dederit, non capiatur, set statim aplacitet eum ad diem veneris, et ibi pectet calupniam iudici et etiam satisfaciat quereloso, aliter non recedat a curia, quin capiatur».

63. Coinciden con FCuenca, 513, in fine; FZorita, 399, in fine, y FBéjar, 614.

64. FTeruel, 164 (= FTR, 167 y F. Alb., 50): «De eo qui superlevatorem dare uoluerit.—Item sciendum est quod quicumque superlevatorem ad forum turolii dare uoluerit, si dederit, a nullo homine capiatur, sed dato superlevatorem statim ipsum debitorem applacitet ut forum precipit, ut querelusus satisfaciat et pectet iudici dictam calupniam aliter postquam indicatus fuerit non recedat a curia nisi paccaverit quin ibi capiatur ...».

que ya ha sido derrotado en juicio, porque es un deudor ya vencido ⁶⁵.

En cuanto al Fuero de Plasencia, comienza su párrafo 209 coincidiendo con los restantes Fueros ⁶⁶, pero luego se separa totalmente, y además este párrafo está mutilado, incompleto. En la edición del Fuero se dice que la mutilación consiste en que hay dos palabras raspadas; por tanto no faltan frases que hicieran cambiar el sentido del párrafo. Se trata en este precepto de que cuando el acreedor prende al deudor por defecto de sobrelevador ha de jurar que lo hace por tal razón y no por animosidad. Pues bien; en los otros cuatro Fueros no se hace ninguna advertencia respecto a tal ni semejante juramento. Y, por el contrario, la declaración de que el demandado que da sobrelevador no puede ser preso no aparece en el Fuero de Plasencia. He aquí la primera diferencia notable del Fuero de Plasencia respecto a los otros cuatro.

Podía suceder también que el demandado no diese sobrelevador inmediatamente, pero ofreciera darlo. En este punto concuendan los cinco Fueros aquí estudiados, si bien los textos del Fuero de Teruel son más detallistas y los del Fuero de Plasencia más escuetos; pero en las líneas esenciales están todos de acuerdo ⁶⁷.

65. Cfr. más adelante la letra c.

66. FPlasencia, 209: «Si el quereloso su contendor o su debdor fallare demandel sobrelevador et si non lo quisiere dar faziendo sobrel testigos prenda sin calonna. Toda uia aquel demandador iure por si quiel non prende por desondra aia uoluntat, si non por querella que del ha ho por debdo quiel deue».

67. FCuenca, 514: «De eo qui superlevatorem volentem dare cepit.—Quicumque hominem volentem dare superlevatorem cepit, secundum ius conchense pectet trecentos soldos, nisi fuerit latro, aut scelerosus, quia istis superleuator non ualet. Similiter non capiatur ille qui aduersanti dixerit: Veni mecum, et dabo tibi superleuatorem; set tamen in illo loco debet ei cognominare tres uicinos ualituros infra muros: quibus cognominatis pergat cum eo ad querendum eos. Si aliquem illorum cognominatorum domi non inuenerint, capiatur sine calumpnia. Similiter capiatur, si eos inuenerint, nec tamen eum superleuare uoluerint. Tamen si in uia alium inuenerint qui eum uelit superleuare, non capiatur. Recepto superleuatore, querimoniosus pigoret in domo sui contensoris, si domum habuerit, et habeat forum sicut dictum est. Si domum non habuerit, applicitet eum ad portam iudicis:

Declaran que ningún acreedor puede poner en prisión a su deudor si éste quiere dar sobrelevador. El deudor debe nombrar tres vecinos de la localidad en ella arraigados, y si alguno de ellos u otro vecino cualquiera se da como fiador del demandado éste continuará en libertad. Recibido el sobrelevador, el acreedor procederá a tomar en prenda bienes propios

si ad placitum non uenerit, iudex cum querimonioso pignoret superleuatorem cotidie pro petitione, et quinque solidis, donec debitorem ducat ad satisfactionem. Cum uenerit,, habeat uterque forum, sicut superius ostensum est».

Compárese con FTeruel, L. 164: «... nisi paccaverit quin ibi capiat. Quicumque hominem volentem dare superleuatorem secundum Forum Turolii ad captionem ceperit pectet CCC solidos si probatum ei fuerit, sin' autem salve se cum XII vicinis, nisi latro aut scelerosus fuerit, sive traditor vel eciam in concilio incartatus. Quia illis talibus superleuatura non valeat iuxta forum». Este fragmento de FTeruel, 164, es continuación del copiado en la nota 64. Tras él sigue el texto con consideraciones explicativas de lo antes dicho, y que no hallan correspondencia en los demás Fueros. Las frases subrayadas en el fragmento transcrito tampoco tienen equivalentes en los otros Fueros. El final de este párrafo es el siguiente: «... iuxta forum. Set sciendum est quod ille solus ad captionem hominem accipit, qui sine mandato iudicis uel alcaldorum iudicio, captum in sua domo hominem duxerit, vel miserit in capcione. Quia quicumque de captione se clamauerit, et ut dictum est probare potuerit, colligat calumpnias capcionis, aliter uero nunquam. Si uero ut dictum est hominem crudeliter captum, uel in captione missum non ceperit, in uoce non respondeat captionis. Tamen notandum est, quod omnis uicinus potest ducere captum uicinum alium ante iudicem ut superleuatorem ei tribuat, ut est forum, nisi ipse qui captus fuerit antequam ad iudicem ueniant se superleuatorem dare promiserit, sine dederit, iuxta forum. Si uero in aldea fuerit, querelosus superleuatorem suo debitori postulet ante duos uicinos, uel ipsum inuitet, ut cum eo ueniat ante iudicem, ut ei superleuatorem tribuat ut est forum».

Tanto en uno como en otro caso, las frases exclusivas de FTeruel no añaden nada nuevo respecto al fondo, sino que explican detalladamente lo antes declarado. (Cfr. FTR., 167, y F. Alb., 54).

Así, pues, FTeruel, L. 164, coincide con el principio de FCuenca, 514. El resto de FCuenca, 514, coincide con FTeruel, L. 165, que es también mucho más explícito.

La coincidencia entre FCuenca, 514, FZorita, 400, y FBéjar, 615 y 616, es literal.

Sin embargo, los párrafos 211 y 212 de F. Plasencia son más esuetos, aunque no falta en ellos ningún punto importante.

del sobrelevador, pero siempre en defecto de bienes del deudor principal.

Pero si el demandado no tiene casa «con pignos» ni consigue dar sobrelevador, el acreedor, para asegurar la comparecencia en juicio del que él dice es su deudor, y la ulterior satisfacción del crédito en caso de que resulte vencido el demandado, apresa a éste, lo mete en prisión⁶⁸. De modo que para garantizar la comparecencia, primero se intentaba tomar prendas muebles del deudor; si no las tenía, se le daban facilidades para que presentara sobrelevador, y, si esto también fallaba, se le apresaba. Esta prisión es subsidiaria, y además prisión del simple demandado, y como éste puede resultar vencedor del proceso, *de momento* no es una prisión por deuda, no es directamente una medida de tipo ejecutivo, sino tan sólo una medida pre-procesal, ya que lo que directamente garantiza es que el proceso tendrá lugar porque al demandado se le hace comparecer a la fuerza. Que luego esta prisión pueda adquirir otro carácter si el demandado es vencido es cuestión que (aunque ya haya sido insinuada)⁶⁹ se verá más adelante.

En cuanto a los textos citados aquí, obsérvase plena identidad entre los Fueros de Cuenca, Zorita y Béjar. Sin embargo, una vez más, los Fueros de Teruel y de Plasencia tienen algunas peculiaridades y, además, en cierto modo, coinciden entre sí. En efecto, el principio contenido en el Fuero de Cuenca 513, Fuero de Zorita 399 y Fuero de Béjar 613, esto es, la subsidiariedad de la prisión del demandado, es también recogido en el Fuero de Teruel 163 y 165 y en el Fuero de Plasencia 209 —al principio⁷⁰—. Pero luego el párrafo 163 del Fuero de Teruel añade unas frases que no aparecen ni en el Fuero de Cuenca ni en los de Zorita y Béjar, y que, sin embargo, equivalen al párrafo 210 del Fuero de Plasencia⁷¹. No

68. Cfr. los textos citados en la nota 61, y el párrafo 165 de FTeruel, L, citado en nota 67.

69. Cfr. nota 64 y el lugar correspondiente en el texto.

70. Cfr. una vez más los textos citados en nota 61.

71. La equivalencia no es, sin embargo, muy completa, sino más bien simple semejanza: FTeruel, L, 163, in fine: «... Et insuper debitorem illum sine calumpnia capiāt querelosus, ut ducat eum ante

se dice nada que modifique las líneas generales de la prisión como garantía de la comparencia, antes bien, refuerzan lo ya descrito; se trata solamente de una mayor expresividad característica del Fuero de Teruel, y que por esta vez halla eco en el Fuero de Plasencia.

Finalmente, otros dos preceptos acaban de caracterizar la prisión del demandado. Se dice en los Fueros ⁷², que si el demandado preso por falta de sobrelevador pudiera encontrar después de preso alguien que lo garantice, saldrá inmediatamente de la prisión. Con lo cual se reafirma una vez más el carácter subsidiario de ésta.

Acerca de este punto los cinco Fueros están plenamente de acuerdo. No obstante, conviene señalar dos hechos. El párrafo 617 del Fuero de Béjar está mutilado; comienza y termina de modo equivalente a los otros correspondientes párrafos

iudicem et superleuatorem tribuat iuxta forum. Et quicumque debitorem illum deffenderit, pectet X aureos alfonsinos, et iudex pignoret pro istis calumpniis et illas cum quereloso per medium dividat, et in super debitorem illum capiat pro petitione et calumpnia, nisi superleuatorem dederit iuxta forum. Quicumque deffensionem debitoris negauerit et conuinci testibus non potuerit, ut forum precipit, iuret solus».

FPlasencia, 210: «Todo omme que se defendiere non dando sobrelevador peche X mrs. al queroloso et quantos le ayudaren a defender todos pechen en estos X mrs. Et los alcaldes prenden por estas calonnas delos defendedores et de mas prende el querelloso asu contendor, si non diere porla peticion et porla calonna sobrelevador». (La comparación debe establecerse entre todo FPlasencia, 210, y FTeruel, 163, desde «Et quicumque...».)

⁷². FCuenca, 515. FTeruel, L, 166. =FTR., 168= F. Alb. 58. F. Plasencia, 213. Los que ofrecen alguna singularidad o son más expresivos son F. Béjar, 617, y F. Zorita, 401; por eso copiamos estos dos.

FZorita, 401: «Del que por mengua de sobrelevador preso fuere.— Quicumque pro indigencia. Tod aquel que por mengua de sobrelevador preso fuere, salga de prisión quando quier que sobrelevador auer pudiere; et qui nolo quisiere recibir, peche CCC sueldos, si por debdo manifesto non fuere preso, o uencido».

F. Béjar, 617: «Del preso que non a quilo sobrelieue.— Qui preso fuere por mingua de sobrelevador dar. Qui nolo quisier recibir peche CCC ss. Si non fuere preso maguer uencido por debdo manifesto».

de los otros cuatro Fueros, pero falta en él la frase que diga que si se presenta el sobrelevador queda libre el demandado. Y el párrafo 401 del Fuero de Zorita empieza de un modo muy curioso. La rúbrica equivale a las de los párrafos correspondientes en los otros Fueros; pero antes de comenzar el texto propiamente dicho, el Fuero de Zorita 401 intercala tres palabras (*quicumque pro indigencia*) que son precisamente las primeras de los textos 515 del Fuero de Cuenca y 166 del Fuero de Teruel. Se trata, pues, de una clara interpolación para la que han servido de modelo los Fueros de Cuenca y Teruel o alguno de los dos.

Resumamos lo relativo a la institución, haciendo omisión de las particularidades y relaciones entrevistadas en los textos. La prisión del demandado se da siempre en defecto de garantías reales y por falta de sobrelevador, por lo cual si éste aparece cuando el demandado está ya preso se extingue también la prisión. Como el preso no ha reconocido su deuda, la prisión (sin perjuicio de cualquier transformación ulterior) tiene en un principio carácter puramente procesal.

b) Prisión del deudor manifiesto. El deudor manifiesto es aquel que reconoce ser cierta su deuda sin necesidad de juicio. El deudor interpelado por su acreedor puede reconocer su deuda o negarla. Si la negaba, el acreedor tomaba las precauciones ya examinadas para asegurarse de que el proceso tendría lugar normalmente. Pero si el deudor admitía como cierta la deuda, el acreedor adoptaría medidas encaminadas no ya a asegurar la presencia del demandado en el corral de alcaldes, sino inmediatamente dirigidas al cobro de su crédito⁷³.

Por eso, si alguien está preso por falta de sobrelevador y no ha reconocido la deuda ha de ser liberado cuando encuen-

73. El término «manifiesto» o «malfiesto» se interpreta siempre como equivalente a reconocido, declarado, admitido, tanto si se refiere al «deudo manifiesto» (por ejemplo, en FBéjar, 735), como si se trata del «deudor manifiesto». Cfr. esta voz en los vocabularios que siguen a las ediciones de los Fueros de Sepúlveda, pág. 752, y FTR., pág. 566. Cfr. también en el mismo sentido GARCÍA GONZÁLEZ, J., *El juramento de manquadra*, AHDE, XXV, pág. 229.

tre sobrelevador. Pero si el preso lo está por «deudo manifiesto»⁷⁴, puede negarse (y hay que pensar que se negaría siempre) el acreedor a recibir sobrelevador y libertar al deudor. Y es lógico que así sea, porque la prisión del deudor manifiesto ya no tiene un carácter procesal, sino claramente coactivo para forzar al pago. Por ello, si el demandado está preso por falta de sobrelevador y además, antes o después de la prisión, reconoce su deuda ya no sale de la prisión aunque presente fiador, sino que estará allí hasta que pague.

Podía suceder que el deudor reconociese la deuda cuando ya tuviese sobrelevador. ¿Qué hacer entonces? ¿Qué misión sería la del sobrelevador? Los textos que se exponen seguidamente contestan de modo satisfactorio a estas preguntas.

El acreedor haría lo posible por capturar al deudor manifiesto y para ello se valdría del sobrelevador. Este ha de presentar al deudor y entregarlo a su acreedor, quien lo retendrá en prisión. Si al cabo de cierto tiempo el sobrelevador no ha entregado al deudor, el acreedor mete en la prisión al sobrelevador, que yacerá allí hasta que pague la deuda o presente al deudor en persona, en cuyo caso éste lo sustituirá en la prisión de la que no saldrá hasta que pague.

Así, pues, la garantía del sobrelevador es plena, pues responde con su patrimonio y con su persona. Pero ni en el caso del deudor ni en el del sobrelevador dicen los textos nada que demuestre la existencia de una intervención forzosa en el patrimonio de uno o de otro, por parte o en beneficio del acreedor. Si el débito está reconocido hay que pagarlo; si el deudor no lo paga en seguida permanece preso hasta que lo haga. Si no está a mano el deudor, se apresa a su sobrelevador, quien o paga voluntariamente o es forzado a hacerlo mediante prisión. Ésta es, pues, un medio coactivo y personal para forzar al deudor, o a quien responde por él, a que paguen. Y obsérvese que ni uno ni otro son insolventes; el sobrelevador, como cualquier fiador, tendría bienes suficientes, y el deudor también, porque siempre se nos dice que en cuanto pague

74. Así se examina en el final de todos los párrafos citados en la nota 72, en lo que todos ellos coinciden.

saldrá de la prisión; esto es, se espera que pague, se sabe que puede hacerlo y se le fuerza a ello manteniéndolo preso. Su libertad tiene como precio la satisfacción del crédito impagado.

Veamos ahora con el necesario detenimiento los textos en que se basa la anterior reconstrucción de la prisión del deudor manifiesto, observando las relaciones entre los párrafos de los cinco Fueros.

Según todos ellos, el sobrelevador del deudor manifiesto que no estuviera en manos del acreedor tenía un plazo fijo para encontrar al deudor y entregarlo en poder del acreedor. El plazo de «tres IX días» en los Fueros de Cuenca, de Teruel, de Zorita y de Béjar, y de «XXX días» en el Fuero de Plasencia⁷⁵. Durante cada novena, el sobrelevador ha de ju-

75. FCuenca, 518, 519, 520. FTeruel, L., 167 y 168 = FTR 170, 171, 172 y 173 = ; F. Alb., 59; FZorita, 404, 405, 406; FBéjar, 620, 621, 622 y 623. FPlasencia, 216.

Copiamos FTeruel, 167 y 168, y FPlasencia, 216, por ser los que ofrecen algunas particularidades.

FTeruel, 167: «Quod superleuatura post dimidium annum non valeat.—Superleuatura facta pro homine post dimidium annum non valeat, et cassetur, excepta superleuatura mercenarii seruiantis. Item si quis debitorem manifestum superleuare uoluerit uel superleuauerit si debitor de uilla siue de termino recesserit seu affugerit habeat trium nouem dierum inducias querendi debitorem quem superleuauit iurando in unaquaque nouena quod illum quesiuit iuxta suum posse fideliter et illum non potuit reperire. Ille uero qui ut dictum est iurare uenerit, et in tercia nouena debitorem illum habere non potuerit, pectet omnem superleuaturam uice debitoris, et amplius pectandi uel debitorem adducendi spacium non habeat iuxta forum».

FTeruel, 168: «De eo qui debitorem manifestum superleuauerit.—Quicumque superleuator debitoris manifesti fuerit et ut dictum est inducias trium nouem dierum ad querendum debitorem receperit, si in quacumque nouena iurare non uenerit cadat a causa, et superleuatura ut dictum est superius, pectet statim. Si forte ille superleuator debitum uel unde pectet habere non potuerit, iudex ipsum capiat et mittat illum in captione querellosi, et ibi iaceat quousque pectet ut superius est ostensum. Tamen si superleuator illum debitorem quem superleuauerat manifestum habere potuerit, recipiatur in loco superleuatoris, et superleuator exeat a captione. Debitor uero in captione iaceat donec totum persoluat debitum ut est forum».

F. Plasencia, 216: «Aquel que debdor manifiesto sobreleuare aya espacio XXX dias demandada al debdor que sobreleuo. Et si el sobre-

rar que no ha podido hallar al deudor; y si no lo jura se le obliga a pagar, probablemente por interpretar que no ha buscado al deudor. Finalmente, si al cabo del plazo prescrito no ha presentado al deudor, se le obliga a pagar en lugar de éste. Pues bien; el acuerdo entre los párrafos citados de los Fueros de Cuenca, Teruel ⁷⁶, Zorita y Béjar es completo, salvo algún detalle de segundo orden en el Fuero de Teruel.

Pero el párrafo 216 del Fuero de Plasencia comienza del mismo modo que los equivalentes de los demás Fueros e incluso termina diciendo algo también coincidente con los cuatro Fueros afines; mas entre principio y fin faltan algunas frases. El texto está mutilado por error de copia o por voluntad del redactor. Lo que falta es la afirmación de que el sobrelevador ha de jurar cada novena y que será obligado a pagar si no lo hace así ⁷⁷.

Ahora bien; hemos dicho que si al cabo del plazo fijado el sobrelevador no presentaba al deudor, había de pagar. Sin embargo, los Fueros le permitían buscar «el debito» ⁷⁸; esto quiere decir que el sobrelevador tenía cierta autoridad para intervenir en el patrimonio del deudor, extrayendo de él algo con que pagar lo debido ⁷⁹, si es que el deudor antes de su

levador aldeudor non pudiere auer, peche el en logar del debdor. Et si el sobrelevador, el auer non pudiere prendale los alcaldes et metanle en poder del quereloso».

76. Como se puede ver F. Teruel es amplio en detalles y precisiones. Los demás textos no dicen lo de que la sobrelevadura se extinga a los seis meses.

77. Compárese FPlasencia, 216, con, por ejemplo, FCuenca, 519: «In qualibet novena veniat jurare superlevator.—In qualibet novena iurando quod eum pro posse suo quesivit, nec reperire potuit, quicumque superlevator debitoris manifesti fuerit, et inducias trium novem dierum receperit ad debitorem querendum, in unaquaque novena si iurare non uenerit, cadat et statim pectet superlevatura».

78. FCuenca, 521: «De superlevator qui debitum habere non potuerit.—Si superlevator debitum habere non potuerit, capiat cum iudex et mittat in captione querelosi».—Equivalen a él la segunda parte de FTeruel, 168 (copiado en la nota 75); FZorita, 407; FBéjar, 624, y FPlasencia, segunda parte del 216, también copiado en nota 75.

79. Esto se ve claramente en FTeruel, 168: «... debitum vel unde pectet ...».

fuga no había tomado las precauciones lógicas de hacer desaparecer todos sus posibles bienes.

Todos los textos están de acuerdo ⁸⁰ en que si el sobrelevador no trae personalmente al deudor ni consigue pagar la deuda con bienes de éste (o darlos en prenda, pues no se aclarará el destino dado a los bienes del deudor que el sobrelevador requisase), el juez había de apresarlo y meterlo en poder del acreedor demandante. La prisión es un medio de coacción aplicable no sólo al deudor, sino también a quien por él responde.

No obstante, como la prisión del sobrelevador es subsidiaria, si el sobrelevador encuentra al deudor antes de ser apresado o cuando ya está en prisión, el sobrelevador sale de ella, queda plenamente liberado, y el deudor queda preso hasta pagar. En este punto los cinco Fueros coinciden exactamente ⁸¹.

Advierten también los Fueros que una vez liberado el sobrelevador y preso el deudor, aunque éste quiera dar otro sobrelevador el acreedor no ha de recibirlo, puesto que ello sería dejar sin efecto la garantía de la prisión ⁸². Asimismo establecen los cinco Fueros que todo aquello que pagase el sobrelevador en nombre del deudor ha de pagarlo éste doblado, probablemente para que el sobrelevador y el acreedor obtengan así alguna indemnización por los perjuicios y molestias que la conducta morosa del acreedor les ha ocasionado ⁸³.

80. Son los citados en nota 78.

81. FCuenca, 522: «De superlevatore qui ante captione debitorem habere potuerit.—Si superlevator debitorem potuerit habere manifestum, debitor recipiatur in loco superlevatoris, et superlevator exeat a captione; debitor iaceat in captione, donec totum debitum persolvat. Si superlevator antequam, capiatur, debitorem manifestum habere potuerit, et eum presentaverit, ante querimoniosum, et iudicem et alcaldes, penitus absolvatur a superlevatura».

FCuenca, 523: «Cum superlevator superlevaturam dimiserit.—Cum superlevator solutus a superlevatura fuerit, statim debitor capiatur, nec exeat a captione, donec pectet; et licet alium superlevatorem velit dare, non audiatur». Equivale a FTeruel, L., 108, ya copiado; FTeruel, L., 109 = FTR, 173, y FAlb., 60; FZorita, 408; FBéjar, 625 y 626; FPlasencia, 217 y principio del 218.

82. FCuenca, 523, en nota anterior; FTeruel, L., 170; FZorita, 409; FBéjar, 627, y FPlasencia, 218.

83. FCuenca, 524: «De eo pro quo superlevator aliquid persolve-

c) Prisión del deudor vencido en juicio. a') Examinemos ahora el supuesto que lógicamente seguía a los anteriores. Se trata del caso de que el deudor —o su sobrelevador— reconocen ser cierta la deuda delante de su acreedor y de los alcaldes; es decir, ya en la vía claramente procesal, y tan pronto comparecen las dos partes ante los alcaldes locales, el demandado confiesa ser cierta la reclamación del acreedor y se compromete a pagarla. Los alcaldes, oída la confesión, dan un plazo de nueve días para que el deudor pague lo debido, advirtiéndole que si no lo hace habrá de pagar el doble más el coto. El deudor que se halla en la situación descrita es el que los textos llaman deudor acotado o deudor de nueve días. Aquí le llamamos deudor vencido, pues habiendo acudido al juicio obtiene una sentencia desfavorable ⁸⁴.

Si el acreedor temía que el deudor acotado pudiera huir de la villa exigía que presentara sobrelevador, quien se comprometía a pagar en lugar del deudor si éste no venía al final del plazo prescrito. Habida cuenta de que a tal sobrelevador no se le daba más plazo que el de nueve días, debiendo pagar el doble y el coto si no lo hacía dentro de la novena ⁸⁵. Y si

rit.—Si superlevator aliquid persolverit pro debitore, pectet ipse qui eum in superlevatura miserit, quicquid datum fuerit, duplatum». Equivale a FTeruel, 170 (cit. en nota anterior), FZorita, 410; FBéjar, 628, y FPlasencia, 219.

84. FCuenca, 530: «De debitore vel superlevatore novem dierum.—Quicumque pecuniam superlevaverit, aut fideiussor, uel debitor pecunie fuerit, aut dixerit: ego persoluam hanc pecuniam ante alcaldes iuratos vel facticios, illi alcaldes dent tunc ei pro sententia, ut illam pecuniam ad nouem dies persoluat. Quod si non fecerit, pectet eam duplatam, et unum aureum in cautum alcaldibus qui ei iudicium dederunt». Cfr. FTeruel, L, 175 = FTR, 181 = F. Alb., 61; FZorita, 416; FPlasencia, 227.

85. Copiamos los párrafos de FZorita, por ser en esta ocasión más expresivos. FZorita, 418: «De aquel que se temiere de su fiador.—Si por aventura el querrelloso se temiere de su fiador de fuyrsele, o de yr et non uenir al plazo, demandel sobrelevador, que si el aplazo non pagare, el sobrelevador que pagare en lugar del elplazo de IX dias, et el coto delos alcaldes, et el ençerramiento del plazo».

FZorita, 419: «De aquel sobrelevador que entrar en IX dias.—El

el deudor no pudiera o no quisiera dar sobrelevador, *sine calumpnia capiatur*; esto es, los nueve días del plazo sólo los pasaba el deudor en libertad si conseguía encontrar sobrelevador. A falta de éste es apresado y así permanecerá hasta que pague ⁸⁶.

Cabe también otra posibilidad: la de que el acreedor no exigiera sobrelevador al deudor de nueve días, quizá por no temer que huyera. Si este deudor no pagaba a los nueve días, ¿qué ocurría? En el caso de que el deudor, cuando se le reclamó la deuda, hubiera dado prendas ⁸⁷, el acreedor se que-

sobrelevador del deudor metido en IX dias, non le de otro espacio, si no assi como el debdor mismo, et si al dia asignado non pagare, doble la petición, et el coto, assi como el mismo debdor»

FZorita, 428: «Del debdor que diere sobrelevador.—Si el debdor sobrelevador diere, et al plazo non pagare, ni en la uilla non fuere, el sobrelevador peche todo el debdo et el coto, segund dicho es».

Importa también copiar el texto equivalente en el Fuero de Teruel, que es el párrafo 177, L. = FTR, 183 y 184; = FAlb. 62; FTeruel, L, 177: «De eo qui debitorem fugere temuerit.—Si forte querelosus debitorem fugere vel recedere de uilla timuerit, siue etiam quod ad placitum non ueniat, superleuatorem ab illo exigat, quod si ad placitum non solverit, uel non uenerit, quod superleuator pectet loco debitoris ad placitum nouem dierum omnem debitum, et etiam cautum alcaldorum ad placitum iam predictum, superleuatori debitoris ad nouem dies incautati non detur aliud spacium pectandi debitum nisi ut ipsimet debitori. Et si superleuator ad prefixum diem et iudicatum non paccayerit pectet petitionem dupplatam siue debitum et cautum V solidos sicut et ipse debitor facere iuxta forum. Si forte querelosus suo debitore ut dictum est superleuatorem non acceperit et debitor de uilla fugerit uel recesserit bona debitoris que remaneant quousque ipse debitor ueniat minime capiantur, si uxorem aut filios non habuerit, usque ad tres nouem dies. Item ad de causa sit statutum et positum, quod si quis debitorem suum de uilla fugerit uel recedere timuerit superleuatorem ab illo accipiat ut superius est predictum».

Cfr. también FCuenca, 532 y 533. FTeruel, L., 211 (en parte: cfr. este pfo. en nota 96). FBéjar, 641 y 642 y 652. FPlasencia, 228 y 234. Y FCuenca, 543.

86. FCuenca, 534: «De eo qui superleuatorem dare noluerit, aut nequierit.—Si querimoniosus a debitore incautato superleuatorem quesierit, et eum debitor dare noluerit, aut nequierit, capiatur sine calumpnia».—Equivale a FTeruel, L, 178 = FTR, 185 =; FAlb., 62; FZorita, 420; FBéjar, 643; FPlasencia, 229.

87. Cfr. los textos citados en nota 59.

daría con ellas hasta cobrar su crédito. Pero si el deudor ni dió antes prendas ni presentó sobrelevador, y sentenciado a pagar, a los nueve días no lo hacía, el juez lo apresaba y se lo entregaba al acreedor para que éste lo tuviera preso hasta que pagase la petición, el doble, y el coto fijado ⁸⁸.

En resumen: la prisión del deudor aparece nuevamente en defecto de sobrelevador y de prendas. Y dura en esta fase hasta que el deudor pague y satisfaga a su acreedor.

b') Los textos están casi totalmente de acuerdo sobre estos puntos ⁸⁹. No obstante se observan las siguientes particularidades:

En primer lugar, notamos la falta en el Fuero de Béjar del precepto equivalente al Fuero de Cuenca 530, Fuero de Teruel 175, Fuero de Zorita 416 y Fuero de Plasencia 227 ⁹⁰. Es este el único caso en que un párrafo que está en todos los otros fueros falta en el de Béjar.

Otra notable diferencia es la del párrafo 177 del Fuero de Teruel en sus frases finales ⁹¹. Sin embargo, conviene aplazar el estudio de este texto en comparación con el párrafo 180 del mismo Fuero para más adelante, concretamente para el

88. F. Cuenca, 535: «De debitore novem dierum qui ad placitum non venerit, aut non solverit, domum non habente.—Si debitor incautus ad placitum non solverit, vel ad placitum non venerit, sive domum non habuerit, aut pignora, neque superlevatorem quereloso tenuerit, capiat eum iudex, et tradat eum quereloso propeticione, et duplo, et cauto placitorum, ubicumque repertus fuerit.—Equivale a F. Teruel, 179 = FTR, 185 = ; F. Alb., 62. F. Zorita, 421. F. Béjar, 644, y F. Plasencia, 230.

89. Cfr. notas 84, 85, 86 y 88.

90. En F. Zorita, 416, hay un inciso que no aparece en los demás: La graduación del tiempo dado para pagar con arreglo a la cuantía de la demanda. F. Zorita, 416: «De aquel que por dineros sobrelevare.—Tot aquel que dineros sobrelevare, o fiador o debdor delos dineros fuere, o dixiere: lo te pagare aquestos dineros, ante los alcaldes jurados o fennedizos, estonce denles aquellos alcaldes por sentencia, que paguq aquellos dineros a IX dias, de X menkales ayuso. De X menkales fasta XX, a dos nuef dias. De XX adelante, atres IX dias. Et si non lo fiziere, quelos peche doblados et I maravedí en coto a los alcaldes que el uidizio los dieron».

91. Cfr. nota 85.

momento en que se trate sobre la prisión de la mujer e hijos del deudor ⁹².

c') Hasta aquí se ha examinado el caso de que el deudor reconociera *in limine litis* la petición de su acreedor. Pero en otras muchas ocasiones el demandado no admitía ante los alcaldes ser cierta la deuda, sino que presentaría oposición a la pretensión del que decía ser su acreedor.

Podía suceder que el demandado prometiera presentar «firmas»; es decir, prueba testifical, de que no era cierta la petición del demandante. Los alcaldes le daban el mismo plazo de una novena para que durante ella presentara la prueba. Si lo hacía satisfactoriamente, aunque los textos no dicen nada, hay que pensar que se reconocería su victoria y con ello terminaría el juicio.

Pero si no venía a «firmar» al plazo fijado se le consideraba «caído»; esto es, derrotado en el proceso, vencido. Entonces se le forzaba a acudir ante los alcaldes, tomando cotidianamente prendas en su casa; y una vez compareciera, se le tenía por caído y por manifiesto, por considerar que su no presentación de «las firmas» equivalía a un reconocimiento tácito, o por lo menos a una derrota por falta de pruebas. Y una vez allí, ante los alcaldes, o pagaba o era preso inmediatamente ⁹³.

Este punto está tratado de manera casi idéntica en los cuatro Fueros con la única variante de la ya conocida concisión verbal del Fuero de Plasencia. Sin embargo, el Fuero de Béjar sólo presenta un párrafo respecto a este problema en

92. Cfr. más adelante, apartado d).

93. F. Cuenca, 531: «De debitore novem dierum qui ad placitum non venerit.—Quociens querelosus debitorem suum in placito tenuerit, et ei se firmare promiserit; statim dent ei placitum firmandi, et non valeat ei appellacio regis, nec veneris, neque carte. Et si ad placitum non venerit, cadat, et pignorent eum alcaldes pro duplo et petitione, et aureo cauti. Similiter pignorent eum cotidie, quociens applacitatus ad placitum non venerit pro cauto aurei, de quo habeam medium donec ad placitum veniat. Postquam debitor in curia ante alcaldes fuerit manifestus, non habet recedere, quin paget, vel capiatur. Equivale a F. Teruel, 176; = FTR, 182; = F., Alb. 62. F. Zorita, 417. F. Béjar, 640: «Quel debdor malfiesto en corral que pague luego.—Debeis de saber

el que se recoge precisamente el punto final del mismo ⁹⁴. Si se comparan los cinco Fueros se observa que los textos aquí comentados son continuación de los incluidos en la nota 84. Lo cual quiere decir que la falta de textos en el Fuero de Béjar equivalentes a aquellos textos y a los ahora estudiados es una sola y la misma laguna. Es decir, en el Fuero de Béjar faltan párrafos comparables con el 530 y la primera parte del 531 del Fuero de Cuenca, con el 175 y primera parte del 176 del Fuero de Teruel, con el 416 y principios del 417 del Fuero de Zorita y con la primera parte del Fuero de Plasencia 227. (El final de los últimos párrafos citados de cada Fuero coincide ya con el 640 del Fuero de Béjar; hay, pues, entre el 639 y el 640 de este Fuero una laguna u omisión respecto a los otros cuatro Fueros.)

Pero en vez de comprometerse a presentar «firmas» por su parte, el demandado podía limitarse a negar la pretensión del acreedor-demandante. Obsérvese que se trata del deudor acotado, del que tiene sólo nueve días disponibles, porque ha sido condenado por la sentencia de los alcaldes. No obstante, los textos que vamos a comentar nos dicen que, pese a la existencia de dicha sentencia, el deudor podía negar dentro de esos nueve días la deuda. Ante esta negativa, el acreedor había de presentar «firmas» por su parte para demostrar que la negación del deudor era infundada. Si el acreedor lograba este propósito, el deudor había de pagar la petición doblada más el coto de los alcaldes. Si no conseguía presentar «firmas» se le consideraba caído y perdía el juicio ⁹⁵.

que despues que el debdor fuere fuere (*sic*) en corral malfiesto antelos alcaldes non sea dir, menos que pague o sea preso». F. Plasencia, 227.

94. Cfr. F. Béjar, 640, en la nota anterior.

95. F. Cuenca, 537: «De testibus. Qualiter debitori incautato neganti querellosus habeat firmare.—Si debitori incautatus debitum, aut incautationem negauerit, firmet querimoniosus cum illis alcaldibus qui eos iudicaverunt; et si firmaverit, debitor duplet petitionem, et alcaldibus unum aureum cauti, et etiam quinque soldos.»

F. Cuenca, 542: «De eo qui firmare debuerit et post promissionem defecerit.—Si petitor se firmas dare promiserit, et cum eisdem firmare non potuerit, cadat a petitione.» Equivale a F. Zorita, 423 y 427.

En el momento en que el acreedor se ve obligado a presentar testigos, el demandado ha de prestar garantías que aseguren que si la prueba es favorable al acreedor, el deudor cumplirá la petición y los incrementos. La garantía consistirá en el dinero debido o en prendas que valgan el doble de la petición. Con una salvedad: el demandado puede jurar en este momento que no tiene bienes, y, en tal caso, «mete el pie».

Si el deudor no quiere presentar tales garantías o si no comparece ante los alcaldes el día fijado para la práctica de la prueba, se le considera caído y yace en prisión hasta que pague⁹⁶. Lo mismo sucede en el caso del sobrelevador-de-

F. Béjar, 646 y 651. F. Teruel, 211, en parte (copiado en nota 96). F. Plasencia, 231, en su primera mitad, y F. Plasencia, 233.

96. F. Teruel, 211: «De debitoribus incautatis. Si debitor incautatus debitum aut incaucionem negaverit, firmet querelosus cum illis alcaldibus qui eis iudicaverint, et si firmaverit, dupplet petitionem debitor et alcaldibus V solidos, ut superius iam est dictum. Si autem querelosus firmare debuerit pro aliqua pecunia seu debito, prius ille qui inficiatur vel negat, mittat pignora dupplum et petitionem valencia, aut ipsam pecuniam, aut pedem in manu iudicis, et firmet postea querelosus. Item quicumque habendo pignora pedem in manu iudicis mittere noluerit, non recipiatur, set postea iudex cogat eum dare pignora ante iuras. Et si forte pignora non habuerit, iuret se non habere pignora, et mittat postea suum pedem. Similiter quicumque firmas recipere debuerit pignora ut dictum est mittere noluerit, seu firmas recipere, cadat a causa. Et statim iudex ipsum capiat, et a captione non exeat, donec totum persolvat debitum conquerenti. Similiter si quis firmas recipere debuerit, et ad placitum, venire noluerit, si in villa fuerit iudex ipsum capiat, et a captione non exeat donec persolvat omne debitum quereloso. Item si petitor se firmas dare promiserit, et cum eisdem firmare non potuerit, vel interrogati non compleverint, et reptati fuerint, vel si non compleverint, et fidancias prelii ut forum est non dederint, cadat a causa. Item si debitor superlevatorem dederit et ad placitum non paccaverit, vel in villa non fuerit, superlevator pectet cautum et omne debitum, si fuerit manifestus. Si vero superlevaturam negaverit, firmet ei conquerens tanquam suo debitori faceret superlevator mittendo prius duppli pignora vel pedem in manu iudicis, ut est forum. Si superlevator incautati debitoris firmas recipere noluerit aut pignora duppli mittere seu venire ad placitum, cadat a causa, et in super iudex statim ipsum capiat et de captione querelosi non exeat donec pectet. Si forte debitor incautatus aut eius superlevator extra villam de captione fugerit, querelosus ipsum capiat sine calumpnia ubicumque

mandado, quien, una vez más, aparece sometido al mismo régimen que el deudor a quien garantiza⁹⁷. Así, pues, la prisión se aplica aquí porque el deudor o su sobrelevador no quieren recibir la prueba, y, o no vienen al acto en que ha de practicarse ésta, o se niegan a garantizar con prendas su comparecencia. Sigue apareciendo, una vez más, la subsidiariedad de la prisión.

d') Los textos en que son regulados estos problemas coinciden en lo esencial en todos los Fueros, pero no siempre hay textos equivalentes en todos ellos. Falta en el Fuero de Zorita un párrafo equivalente al 541 del Fuero de Cuenca y los a éste correspondientes. Y falta en el Fuero de Plasencia ese mismo texto y el relativo a las garantías que el sobrelevador ha de presentar; es la única ocasión en que se advierte una laguna en el Fuero de Zorita.

e') En los párrafos últimamente citados se menciona una garantía que el deudor o su sobrelevador habían de prestar: «meter el pie»⁹⁸. ¿Qué alcance tenía esta medida? ¿A qué se comprometía el deudor cuando, antes de conocer el resultado de las «firmas», «metía el pie»? La contestación es difícil y por ello es necesario pensar con cautela, y deducirla del reflexivo examen de los Fueros.

illum poterit recipere. Item quicumque alcaldes, sive firmas recipere debuerit, primum mitat pecuniam in manu iudicis que petitionem valeat aut de dupplo pignora, aut suum pedem, ut forum precipit iurando primitus se pignora non habere. Si vero hoc non fecerit, cadat a causa, et statim iudex ipsum capiat et a capcione querelosi non exeat, quousque totum persolvat debitum, ut est forum».

Equivale a FTR, 226 a 242 = F. Alb., 73, 74, 75 y 76. F. Cuenca, 538, 539, 540, 541 y 545. F. Zorita, 424, 425, 426 y 431. F. Béjar, 647, 648, 649, 650 y 656. F. Plasencia, 231, en su segunda mitad, y 232.

97. F. Cuenca, 543 bis: «De eo qui superlevaturam negaverit novem dierum.—Si superlevator superlevaturam negaverit, firmet querimoniosus tam quam suo debitori. Si superlevator incautati debitoris firmas recipere, aut pignora dupli mittere, seu ad placitum venire noluerit, cadat a causa; insuper iudex capiat eum statim et mittat in captione querelosi». Equivale a F. Teruel, 211, en nota anterior; F. Zorita, 429 y 430, y F. Béjar, 653 y 654.

98. Cfr. los textos citados en notas 96 y 97.

En principio se pueden considerar como propios de esa garantías los caracteres siguientes:

Primero. La fianza o garantía de *suo pede* aparece siempre relacionada con la prueba «de firmas», y debe prestarla precisamente la parte que ha de recibir la prueba. Así se observa no sólo en los textos antes citados, sino también en otros ⁹⁹.

Segundo. Se ofrece cuando el demandado no puede presentar garantías reales.

Tercero. La única ocasión en que se dice en qué consiste ¹⁰⁰ vemos que el demandado que pierde la prueba testifi-

99. F. Cuenca, 688: «De testibus inter judeum et xristianum.—Firme sint inter xristianum et judeum xristianus et judeus vicini, et testimonio historum omnes res que negate fuerint, sint credite et manifeste. Qui quumque firmare debuerit, firmet super pignora in duplo, aut super pedem suum secundum ius cochense. Si xristianus pedem suum miserit, et victus fuerit, iudex teneat eum captum in carcere regis donec pectet».

F. Cuenca, 689: «De judeo qui extra carcerem debitorem testificatus fuerit.—Si iudeus extra carcerem captum testificatus fuerit, mittat eum iudex in captione iudei donec pectet. Similiter si iudeus qui pedem suum miserit, convictus fuerit, teneat eum captum in carcere regis ille qui fuerit albeil.»

F. Cuenca, 690: «De xristiano que extra carcerem debitorem testificatus fuerit.—Si xristianus extra carcerem captum testificari potuerit, albedi mittat eum in captione xristiani unde non exseat, donec pectet.»

Estos tres párrafos equivalen a F. Teruel, 425 = FIR, 539 = F. Alb. 173; F. Zorita, 578, 579 y 580. F. Béjar, 855, 856, 857 y 858, y a F. Plasencia, 334, cuya primera mitad, única importante para nosotros, copiamos a continuación: «Firma que entre xptiano et iudio fueren, sea xptiano, et iudio, et vezinos, et por testimonio de todas cosas que negadas fueren sean creydas et manifestas. Todo aquel que afirmar oviere firme sobre prenda del doblo, o sobre su pie a fuero de plazencia. Si el xptiano metiere su pie et fuere vencido los alcaldes tenganlo preso en la carcel del Rey fasta que peche. Et si el iudio fuera de la carcel el preso testiguare metanle los Alcaldes en prisión del iudio fasta que peche. Si el iudio su pie metiere, et vencido fuere tengal preso en la cárcel del Rey, aquel que fuere albedi metal en prision del xptiano et non exeat ende fasta que peche ...».

100. Cfr. F. Cuenca, 688; F. Teruel, 425; F. Zorita, 578; F. Béjar, 856, y F. Plasencia, 334, en nota anterior.

cal y que había dado fianza de su pie es encarcelado hasta que pague.

Los dos caracteres primeros parecen indiscutibles, pero el tercero plantea una pregunta. El texto de cada Fuero en que se establece dicho carácter se refiere a los juicios entre cristianos y judíos, a un caso particular por tanto. ¿Puede considerarse, no obstante ello, que dicho principio se aplicaba a todos los casos? O dicho de otra forma: la fianza del propio pie mencionada en los textos referidos en las notas 96 y 97 ¿daría también lugar a la prisión efectiva del deudor o del sobrelevador?

La contestación más plausible es la afirmativa. Si la garantía de meter el pie da lugar a la prisión cuando el deudor es cristiano y el acreedor judío, no hay razón para pensar que el acreedor cristiano estuviera menos protegido con la misma garantía. Otra razón en el mismo sentido es la de que según los mismos párrafos comentados, si el demandado no aceptaba las «firmas» del acreedor cae inmediatamente en prisión. Lógicamente el mismo resultado había de producirse cuando aceptara la prueba y ésta le fuese adversa, habiendo prestado antes la fianza en cuestión.

Por tanto, hay que concluir afirmando que la garantía de «meter el pie» la daba al deudor acotado cuando había de recibir la prueba de «firmas» prestada por el acreedor, con la que éste intentaba demostrar ser cierta su petición y ser falsa, por consecuencia, la negativa del demandado; y que dicha garantía se transformaba en prisión efectiva y real del deudor si éste perdía la prueba, por ser considerado como demandado efectivamente derrotado; esto es, como deudor vencido en juicio.

Esta conclusión se ve reforzada estudiando nuevos textos y comparándolos con otros ya vistos y pertenecientes a los Fueros de Uclés, Coria y Usagre ¹⁰¹.

Recuérdese que en estos dos últimos Fueros aparecía el deudor en libertad vigilada y con unas anillas de hierro en las manos y en los pies dando a entender que «es preso», que per-

101. Cfr. F. Uclés, 170, en nota 15, y F. Coria, 253, en nota 54.

tenece a su acreedor, y que, por tanto, los demás acreedores deben esperar a que el deudor pague al acreedor garantizado. Al comentar estos párrafos, la prisión del deudor fué calificada de aparente, puesto que de hecho él quedaba en libertad física.

Pues bien; en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia y además —como también se vió ya— en el de Uclés, se advierte que para que el deudor sea considerado preso de otro ha de estar real y efectivamente privado de libertad en casa del acreedor. Y que por ello no debe considerarse como preso de nadie al hombre que muestre anillos en el pie alegando que son signos de prisión; el que así vaya no se considera especial y preferentemente vinculado a ningún acreedor aunque él lo afirme, sino que cualquier otro acreedor del mismo deudor que lo vea puede exigirle inmediatas responsabilidades. Tan sólo hay una ocasión en que el acreedor puede reclamar al deudor por él preso: cuando éste es contemplado por alguien fuera de la casa del acreedor, pero por razones plenamente justificativas de esa salida; razones que además, por su propio carácter, muestran indirectamente que el deudor yacía en verdad preso en casa de su acreedor ¹⁰². No hay posible duda de que se está prohibiendo

102. F. Cuenca, 613 y 614. F. Teruel, 199 y 200 = FTR, 203 = F. Alb., 65. F. Zorita, 498 y 499. F. Béjar, 737 y 738, y F. Plasencia, 272.

F. Teruel, 199: «Quod se nemo a captione excuset signum captionis hostendendo.—Et nemini dicenti valeat non intrabo in captione, quia captus alterius debitoris permaneo, ostendendo armillam ferream in manibus vel in pede. Quia ut forum precipit nemo potest extra domum suam debitorem deffendere ab aliis creditoribus dicendo captus meus est quanvis signum captionis hostenderit, nisi cum ad requisita nature exierit et cum capto illo custos fuerit qui ipsum custodiat et deffendat».

F. Teruel, 200: «Quod nemo extra domum captum deffendat.—Occasione vero alie nemo potest captum deffendere extra domum».

F. Plasencia, 272 (segunda parte): «Et nol vala diziendo non entrare en prision cativo ageno so, demostrando armella en mano o en pie. Otrossi nadi non lo, puede defender fueras de casa al debdor, a los otros creadores diziendo mio cativo est maguer que la sennal dela prision demuestre. Et que cativo toviere salvesse con tres vezinos que lo

en estos Fueros¹⁰³ lo que sí permitían los de Usagre y Coria: la prisión aparente o simbólica.

Por tanto, la garantía de «meter el pie» no podía dar lugar en estos Fueros a otra prisión más que a la real y efectiva, a la que consistiera en obligar al deudor a permanecer físicamente encerrado en cualquier lugar de la casa del acreedor. La conclusión, pues, es la ya apuntada: al menos en los Fueros del grupo ahora examinado, la garantía de «meter el pie» se transforma en la prisión efectiva del deudor. La prisión aparente no está permitida en estos Fueros, que, por el contrario, ofrecen al acreedor una garantía más eficaz: la prisión real.

¿Quiere decir esto que la forma de prisión aparente, tal y como se recoge en los Fueros de Coria y Usagre, o de modo similar, se aplicase también en estas otras localidades castellanas, y que precisamente con estos párrafos de sus Fueros lo que se pretendía era eliminar y sustituirla totalmente por la prisión efectiva? Desde luego no hay datos concretos en que apoyarse para afirmar que la prisión aparente fuese cronológicamente anterior a la efectiva, al menos en estos territorios. Es probable que ambas formas coexistieran. Pero sí parece claro el propósito de los redactores de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia de eliminar toda forma de prisión que no fuese la real, la prisión propiamente dicha. La interpretación conjunta de todos los textos citados sí que parece dar base para creerlo así sin incurrir en ningún prejuicio metodológico¹⁰⁴.

tiene por aver quiel ha de dar. Todo ome que dixiere que la tiene preso por su debdo tenga lo en cepo, o en cadena o en cormas o en fierros en pies dotra guisa nol vala».

103. Incluido el párrafo 170 de F. Uclés, que si tien es de redacción distinta, contiene en el fondo la misma doctrina.

104. E. MAYER, en *El antiguo derecho de obligaciones español*, Barcelona, 1926, págs. 149 y 150, alude a la garantía de «meter el pie» en los fueros de Teruel, Cuenca y Zorita, citando algunos de los textos transcritos por nosotros (concretamente, F. Teruel, 199; F. Cuenca, 688 y 613, y F. Zorita, 498). Desde luego no cita MAYER todos los textos que se refieren a la garantía de «meter el pie». Pero, además, su interpretación no parece del todo acertada. Considera que la

f) ¿Qué relaciones se notan entre los fragmentos de los cinco Fueros en que se tratan estos problemas?

Todos los copiados en la nota 99 coinciden entre sí, con la única salvedad del párrafo 334 del Fuero de Plasencia, que si

garantía de «meter el pie» significa para el acreedor del deudor con anillas en el pie, un derecho de preferencia sobre los demás acreedores; este derecho de preferencia se ejerce sobre el deudor aunque esté libre, según el Fuero de Tudela; pero «en Teruel-Cuenca, desviándose de este principio, sólo existe tal preferencia sobre el deudor que está dentro de la casa encerrado». Esto, que es parcialmente cierto sólo se comprende no como una caprichosa desviación del principio recogido en el Fuero de Tudela (MAYER podía haber citado también los Fueros de Coria y Usagre), con el que no hay por qué relacionar a los Fueros de Teruel y Cuenca, sino porque en éstos existe sistemáticamente regulada la prisión efectiva del deudor, y aquella garantía de «meter el pie» es absorbida por esta otra institución, más completa, más eficaz y mejor descrita.

Inmediatamente MAYER sigue diciendo: «En una ocasión se atestigua que esta colocación simbólica de la cadena no agota el número de las formalidades a través de las cuales se establece esta relación jurídica, sino que todavía por parte del deudor se presta una promesa solemne, una jura». Y cita el Fuero de Viguera y Val de Funes, párrafo 44.

Lo que sucede en F. Viguera (y en su párrafo 45 no en el 44) no es exactamente lo que MAYER dice. No es que la garantía se constituya con la imposición de la anilla y con el juramento, sino que éste hace referencia a que el deudor mete el pie porque «no ha nada», porque no tiene bienes. Aunque con esto no se quiera insinuar una directa influencia entre F. Viguera y los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia, lo que pasa en ese párrafo 45 del Fuero de Viguera es que la garantía de meter el pie es subsidiaria, como también lo era en los cinco Fueros estudiados aquí (cfr. notas 96 y 97).

Finalmente, en la página 151, MAYER dice lo siguiente: «Resulta, por tanto, que este encerramiento del deudor en algún albergue nos lleva de nuevo a una colocación de la propia persona del deudor como garantía, cosa ésta que primitivamente se presenta como un encadenamiento simbólico que concede al acreedor una preferencia sobre cualquier otro, con respecto a la persona del deudor; este último, por su parte, expresa todavía su sumisión por medio de una promesa solemne. Sólo, poco a poco, deja de observarse el hecho de un encadenamiento, obteniendo entonces el acreedor una preferencia en punto a su crédito sobre la persona del deudor, sólo cuando lo retenga encerrado en la casa».

bien empieza exactamente como los demás, sufre una mutilación tras contemplar la prisión del deudor cristiano. Las palabras «... aquel que fuese albedin» son el final del Fuero de Cuenca, 689, y del Fuero de Zorita, 579¹⁰⁵, y aparecen también en el Fuero de Teruel, 425, y en el Fuero de Béjar, 658. En estos cuatro Fueros se añade a continuación que si el judío es visto fuera de la cárcel, el albedín lo ha de apresar y meterlo en la prisión del cristiano. Pero en el Fuero de Plasencia, 334, aparece solamente la frase final: «metal en prision del xpiano et non exea ende fasta que peche». Entre estas palabras y las de «... aquel que fuese albedín» faltan las que digan que si el «judío es visto por el cristiano fuera de la cárcel...». La mutilación del texto es a todas luces indudable.

En cuanto a los fragmentos transcritos en la nota 102, observamos sólo dos peculiaridades que se hallan en el Fuero de Teruel y en el de Plasencia, párrafos 199 y 272, respectivamente. En el 199 del Fuero de Teruel se incluye como frase final una falta en los otros cuatro Fueros: «Et cum capto illo custos fuerit qui ipsum custodiat et deffendat.» Esta vez la modificación que respecto a los demás fueros presenta el de Plasencia es también una adición, si bien no coincide con la del Fuero de Teruel. Esta es la frase: «Et que cativo toviere salvesse con tres vezinos que lo tiene por aver quiel ha de dar.»

Como se ve, en ninguno de estos casos las diferencias entre los Fueros son de importancia, lo que no quiere decir que no sean significativas desde el punto de vista formal, y por ello serán recapituladas cuando llegue el momento en el presente trabajo de comparar y relacionar entre sí todas las variantes de cada Fuero respecto a los otros.

Confirma aquí MAYER la opinión de que la llamada prisión aparente o simbólica sería sustituida por la real o efectiva. Pero lo que no nos parece adecuado es que para sentar esta afirmación se apoye en el párrafo 424 del Fuero de Sosia, donde la expresión «meter el pie» no va sola, sino que dice «meter el pie con la buena», y ésto, como más adelante se verá, cualifica la garantía, y la hace distinta, tanto de la prisión efectiva como de la aparente.

105. En F. Zorita, 579, se observa, a continuación de estas palabras, una pequeña adición: «... que es assi como iuez».

d) Prisión de la mujer o hijos del deudor. a') Los cinco Fueros tantas veces citados establecen un principio respecto al deudor acotado (esto es, al vencido en juicio que tiene sólo nueve días para pagar) que excluye de responsabilidad a su mujer e hijos. Si el deudor acotado, se dice, no pagara al plazo fijado y se marchase fuera del término de la villa, la mujer e hijos de él deben pagar el doble del débito, pero no pueden ser constreñidos a ello por ninguna clase de prisión¹⁰⁶. Es más, el Fuero de Teruel, que en su párrafo 177 y en el 180 contiene expresiones que faltan en los demás textos¹⁰⁷, advierte que en tal situación ni siquiera se pueden aprehender los bienes del deudor acotado ausente, y explicándose a sí mismo, dice el Fuero que por eso, porque no es posible ocupar los bienes del deudor ausente, es por lo que conviene que el acreedor tome anticipadamente alguien como sobrelevador del deudor. La variación que el Fuero de Teruel muestra en estos párrafos no sólo insiste, una vez más, en su originalidad de matices y detalles, sino que confirma aseveraciones ya indicadas aquí al filo de los textos; así la de la no intervención forzosa en el principio del deudor, ni siquiera cuando éste se ha dado claramente a la fuga.

Ahora bien; esta separación radical entre la responsabilidad del deudor vencido y la posible prisión de su mujer o de

106. F. Cuenca, 536: «De debitore incautato novem dierum existente extra terminum.—Si debitor incautatus ad placitum non solverit, et extra terminum fuerit, nullus pro eo neque uxor, neque filii intrent in placitum, immo duplent pecuniam et aureum cauti, ut sepe dictum est».

F. Teruel, 177, copiado en nota 85.

F. Teruel, 180 (igual a 184, FTR, y a 61 y 62, F. Alb.): «De debitore novem dierum extra terminum existente.—Si debitor incautatus ad placitum non solverit et extra terminum fuerit, nullus pro eo sive uxor, sive filii intrent in placitum, immo duplent pecuniam et V solidos dicte calumpnie ut de aliis superius est predictum. Si forte ille debitor uxorem vel filios non habuerit, et de illo querelosus superlevatorem non tenuerit, et de villa recesserit, sive affugerit, bona ipsius que remaneant ut scriptum est in predicta pagina minime capiantur.»

Cfr. F. Zorita, 422, F. Béjar, 645, y F. Plasencia, 230.

107. Ya lo hicimos constar antes.

sus hijos se daba, probablemente, porque el deudor ya había sido personalmente condenado a pagar o a prisión. En tal situación resultaría, en efecto demasiado duro encarcelar a la esposa o a los hijos, mientras el deudor se evadía. Sería hacer pagar a alguien que no ha tenido oportunidad procesal de defenderse.

Pero había ocasiones en que la mujer o los hijos del deudor podían yacer en prisión por deudas de su marido o padre¹⁰⁸. Esto sucedía en dos distintos supuestos: prisión forzosa de la mujer o hijos del deudor, y prisión voluntaria de los mismos.

b') La prisión forzosa de estas personas surge en la fase en que el deudor aún no había sido vencido en juicio. Si en tal momento el deudor huía ya se vió cómo el sobrelevador tenía que traer al deudor. Pero si no lo encontraba y hallaba a su mujer o hijo y conseguía que éstos confesaran la deuda («... et uxorem aut filios debitoris superlevator manifestos facere portuerit...»), el acreedor los recibía en prisión *loco debitoris* y no salían de allí hasta que pagaban la deuda.

Del mismo modo si la mujer o los hijos negaban que fuera cierta la deuda y el acreedor los vencía en juicio, una vez vencidos, la mujer o el hijo eran apresados si no pagaban inmediatamente^{109 110}.

108. No es éste el lugar a propósito para estudiar la responsabilidad de la sociedad conyugal en su aspecto civil ni en el desarrollo procesal del mismo. Por otra parte, ha sido recientemente examinado por el Prof. MARTÍNEZ GIJÓN, *Op. cit.*, páginas 103 y sigs. Por ello, se eluden aquí todas las cuestiones civiles —régimen económico matrimonial o responsabilidad del patrimonio familiar— en que pueda basarse el hecho de la prisión. Igualmente se pasan por alto todas las fases y plazos probatorios procesales por los que se atraviesa hasta llegar a la prisión.

109. F. Cuenca, 525 y 607. F. Teruel, 171 = FTR, 176. F. Teruel, 193 = FTR, 198 = F. Alb., 64 bis; F. Zorita, 412 y 492; F., Béjar, 629, 631, 632 y 729. F. Plasencia, 220: «Si el sobrelevador tomase plazo para adozir el debdor a dia sennalado, et quandol fallare non quisiere con el venir fagal testigos et si el sobrelevador pechare otrossi doble el debdor».

F. Plasencia, 221: «Todo omme que por sobrelevaduría pechare et el debdor fijos o mugier obiere, ei el debdor fuxiere doblelo la mugier et los fijos. Et si ante que el sobrelevador peche el debdor fallare com-

Obsérvese que en todos estos casos textos se apresa a la mujer o a los hijos del deudor porque están en posesión de los bienes del fugitivo. Por esta razón, si no tiene mujer o hijos el deudor evadido, en lugar suyo responderá «qui bona sua habuerit». Y por eso también el Fuero de Plasencia contiene una norma que no se encuentra en los demás Fueros, pero que viene a confirmar la misma idea: este Fuero dice que si la mujer jura que no tiene bienes del deudor fugitivo, «sea creyda»; es decir, quedaba en libertad ¹¹¹ ¹¹².

c') En esta materia los textos citados en las notas 109 y 112 ofrecen las siguientes particularidades: En primer lugar, las frases ya comentadas en el Fuero de Plasencia; en

mo dicho est, et adozir non lo pudiere et la mugier olos fijos del debdor el sobrelevador manifiestos los pudiere fazer del debdo reciba los el quereloso en logar del debdor».

F. Plasencia, 222: «Si los fijos del debdor, ho la mugier la sobrelevadura negare venzcalos el sobrelevador por fuero commo silo oviesse con el debdor. Et si fijos o mugier oviere et negare que non tiene buena del iure lo con tres vezinos et sea creyda, si el sobrelevador non lo firmare, et si algo manifestare dello et iure que non tiene mas».

F. Plasencia, 267: «Si la mugier vencida fuere por su aver proprio o por debdo de su marido, et luego non lo diere, prendella sin calonna. Toda via es de saber que nadi non meta mugier ni ninno fasta XII annos, o de mas si non en cadena o en fierros en los pies, o en corma. Todo omme que aellos otra prision los metieren peche X mrs. alos alcaldes eal quereloso.»

110. Cfr. ORLANDIS, J., *La prenda como procedimiento coactivo*, AHDE, XIV, páginas 121 y sigs. Allí se plantea el problema de la responsabilidad por deudas ajenas, en relación con la prenda real. No obstante, en una ocasión alude a textos ya tardíos (F. Alcalá, 39; Fuero Viejo, III, 1, 4, y III, 7, 3), en los que se dice que por deudas de hidalgos se prende a sus collazos o vasallos. Pero es dudoso que en estos casos los términos preñar y derivados se refieran a la prisión de los cuerpos.

111. Cfr. F. Plasencia, 222, en nota 109.

112. F. Cuenca, 592: «De filio debitoris.—Si debitor uxorem non habuerit, set filios, querimoniosus habeat illud forum cum filiis, quod cum uxore decimus habendum.»

F. Cuenca:, 593: «De debitore qui non habuerit uxorem, neque filios.—Si debitor non habuerit uxorem, neque filios, respondeat in voce debitoris ille qui bona sua habuerit, sicut uxor aut filii debitoris.»

Equivalen a F. Teruel, 184 y 185 = FTR, 190 y 191 = F. Alb., 63; F. Zorita, 477 y 478; F. Béjar, 716, y F. Plasencia, 260.

segundo, la falta en este Fuero de un precepto análogo al Fuero de Cuenca, 593; Fuero de Teruel, 185; Fuero de Zorita, 478, y la segunda parte del Fuero de Béjar, 716.

También, pues, en esta ocasión nos hallamos ante una laguna del Fuero de Plasencia; el párrafo 260 coincide con los correspondientes de los otros cuatro Fueros (respectivamente y por el orden siempre citados, son los párrafos 592, 184, 478 y primera parte del 716). Pero el 261 ya no guarda relación con el tema ni es la continuación del 260.

Finalmente, en el Fuero de Teruel, 193, obsérvase una mutilación no por pequeña menos significativa. Comienza así: *Mando itaque quod si mulier pro debito proprio sui mariti....* Los textos equivalentes¹¹³ se refieren tanto al débito de su marido como al de la mujer. Para coincidir plenamente con los otros cuatro Fueros, este párrafo debiera decir: «... *aut pro debito sui mariti...*»; y como faltan estas tres palabras subrayadas, se puede pensar en una mutilación, involuntaria tal vez, cometida por el redactor del texto. Sin embargo, nótese que la frase tal como está en el Fuero de Teruel también tiene sentido, y que en la versión romance de este Fuero se dice lo mismo, sin la disyuntiva «... *aut pro debito...*». De modo que tanto puede tratarse de una mutilación por error, como por voluntad del copista. Aunque el punto es opinable, parece más probable que la mutilación sea por error, pues ello le hace perder pleno significado al texto.

d') Finalmente, los cinco Fueros (y en este punto la coincidencia es absoluta)¹¹⁴ ordenan que si la mujer o los hijos

113. Cfr. nota 109.

114. FCuenca, 611 y 612. FTeruel, 197 y 198 = FTR, 202 y 203 = 65FAlb.; FZorita, 496 y 497; FBéjar, 735 y 736; FPlasencia, 271 y 272.

FBéjar, 735: «Dela muger o fijo que entrar en logar del preso.— Si muger o fijo del preso quisiere entrar ensu lugar faziendo se debdor porel debdo malfiesto ante alcaldes, sea recebido. Qui recibir nol quisiere peche CCC ss. maguer qui quisiere entrar en logar del preso una vez entre et non yxca ende fasta que pague todel debdo.»

FBéjar, 736: «Del que entrar por debdor malfiesto.—Qui debdor malfiesto entrar enprision del querelloso pague todel debdo fasta tres IX dias siquier sea padre, o fijo, o muger tres IX dias passados du-

del deudor quieren darse presos en lugar del deudor manifiesto, el acreedor debe aceptarlos, si bien el que voluntariamente ha entrado en prisión, una vez en ella ya no saldrá hasta que pague. Y si «a los tres IX días» no ha pagado el débito, desde entonces ha de pagar el doble, o el cuádruplo, si ya fué preso por el doble de la deuda inicial.

Con esta disposición se quería favorecer probablemente a ambas partes, pues libre de la prisión, el deudor podría conseguir más fácilmente el dinero, y por lo demás el acreedor estaba tranquilo, pues manteniendo en prisión a la mujer o a los hijos del deudor, sabía que naturalmente éste había de hacer todo lo posible por liberarlos, esto es, por pagar la deuda.

e) Régimen de la prisión.—a') La prisión era distinta en cuanto al régimen interno, según el preso fuera hombre o mujer, estando asimilados en este sentido a las mujeres los niños de más de doce años, y quedando prohibida la prisión de los menores de esa edad. Las mujeres no podían sufrir «otra prisión sino en cadena». Las formas de prisión de los hombres eran más variadas y hay que suponer que más duras: cadenas, cepos, atarles los pies... Lo que resulta imposible es particularizar el alcance de cada uno de estos modos de apremiamiento ¹¹⁵. El preso estaba encerrado en casa de su acreedor, el que, sin embargo, era obligado por los Fueros a permitirle salir de la casa (como ya se dijo) para el caso previsto en los

ple todel debdo que deviere. En tal guisa que si fuere preso por duplo passado el plazo pague quatro duplo».

155. FCuenca, 607. FTeruel, 193 = FRT, 198 = FAlb., 64 bis. FZorita, 492. FBéjar, 730 y 731. FPlasencia, 267 (copiado en nota 109) y 268.

Por ser quizá más expresivo, copiamos FZorita, 492: «De la muger que fuere vencida.—Si la muger vencida fuere por su debda propria o por debdo de su marido, et luego non pagare, sea presa sin calonna. Enpero, devese omne guardar que ninguno non meta muger, ni moço, ante que sea de doze annos o mas, en otra prision si no en cadena. Tod aquel que en otra prision los metiere poche X maravedis alos alcaldes et al iuez et al querelloso. Las prisiones delos otros omnes son aquestas: carçel, çepo, cadenas, cormas, ferropas, esposas, alas manos et alos pies atar si quisiere adelante, si quisiere açaga».

textos ¹¹⁶. En estos mismos, se dice que el acreedor no prohiba o impida que su preso coma, pero no se obliga al acreedor a que alimente él al preso.

Aunque el deudor estaba siempre en la cárcel privada de su acreedor, cuando «palacio» tuviera parte en lo que el deudor debiera, éste había de ser preso por el juez. Igualmente se prohíbe que el *dominus villae* aprehenda presos por sí mismo, ni siquiera cuando se trate de deuda propia; ha de hacerlo el juez y retener al preso *in domo sua* ¹¹⁷.

Si quien estuviera custodiando a cualquier preso permitía o no podía evitar la huida de éste, era metido en su lugar y había de pagar lo que el evadido debiera ¹¹⁸.

Otra característica de la prisión era que el acreedor no podía llevar al deudor preso fuera de la villa. De modo semejante, si un acreedor tomaba preso a su deudor fuera de la ciudad, no podía sin más tener a dicho hombre preso, sino que había de conducirlo antes de tercero día ante el juez para que éste

116. FCuenca, 610: «Quod capto cibus non prohibeatur neque requisita nature.—Quicumque captum tenuerit pro aliquo debito, non prohibeat illi cibum, nec minctum vel egestum exire: qui hoc fecerit, pectet decem aureos, si captus firmare potuerit cum duobus vicinis qui domos habeant contiguas domui illius, qui captum habeat in captione.»

Son correspondientes, FTeruel, 196 = FTR, 201 = FAlb., 65. FZorita, 495. FBéjar, 734, y FPlasencia, 270.

117. FCuenca, 24: «Quod dominus ville, neque alcayad mitat manum super aliquem vicinum.—Nemo neque dominus, neque alius teneat vicinum in captione pro calumpnia, in qua palatium ius habeat, nisi iudex tantum. Nec etiam dominus capiat vicinum, licet pro propria calumpnia seu debito sit victus. Immo iudex teneat eum captum in domo sua, donec solvat quod soluturus fuerit».

FPlasencia, 18: «Queel sennor non meta mano sobre nengun vezino.—Enel XVIII logar otorgo que el sennor della villa non meta mano sobre nengun vezino. Que si querella de alguno oviere demandel derecho afuero de plazencia et si oviere de seer alcaldes lo tengan en prision fasta que el debdo pague».

Cfr. también, FTeruel, 55 = FTR, 53 = FAlb., 22. FZorita, 16, y F. Béjar, 29.

118. FCuenca, 472: «De apparitore qui captum custodierit.—Si quis apparitorum captum custodierit, et a captione forte evaserit, questor intret in loco fugitivi, et pectet quod ille pectare debebat; vel sufferat penam quem fugitivo fuerat destinata». Equivale a FTeruel, 117 = FTR, 124 = FAlb., 40. FZorita, 365. FBéjar, 563.

decidiera si el preso era o no verdaderamente digno de continuar en prisión ¹¹⁹.

Finalmente, se prevé también el caso de fuga del preso desde la prisión de su acreedor. Tanto la evasión del deudor manifiesto como la del acotado o la de sus respectivos sobrelevadores, son tratadas (aparte la responsabilidad del que custodiara al preso, detalle éste ya mencionado) de modo idéntico: el acreedor, allá donde encuentre al fugitivo, puede aprehenderlo y meterlo de nuevo en prisión. Incluso si el evadido se refugia en alguna iglesia o en palacio puede ser extraído impunemente de allí por el acreedor que lo persiga ¹²⁰.

119. FCuenca, 608: «De eo qui captum extraxerit a civitate.—Quicumque hominem captum pro debito extraxerit a civitate, pectet decem aureos in cautum medietatem iudici et alcaldibus et medietatem quereloso».

FCuenca, 609: «De eo qui aliquem extra civitatem ceperit.—Quicumque pro indigencia superlevatoris extra civitatem hominem ceperit, ducat eum ad urbem usque ad tertiam diem, et ducto, presentet eum ante iudicem, ut iudex discernat, si sit reus captione vel non. Si reus fuerit, capiatur, si reus non fuerit, dimittatur in pace».

FTeruel, 194: «De eo qui captum extraxerit a captione.—Quicumque hominem captum pro debito de villa extraxerit pectet X aureos alfonsinos de calumnia medietatem iudici et alcaldibus et quereloso medietatem aliam si probari potuerit iuxta forum».

FTeruel, 195: «De eo qui hominem extra villam ceperit.—Item quicumque pro indigencia superlevatoris extra villam hominem ceperit, ducat eum ad villam usque ad tertium, ut presentet eum ante iudicem, ut iudex provideat si sit reus a captione ut forum precipit vel non. Si vero reus fuerit, capiatur, et sit retensus in captione ut forum precipit in hac villa. Et si reus non fuerit, statim ante iudicem dimittatur. Si forte ut dictum est usque ad diem tertium ante iudicem hominem captum non adduxerit, quisquis illum in captione sua post tertium diem tenuerit, pectet CCC solidos ut superius iam est predictum».

FTeruel, 194 y 195 = FTR, 199 y 200 = FAlb., 64 bis. Cfr. también FZorita, 493 y 494. FBéjar, 732 y 733. FPlasencia, 269.

120. FCuenca, 544: «De debitore vel superlevatore novem dierum, qui fugerit a captione.—Si debitor incautus, aut eius superlevator extra civitatem a captione fugerit, capiat eum querimoniosus, ubicumque eum reperire potuerit, sine calumpnia».

FCuenca, 615: «De captis fugitivis.—Si debitor manifestus aut eiusdem superlevator de creditoris captione fugerit, aut latro, aut pro-

b') ¿Qué variantes de interés se observan en los textos últimamente comentados? El acuerdo es total entre los Fueros de Cuenca, Zorita y Béjar.

En el Fuero de Teruel, 195, van incluídas, al final, unas frases que faltan en los de Cuenca, Zorita, Béjar y Plasencia. Como otras veces, es fácil comprobar que en ellas desarrolla y confirma un aspecto de lo dicho en el resto del precepto y en los a él equivalentes ¹²¹.

De nuevo es el Fuero de Plasencia el que presenta más peculiaridades. Por una parte, una omisión o laguna: el párrafo relativo a la responsabilidad del que custodia al preso falta en el Fuero de Plasencia (habría de equivaler a los textos citados en la nota 118).

Además, el párrafo 18, relativo a la prohibición de que el *dominus villae* pueda apresar a nadie, no contiene el otro precepto que sí aparece en los demás Fueros; esto es, la advertencia de que si el deudor lo es de Palacio, no puede yacer más que en la prisión del juez ¹²².

En tercer lugar, el párrafo 236 de este mismo Fuero de Plasencia ¹²³ desarrolla ampliamente la última frase de los párrafos 615, 201, 500 y 739 de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita y Béjar, respectivamente, añadiendo una frase muy ori-

ditor, aut eius superlevator, et in ecclesia vel in palatio se receperit, extrahatur inde sine calumpnia; et si quis eum defendere presumpserit, respondeat loco fugitivi».

Cfr. FTeruel. 211, en nota 96, y FTeruel, 201 = FTR, 204 = FAlb., 66. FZorita, 430 y 500. FBéjar, 655 y 739.

FPlasencia, 235: «Si el debdor manifiesto o su sobrelevador dela prision del quereloso fuxiere o en eglesia se metiere o en palacio se quisiere defender saquenle dent sin calonna».

FPlasencia, 236: «Si algun omme en eglesia en palacio quier sea clerigo quier sea lego al fuydor defendiere peche todo el doblo, que el debdor auie de pechar, et en esta cosa el conceio entreguen al quereloso del auer del deffendedor sin calonna».

FPlasencia, 237: «Si el debdor encotado ho el sobrelevador fuxiere dela prision fueras dela villa, prendal el quereloso olo pudiere fallar sin calona».

121. Cfr. nota 119.

122. Cfr. nota 117.

123. Cfr. nota 120.

ginal: la de que si alguien defiende al deudor fugitivo no sólo se le obliga a pagar el doble de lo debido, sino que además, «en esta cosa el conceio entreguen al quereloso del auer del deffendedor sin calonna». Esto es una clara medida de ejecución forzosa que resulta inusitada por lo especialísimo del caso a que se aplica, y en la que se ha de tener presente el matiz de penalidad que encierra. No hay duda de que el Fuero de Plasencia contiene casi siempre diferencias notables respecto a los demás.

b) Otras circunstancias de la prisión.

a') En todos los Fueros ahora estudiados se establece que si un deudor no da prenda ni sobrelevador, y se refugia en casa ajena, albergándose allí para ser protegido por la paz de la casa, el dueño de ésta ha de permitir que el acreedor pueda entrar en ella y sacar al deudor. Si el dueño de la casa no accede a dar entrada al acreedor ha de responder en juicio en vez del deudor con todo lo que ello puede traer como consecuencia.

Aunque el precepto aparece en los cinco Fueros ¹²⁴, nótese la peculiar redacción del Fuero de Plasencia. Es evidente que los otros cuatro son formalmente más afines.

b') Finalmente, en el Privilegio de Sancho IV, dado a Cuenca en 1285, aparecen dos preceptos de singular importancia y que, como es natural, no tienen equivalentes en los otros cuatro Fueros.

En uno de estos singulares preceptos se prohíbe que los cristianos puedan ser presos por los judíos por causa de deu-

124. FCuenca, 135: «De calumpnjatore vel debitore existente in aliqua domo, qui superlevatorem dare noluerit.---Si aliquis calumpniam fecerit, vel debitor fuerit, et existens in aliqua domo superlevatorem dare noluerit, in cauto domorum confiando, dominus domus aut eiiciat eum a domo sua, vel det querimonioso licentiam capiendi eum sine calumpnia. Quod si non fecerit, respondeat in voce debitoris vel calumpniatoris; et si victus fuerit, pectet sicut et ipse».

FTeruel, 277 = FTR, 287 = FAlb., 95. FZorita, 119. FBéjar, 152, y FPlasencia, 53: «Todo omne qui calonna fiziere o alguna cosa deviere et fiador dar non quisiere confiando se por coto en casa aiena el senyor dela casa saquel de su casa, o de a aquel su quereloso poder que prenda sin calonna, o responda en voz daquel debdor, o de aquel que fizo la calonna».

da civil ¹²⁵. Los tiempos han cambiado ya en 1235 y la equiparación de derechos entre cristianos y judíos en orden a la prisión por deuda mantenida en el cuerpo del Fuero de Cuenca ya no parece justa en 1285. Los cristianos obtienen así un importante privilegio. Parece indudable que detrás de este trato de favor están los abusos cometidos en materia de usura por los judíos que probablemente tendrían presos a una considerable cantidad de deudores morosos.

La otra norma es aún más importante. El deudor que tenga bienes raíces ni ha de dar sobrelevador ni puede ser preso por deuda, sino que en caso de incumplimiento de su obligación responde con sus bienes, que son «entregados» al acreedor o acreedores para que éstos los vendan ¹²⁶.

En Cuenca y en el año 1285 (conviene recordar la fecha de este tardío momento del siglo XIII) la prisión del deudor solvente queda eliminada. La ejecución forzosa incluso en los bienes inmuebles, es una medida que satisface más rápida y directamente al acreedor, y la prisión del deudor en cuanto medida coactiva para forzarle a que pague es ya innecesaria desde el instante en que el legislador se decide a implantar la ejecución patrimonial forzosa. El hecho está cargado de sentido y ha de servirnos de punto de referencia para ulteriores reflexiones.

Queda con esto terminado el examen de la prisión por deudas en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.

D) Dentro de los Fueros de la familia del de Cuenca se han estudiado ya los de Alcalá y Brihuega-Fuentes (en el apartado A), los de Coria y Usagre (en el apartado B) y los del grupo más afín y prolijo en detalles normativos de la prisión por deudas que acaban de ser expuestos (apartado c).

125. Pfo. 20 del privilegio de Sancho IV, de 1285, a Cuenca: «Que ninguno non sea preso por debdo de judio.—Otrosi tengo por bien e mando, que ningun xristiano non sea preso por debdo que deva al judio nin lo prenda otro por ello, ...».

126. Ibidem, pfo. 22: «Que non sea omne preso por debda si fuere raygdo.—Otrosi, por debda que el omne deva, si bien rraygado fuere non sea preso nin sea tenido de dar sobrelevador, mas entreguense en sus bienes e vendanse assi como el fuero manda».

En último lugar falta estudiar la prisión por deudas en los Fueros de Sepúlveda y Soria. Estos Fueros contienen menos preceptos dedicados a nuestro tema que los últimamente vistos. Sin embargo, en algunos casos hay en ellos párrafos relacionados en su fondo y en la forma con los del grupo de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia. Ello obligará constantemente a comparar unos y otros Fueros, tanto para señalar afinidades como para marcar diferencias.

a) El Fuero de Sepúlveda y la prisión por deudas. En el Fuero extenso de Sepúlveda sólo hay dos disposiciones relativas a la prisión por deudas. Son los Títulos 19 y 156, que trantan, respectivamente, de la prisión en el caso de que Palacio tenga parte en la deuda, y del caso del deudor que se protege bajo la paz de la casa ajena¹²⁷.

La comparación de estos textos con los que regulan los mismos problemas en los Fueros del grupo de Cuenca, Teruel...¹²⁸ demuestra sin posible duda que el redactor del Fuero de Sepúlveda tuvo a la vista alguno de aquellos cinco Fueros, probablemente el de Cuenca¹²⁹.

¿Por qué el redactor del Fuero de Sepúlveda copió estos textos que sólo indirectamente hacen referencia a la prisión y, sin embargo, no transcribió ni uno solo de los preceptos que la regulaban? Nótese que el redactor del Fuero de Sepúlveda,

127. FSepúlveda, 19: «Que omne ninguno non debe tener vezino preso por calonna en que palatio aya parte, si non fuere el iuez.—Ningún omne, nin sennor ni otro, non deve tener vezino preso por calonna en que palatio aya parte, sino el iuez. Et el sennor non prenda vezino, maguer sea vencido por su debdo proprio o por calonna, mas el iuez lo tenga presso en su casa fasta que pague lo que deve».

FSepúlveda, 156: «Del que fiziere calonna; Si alguno fiziere calonna, o fuere debdor por aventura, et estando en alguna cosa d'estas, non quisiere dar sobrelevador, et se encerrare en alguna casa, et el duenno de las casas, nol quisiere sobrecabar, echelo de su casa o de vagar al querelloso quel prenda sin calonna ninguna; y si non lo fiziere assi, faga la voz del debdor o del calonnador; et si vencido fuere, peche como el pecharien».

128. Compárense los textos de las notas 117, 124 y 127.

129. Ambos textos pertenecen a la redacción que el Prof. GIBERT llama FEA, esto es, adaptación del FCuenca.

aun copiando los dos preceptos citados, eliminó completamente la prisión por deudas de dicho Fuero. ¿Por qué?

Es esta una cuestión difícil de resolver, pues si casi siempre resulta arriesgado comprender lo que las fuentes dicen, lo es sin duda mucho más interpretar sus silencios. No obstante, y con toda provisionalidad, se puede aventurar una hipótesis o conjetura explicativa.

Quizá si la redacción del Fuero de Sepúlveda fué poco antes de 1300,¹³⁰ ya estuviera vigente en Cuenca el privilegio de Sancho IV de 1285, que venía a eliminar, como vimos, la prisión por deudas del deudor solvente. Puede ser que al conocer este privilegio quien redactara el Fuero prefiriera no transcribir las disposiciones relativas a la prisión y que ya entonces no se aplicarían o practicarían poco.

Pero también es posible que no hubiera ninguna intención decidida en esa supresión de párrafos, y que tal ausencia se deba a un error o al puro capricho o a preferencias personales de quien o quienes hiciera la redacción material del Fuero de Sepúlveda. El caso es que en realidad este Fuero desconoce la prisión por deudas

b) La regulación de la prisión por deudas en el Fuero de Soria. a') En el Fuero de Soria se admite la prisión del demandado como medida subsidiaria cuando éste no consigue dar sobrelevador. En el texto correspondiente¹³¹ se especifica que si el demandado es «rraygado», o sea, tiene bienes inmuebles, no es necesario ni siquiera pedirle sobrelevador. Pero si no tiene bienes raíces se le pide que presente a alguien que garantice su comparecencia en juicio. Y si no diere sobrelevador, el demandante lo lleva

130. Cfr. GIBERT, R., *Fuero de Sepúlveda*, estudio cit., págs. 353 a 383, especialmente 358 a 362.

131. *Fuero de Soria*, 405: «Sj alguno ouiere querella de otro que non ssea rraygado em pleyto de calonna que ay contra el o por otra cosa qual quier, demandel sobrelevador; et si luego aver non lo pudiere, nombre tres collaciones, quales el quisiere, et vaya con el; et si sobrelevador non diere, prendalo sin calonna, et lieve lo al juez, et el juez tomelo y pongalo en la prision del conçejo fata que ssea judgado. Et si fuere vencido, dengelo el juez, et el querelloso tenga lo assi como manda el ffuero ...» (El resto no interesa).

ante el juez, explica allí por qué lo quiere apresar, y el juez lo encierra "en la prisión del concejo fasta que ssea judgado".

La prisión regulada en este precepto reúne los caracteres siguientes: es subsidiaria a la titularidad de bienes raíces y a la prestación de sobrelevador; el lugar de la prisión no es la casa del demandante, sino la prisión del concejo; es prisión procesal, pues concluye cuando el juicio termina, si bien el resultado de éste puede transformarla en otro tipo de prisión que se estudiará más adelante.

b') ¿Qué medidas adopta el Fuero de Soria para conseguir que el deudor vencido en juicio pague lo debido? la contestación ha de ser rotunda: la ejecución forzosa en el patrimonio del deudor ¹³².

Si pasado el plazo concedido para cumplir voluntariamente la sentencia, el deudor no satisfacía al acreedor, se entregaban a éste los bienes del deudor vencido; en primer lugar se preferían en la entrega los bienes muebles; el acreedor los tenía en su poder durante nueve días, a lo largo de los cuales el deudor podía recuperarlos pagando lo debido. Pero si no recobraba los bienes dentro de esa novena, el acreedor los daba al corredor para que los vendiera; con el precio obtenido en la

132. FSoria, 423: «Si algún ome toviere plazo sabido por juyzio aque pague a otro alguna debda et la non pagare al plazo, los alcaldes que dieron el plazo et el juyzio entreguen de los bienes del debdor aaquel aqui deviere la debda; et si fallaren mueble entreguen le primero en ello, et por lo que menguare entreguen le de larrayz. Et el mueble tenga lo nueve dias; et si lo non quitare fasta IX dias, los alcaldes den lo o fagan lo dar al corredor, que lo venda por quanto más pudiere; et entreguen a aquel que oviete a aver la paga. Et la debda pagada lo que fincare de más tornenlo asu duenno ante el calde. Et si el mueble fuere tal que el corredor non lo pueda traer antessi, fagalo pregonar, et vendalo alla do estidiere segund dicho es. Et si la entrega fuere rrayz, tenga la XXX dias; et en este comedjo fagan lo los alcaldes pregonar cada mercado; et los XXX dias passados, si non quitare la entrega, mandenla los alcaldes vender a qui mas diere por ella, et ffagan el duenno que la otorgue, si lo pudieren fallar; et si le non pudieren fallar, fagan le aver carta de sanjdat al comprador de la entrega. Et quando quier que fallaren al duenno de la entrega, fagan gela otorgar».

venta se satisfacía al acreedor, y el sobrante era devuelto al deudor.

Si en el patrimonio de éste no había bienes muebles, se acudía a los inmuebles. Y cuando, después del correspondiente plazo de espera, que era ahora de treinta días, se vendían los bienes, se obligaba al deudor dueño de ellos a que diera carta de saneamiento, respondiendo así de que los bienes eran suyos y estaban libres de cualquier otra vinculación.

Podía suceder también que el deudor vencido en juicio y condenado por la sentencia a pagar, al transcurrir el plazo previsto en la sentencia «non tuviere de que pagar, mas dixiere que quiere dar el pie con la buena»¹³³. Entonces los alcaldes lo encerraban en la casa de la villa que el deudor indicara, de donde éste no podía salir. Y si al tercer día de «encerramiento» no hubiera pagado, los alcaldes entregaban los bienes al acreedor «como dicho es», o sea tal y como acaba de ser descrito por nosotros.

Por tanto la garantía de ofrecer «el pie con la buena» no es la misma que se estudió antes y que las fuentes denominaban «fianza de suo pede» o «meter el pie»¹³⁴. Aquí se trata sencillamente de ofrecer una dilación de la ejecución patrimonial al deudor, pero tomando durante ese plazo las prudentes garantías. Y si pese a esta demora en la ejecución el deudor no pagaba ni vendía sus bienes voluntariamente, éstos

133. FSoria, 424: «Aquel que alguna cosa oviere adar a otro por juyzio de los alcaldes aplazo en sennado et a puerta sennalada et venjdo el plazo non toviere de que pagar, mas dixiere que quiere dar el pie con la buena, el alcalde et los alcaldes ante quien la paga deve seer fecha denle casa limpia qual el demandidore do ssea en la villa, maguer fuesse del aldea, et vaya con el a casa; et acotenlo quantas vezes lo fallaren fuera de las goteras aquel que a reçebir la paga fastal terçero dia, que les peche por cada vez VV ss. et non aya otra pena. Et si fastal terçero dia conplido non pagare, den adelant el alcalde o los alcaldes que dieron el juyzio entreguen en sus bienes, mueble et rrayz, como dicho es, al querelloso por la debda et alos alcaldes por el encerramjento».

134. Cfr. antes nota 104 y la opinión de MAYER allí comentada sobre este párafo 424 de FSoria.

eran vendidos con arreglo a la norma y procedimiento antes descrito.

Su encerramiento garantiza sólo la no evasión. Pero obsérvese además que las precauciones que se toman en este sentido no son muy grandes, ya que se le deja elegir casa, y no se dice que nadie lo custodie. ¿Por qué no se adoptan medidas de seguridad más eficaces? Sencillamente, porque aunque el deudor se evada, quedan los bienes, y éstos serán ejecutados aun sin su presencia.

En los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia, como no se permite la ejecución patrimonial, se rodea la prisión del deudor de las máximas seguridades, porque su cuerpo es la única garantía de que se dispone para forzarle al pago. Pero con arreglo al sistema ejecutivo del Fuero de Soria, el cuerpo del deudor vencido en juicio «no interesa» (permítasenos la expresión). Lo importante son los bienes, y como éstos, al menos los inmuebles, no pueden desaparecer, el acreedor está tranquilo. Y hasta le da ese último plazo de tres días sin más precaución que la de un benigno encerramiento. Y si pasados estos días no paga, acude ya, sin más dilación, a la ejecución forzosa patrimonial ¹³⁵.

c' Es obvio que para que pueda procederse a la ejecución patrimonial ha de haber bienes. Por tanto, si el deudor era por completo insolvente ¿qué medios tiene a su alcance el acreedor para resarcirse de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado, y, por supuesto, del importe de su crédito?

El párrafo 363 del Fuero de Soria ¹³⁶ resuelve el problema

135. Más adelante compararemos el pfo. 423 de FSoria con el 228 de FBrihuega y el 115 de FUclés, ya copiados en notas 39 y 15, respectivamente.

136. FSoria, 363: «Sj algun omne fuere metido en prision por debda que deua, aquel quel fiziere meter en prision del conpljmiento de pan et de agua fata IX dias, et non sea tenjdo de darle mas si non quisiere; mas si el pudiere aver dotra parte, aya lo. Et si en este plazo non pudiere pagar nj pudiere aver fiador, si oviere algun menester, recabdelo aquel a quien deviere la debda, de guysa que pueda usar de su menester, et de lo que ganare del que coma mesurada mjentre; et lo demas recibalo en cuenta de su debda. Et si mester non

declarando lo siguiente: el acreedor del deudor insolvente debe meter en prisión a su deudor, y no en la prisión del concejo sino en su propia casa. Durante los primeros días ha de darle «pan y agua», «e non sea tenjdo de darle mas si non quisiere». Si al fin de la primera novena el deudor ni paga ni da sobrelevador, el acreedor dispone del rendimiento personal del deudor preso, esto es, de su capacidad de trabajo. Y así, si el deudor «oviere algun menester» el acreedor le hará trabajar en él, «e de lo que ganare que coma mesurada mjentre e lo demas recibalo en cuenta de su debda». Ahora bien; si no tuviere ningún oficio más o menos lucrativo, esta posibilidad de resarcir poco a poco al acreedor desaparece también. En tal caso, si «aquel a quien deviere la debda lo quisiere tener, mantengalo, e sirvasse del quanto mejor pudiere»¹³⁷.

De este modo si el deudor preso no es sólo insolvente sino carente de cualquier oficio remunerador, la prisión se transforma en servidumbre directa, el deudor en siervo del acreedor. Con oficio o sin él se trata de prisión servidumbre, pero con estos matices de mayor sujeción directa, y sobre todo con el importante elemento diferenciador de que si el deudor pudiera trabajar en su oficio, iría saldando la deuda poco a poco y llegaría un momento en que recobraría la plena libertad, mientras que en el último supuesto del párrafo 363 se admite la servidumbre (no sólo directa sino probablemente perpetua) del deudor en favor de su acreedor.

Con ello queda perfectamente trazado el sistema ejecutivo del Fuero de Soria. Si el deudor tiene bienes, ejecución forzosa patrimonial. Si es insolvente pero conoce algún oficio remunerador, continúa preso, trabaja en beneficio del su acreedor, y se gana de nuevo la libertad. Y si ni siquiera puede ganar dinero con su trabajo, se convierte en el siervo directo de su acreedor que puede destinarlo a cualquier tarea y quizá perpetuamente.

Obsérvese que la prisión del deudor insolvente no está expresamente regulada por ningún otro Fuero de la familia del

oviere et aquel a quien deviere la debda lo quisiere tener, mantengalo et sirvasse del quanto mejor pudiere».

137. El manuscrito B de FSoria, 363, dice «goviernelo» en vez de «mantengalo».

de Cuenca, ni siquiera por los que más se ocupan de la prisión del deudor. Sin embargo, en el Fuero Real y en otros cuerpos legales del Derecho castellano sí que aparece un texto idéntico al 363 del Fuero de Soria ¹³⁸; en el lugar oportuno serán comparados estos textos ¹³⁹.

d' El Fuero de Soria contempla independientemente el caso del deudor de muchos acreedores. Sobre este punto establece los siguientes principios normativos. Primero: preferencia de

138. Fuero Real: III, 8,2: «Que si alguno fuere preso en carcel, debe ser mantenido nueve dias por el que lo prendió.—Si algun home fuere metido en prisión por deuda que deba, aquel que le faze meter en la prisión, dele cumplimiento de pan y de agua nueve dias, y el nonsea tenido de darle mas si no quisiere: mas si el mas pudiere haber de otra parte, hayalo: e si en este plazo pagar no pudiere, ni pudiere haber algun fiador, si hobiere algun menester, recaudelo aquel a quien debe la deuda, de guisa que pueda usar su menester, y de lo que el ganare, dele que coma, e que vista guisadamente; e lo demas recibalo en cuenta de su deuda: e si menester no hobiere, e aquel a quien debe la deuda le quisiere tener, mantengale asi como sobre dicho es, e sirvase del».

Leyes Nuevas, ley XII: «La otra cosa es que si el ome de fuera de villa demandare debdo manifiesto, e que sea iudgado al ome de la villa, si el debdor non oviere de que pagar, la ley manda que yazga nuef dias en prision, et de los nuef dias adelante, quel metan en poder de su debdor por preso, en tal manera que pueda husar su menester, asi como manda la ley de los gobiernos, e que los veades con el rey, si manda que lieven preso fuera de la villa: manda el rey que si alguno fuere metido en prision de otro por debda, e lo quisiere levar fuera de la villa que esto sea en bien vista del alcalde, si lo quier levar maliciosamiente o porque non pueda y servirse dél a su pro como manda la ley».

139. El párrafo 363 de F. Soria desmiente otra afirmación de MAYER (*Op. cit.*, págs. 129 y 130), quien dice que «el deudor que era apresado no estaba obligado jurídicamente a la realización y pago del acreedor, pues aunque éste embargaba su propia persona, jamás tal embargo tenía el carácter de una servidumbre por deuda en virtud de la cual se pudiera obligar a trabajar al deudor para el pago del crédito. También este embargo corporal tenía un carácter puramente negativo».

Al menos en el F. Soria sí existe la servidumbre por deuda. El silencio de los demás Fueros tampoco significa necesariamente que en sus respectivas localidades no se aplicara la servidumbre por deuda, que es la salida lógica de la prisión del deudor insolvente.

los créditos más antiguos sobre los más recientes, aunque éstos fueran reclamados antes. Segundo: ejecución patrimonial forzosa para poder satisfacer a todos los acreedores. Tercero: el acreedor que quedara sin cobrar una vez vendidos todos los bienes del deudor, se apoderará del cuerpo del deudor insolvente del modo ya expuesto anteriormente¹⁴⁰. Cuarto: si todos los

140. F. Soria, párrafo 427 (manuscrito A): «Quando alguno es debdor por emprestido o por vendida o por otra cosa semejante a dos o mas, el primero sea entregado primeramente, maguer que el otro demandiere ante; et dent adelante los otros o el uno segund fuere primero en los debdos. Et si el postremero o alguno dellos quisiere pagar a los primeros, ssea apoderado de los bienes del debdor fasta que ssea pagado de lo que pago primero et de su debdo. Et si los bienes non cumplieren, ssea apoderado en el cuerpo como manda el fuero. Et si en un tiempo fue fecha la vendida, todos los que el debdo ovieren acobrar sean entregados comunal mientre, cada uno segund que es el debdo. Et si la buena del que deviere la debda non cumpliere, menguen a cada uno segund la parte que oviere de su debdo. Et si el debdor a dos o más por omeziello o por furto o por calonna, el que primeramente demandiere sea entregado, maguer que sea ante tenido a alguno de los otros. Et si todos en uno demandieren, todos ssean entregados, cada uno segund fuere su debdo, maguer que el debdo ssea fecho ante a los unos que a los otros».

Manuscrito B: «Quando alguno es debdor por emprestido o por vendida o por otra cosa semejante a dos o mas, el primero sea primeramente entregado, maguer que ello otro demande ante; et dende en adelante los otros o el uno segund que fuere primero en los debdos. Et si el postrimero de los querellosos o alguno de los postrimeros quisiera pagar a los primeros, sea apoderado en los bienes del debdor fasta que sea pagado de su debdo et de los otros debdos que pago por el. Et si los bienes del debdor non cumplieren a todos los debdos, el que fincare por pagar sea apoderado en el cuerpo assi como el fuero manda en el titulo de los huérfanos et de como se deven govar. Et si en un tiempo fueren fechas las debdas, todos los que el debdo ovieren de cobrar sean entregados comunal mientre, cada uno segund que es el su debdo. Et si los bienes del debdor non cumplieren, mengue a cada uno segund que fuere la quantía de su debdo. Et si es debdor a dos o mas por omeziello o por furto o por alguna calonna, el que primera mientre demandiere, aquel sea primero entregado maguer sea tenido ante a alguno de los otros. Et si todos en uno demandieren, todos sean entregados equal mientre, cada uno segund que fuere su debdo, maguer que el danno antes sea fecho a los unos que a los otros».

créditos son de la misma fecha, se cobran todos a la vez, y en el caso de que los bienes sean insuficientes, se mengua la cuantía de cada crédito en la proporción necesaria para que el patrimonio sea agotado y repartido equitativamente.

Este último principio demuestra que no se admitía la servidumbre del deudor insolvente a todos los acreedores insatisfechos, sino que la prisión-servidumbre sólo se permitía cuando el acreedor insatisfecho fuera uno solo. En este punto, pues, el Fuero de Soria sigue distinto criterio al del Liber, al considerar la fecha de constitución de los créditos como el criterio utilizable para establecer la prelación entre ellos ¹⁴¹.

Sin embargo, si el deudor de muchos acreedores huye, es perseguido y es alcanzado por un acreedor, éste cobra su derecho antes que los demás, aunque su crédito no fuese el más antiguo, pues realmente la captura del deudor por él realizada beneficia a todos, y se le recompensa anteponiendo su derecho a los demás.

Obsérvese que si aquí se persigue al deudor es porque siéndolo de muchos acreedores, estos sospecharían que haría falta acudir a la servidumbre del deudor para satisfacer al último acreedor, que sería probablemente el perseguidor. Por éso, si alcanza al deudor evadido, se le entregan los bienes que éste llevara consigo y también la persona de dicho deudor, debiendo entregar unos y otra a los demás acreedores tan pronto como obtenga satisfacción de su crédito ¹⁴².

El manuscrito B alude al párrafo 363 que está colocado como último del título dedicado a los huérfanos.

141. Compárese F. Soria, 427, con la Ley V, 6, 5, del Liber, copiada en nota 5.

142. F. Soria, 433: «Si ome que es debdor a muchos ffuxiere de la tierra que lo non pudieren aver et alguno dellos le fuere abuscar y lo aduxier, aquel sea primera mientre entregado del cuerpo et de las cosas que traxiere del debdor, maguer que el su debdo non sea el primero; mas de las cosas que fallaren en otra parte que el non traxiere, ssean entregados aquellos aqui es debdor, cada uno segund que el debdo ffue primero. Et otrossi sean entregados aquellos a qui es debdor del cuerpo et de las cosas que el traxo después que aquel quel trayo fuere entregado delo suyo, maguer quel aya traydo asegurado a el e a sus cosas de los otros. Pero si el quel traxo lo embiare o lo deffendiere,

e' Hay dos párrafos del Fuero de Soria que coinciden en su contenido y se parecen formalmente a otros preceptos de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.

Uno de ellos es el que ordena apresar al andador que custodia a un preso si éste se fuga, haciendo pagar al andador lo que el deudor hubiese de pechar ¹⁴³. El otro se refiere al deudor que se protege en casa ajena ¹⁴⁴.

La semejanza formal entre estos párrafos y los de los Fueros antedichos, hace pensar que quien redactó el Fuero de Soria, o, por lo menos, sus párrafos 90 y 472, tuvo a la vista alguno de aquellos textos; o que, a la inversa, quizá alguna primera redacción del Fuero de Soria influyera en los otros textos. No encontramos argumentos para preferir una u otra hipótesis.

Por último, en una disposición del Fuero de Soria relativa a las causas de desheredación, se considera que una de ellas es el hecho de que el hijo o nieto del causahabiente no hubiera que-

non sea tenido de rresponder a los otros por el, si nol enbio o nol defendio devedando gelo los alcaldes».

143. Cfr. los textos de la nota 118.

F. Soria, 90: «Si al andador se le fuere algún preso o el le diere demano, aquel que fuere sobrelevador del andador al juez et a los alcaldes. Et si non lo quisiere dar o aver no lo pudiere, que entre en el lugar del preso et peche aquello que el devie pechar o reciba la pena que el foido devie aver. Otrossi si el andador ffiziesse alguna ffalla en su officio en algunas destas cosas que sobredichas son, el juez et los alcaldes entreguen en casa del sobrelevador.»

144. Cfr. los textos de la nota 124.

F. Soria, 472: «Si alguno que fuere debdor a otro por debda opor ffiadores o por otra cosa qual quier opor fecho de calonna quier aya el rey parte quier non, se metiere o estidiere en casa dotro alguno arrazon que aquel a que es debdor entrasse en la casa ol saccasse della por fuerça que cayere y en calonna de quebrantamiento dela casa et por ende que serie emparado en ella, si el debdor non quisiere dar sobrelevador, el sennor dela casa olo eche della o de poder al querelloso de prender lo sin calonna ninguna; et si fuere vençido, peche assi como el mismo. Et si el morador de la casa dixiere que aquel su debdor o su calonnador non es en su casa, dejela a escodrinnar; si non, rresponda en su boz, segund dicho es. Et si el morador de la casa non y fuere, quel pueda prender sin calonaa ninguna, ni si los que ala sazón fueren en la casa non dieren sobrelevador por el».

ruido salir fiador del padre o abuelo cuando éste estuviera preso ¹⁴⁵. El detalle es demasiado escueto. No se nos dice si la prisión a que se alude lo fue por deuda o por delito, pero es posible que, en efecto, se refiriera a prisión del deudor insolvente, ya que el párrafo 363 da nueve días durante los cuales el preso podía hallar sobrelevador. También puede aludirse a la prisión del deudor demandado contenida en el párrafo 405.

7. *Conclusiones respecto a la prisión por deudas en el Derecho local castellano-leonés.*

A la vista de todos los Fueros individualmente examinados hasta aquí, se puede tener ya una idea de conjunto de la institución que estudiamos. De todo el análisis anterior, queremos extraer ahora unos caracteres o líneas generales con los que configurar la prisión del deudor, dejando a un lado las peculiaridades no esenciales de cada Fuero.

En orden al contenido o alcance de la prisión, los Fueros regulan dos tipos de apresamiento del deudor; uno, el de «meter el pie», que se ha calificado aquí de prisión aparente, y otro que se ha llamado prisión efectiva o real. Aquella aparece admitida y regulada en los Fueros de Coria y Usagre; ésta, la real, en todos los demás Fueros estudiados. Y algunos, como los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia hacen pensar al lector que pretenden eliminar la prisión aparente, pues de hecho sólo protegen y regulan la prisión del deudor que se halla efectivamente bajo el poder y en la casa del acreedor.

En punto a la situación procesal del preso, los Fueros contienen tres clases de prisión, que más bien podríamos calificar de fases o estadios. En primer lugar, la prisión del demandado, con la que se pretende tan sólo asegurar su comparecencia en juicio y que está regulada en los Fueros de Alcalá, Brihuega, Uclés, Soria, Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia. Estos mismos Fueros, aunque con distinto alcance y finalidad, regulan la prisión del deudor que ha sido vencido en juicio. Entre una

¹⁴⁵. F. Soria, 365: «Padre o madre non pueda deseredar sus fijos de bendicion ni nietos ni visnietos ni dent ayuso, fuera si alguno dellos firiere o si por prisión de su cuerpo nol quisiere fiar ...».

y otra fase procesal, los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia colocan y regulan la prisión del deudor manifiesto.

En todos estos casos y fases, la prisión por deudas tiene siempre un carácter subsidiario. Sólo se lleva a cabo a falta de garantías reales o personales, esto es, por defecto de prendas del mismo deudor o de la prestación de sobrelevador. La responsabilidad de éste es idéntica a la del deudor, pero subsidiaria respecto a la de él.

Dejando aparte los Fueros que dedican una insuficiente atención a la prisión, y respecto a los cuales no es prudente extraer conclusiones,¹⁴⁶ podemos afirmar que en los de Uclés Alcalá, Brihuega-Fuentes y Soria —y probablemente también en el de Zamora— se acude antes que a la prisión del deudor vencido en juicio, a la ejecución de sus bienes. La ejecución patrimonial forzosa de muebles e inmuebles está expresamente regulada en los Fueros de Brihuega-Fuentes y Soria; en el de Uclés se admite sólo la de bienes muebles, y en el de Alcalá, quizá también se admitiera la ejecución patrimonial, aunque no se desprende claramente de la lectura de sus textos¹⁴⁷. Por eso estos Fueros colocan la prisión como medida adoptable a falta de bienes muebles (Fuero de Uclés) o de muebles e inmuebles (Brihuega y Soria). Pero la prisión del deudor insolvente ha de ser lógicamente una prisión servidumbre puesto que de otro modo el acreedor no obtendría ningún beneficio con ella. Así lo manifiesta expresamente el párrafo 363 del Fuero de Soria; y la interpretación sistemática de los demás Fueros (Alcalá, Brihuega y Uclés e incluso el párrafo 49 de F. Zamora) hace pensar que en realidad en aquellas localidades se practicaría algo parecido al párrafo 363 del Fuero de Soria.

Sin embargo, los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia no regulan la ejecución patrimonial forzosa, y por eso en ellos la prisión del deudor vencido tiene otro carácter: el de compelerle al pago, ya que no sale de la prisión hasta que

146. Nos referimos a los de Belorado, Guadalajara (1219), Miranda, Logroño, Daroca, Medinaceli, Alfambra, Ledesma, Alba y Zamora.

147. No obstante, así parece darlo a entender F. Alcalá, 127.

satisfaga su deuda; lo mismo le sucede al deudor manifiesto que sea preso. Estos Fueros no se atreven a intervenir forzosamente en el patrimonio del deudor, y lo que quieren conseguir con su prisión es obligarle a que venda sus bienes, o a que cobre otros créditos a su favor, si los tiene, o a que haga cualquier operación semejante como resultado de la cual reúna el dinero necesario para pagar a su acreedor. Hecho esto, el preso recobraría la perdida libertad.

Así, pues, según estos cinco Fueros el deudor preso es solvente, ya que lo que se quiere es forzarle al pago. Pero no se dice nada acerca de la situación del deudor insolvente. ¿Se transformaría su prisión en servidumbre? Es probable que sí, pero lo cierto es que todos ellos guardan un completo silencio a este respecto.

Por el contrario regulan minuciosamen cuestiones relativas al régimen interno de la prisión, y a la posibilidad de prisión por deuda ajena.

En ningún fuero se especifica ninguna exclusión personal del régimen de la prisión, al que por tanto estarían sometidos —al menos con arreglo al 'Derecho escrito— todos los hombres y mujeres. Solamente se prohíbe en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia la prisión del niño menor de doce años.

8. *Algunas conclusiones en orden a las relaciones entre los diversos Fueros, particularmente entre los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.*

Aun a riesgo de repetir advertencias ya indicadas, quiero insistir aquí acerca de que las conclusiones que se van a exponer sobre las relaciones de los Fueros, están limitadas exclusivamente a sus párrafos dedicados a la prisión; ni ahora, ni en ningún otro momento de este trabajo, pretendo generalizar los resultados obtenidos y aplicarlos en sentido amplio. Para ello será necesario, por lo menos, estudiar comparativamente otras muchas instituciones contenidas en los Fueros. Valga, pues, esta aclaración para evitar posibles errores interpretativos.

A) Aunque se parecen respecto al contenido de cada pre-

cepto, no es fácil hallar relaciones formales entre los Fueros de Belorado, Daroca, Miranda, Logroño, Medinaceli y Alfambra ¹⁴⁸. Tan sólo es ello posible en los párrafos transcritos de los Fueros de Miranda y Logroño, que son muy semejantes entre sí; el redactor de F. Miranda debió tener a la vista el Fuero de Logroño. En los demás casos hay que explicar la analogía de disposiciones fijándose en la proximidad geográfica de estas localidades; cercanía que nos hace pensar que los Fueros recogían el Derecho vivo de aquella zona.

Algo análogo cabe decir respecto a los Fueros de Zamora, Ledesma y Alba de Tormes, pero haciendo constar que la afinidad entre sus disposiciones es menor de lo que en principio pudiera esperarse ¹⁴⁹.

B) Respecto a los textos de los Fueros de la familia del de Cuenca, se observa entre ellos algunas relaciones indudables. Los párrafos 261, 29 y 30 del Fuero de Usagre, son transcripción literal de los 253, 26 y 27 respectivamente de F. Coria ¹⁵⁰. Por otra parte, estos preceptos ya no aparecen en ningún otro Fuero de la familia, y además en los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia, se encuentran disposiciones directamente encaminadas a suprimir la prisión aparente regulada por los párrafos del Fuero de Coria y el Fuero de Usagre. No se puede afirmar, pues, ninguna afinidad ni de contenido ni formal entre los Fueros de Coria y Usagre con ningún otro; al menos en lo concerniente a la prisión por deuda civil. Por todo ello y teniendo en cuenta las consideraciones ya expuestas sobre el papel desempeñado por Coria en la Reconquista castellana y leonesa, parece seguro que Coria representa un foco de Derecho propio que se extendería luego hacia Portugal y hacia la zona de Cáceres y Badajoz, aunque recogiendo quizá influencias de redacciones más antiguas, que hoy no se conocen ¹⁵¹.

La relación entre los Fueros de Brihuega y Fuentes no ofrece dificultades, pues ya es sabido que el Fuero de Brihuega fue

148. Cfr. notas 12 y 13.

149. Cfr. notas 21, 22, 24, 25 y 26.

150. Cfr. notas 46 y 54. Cfr. también MALDONADO, Estudio citado, páginas XLIII a CCLXVIII; especialmente, pág. VL.

151. Cfr. MALDONADO, Estudio y loc. cit.

concedido a Fuentes de la Alcarria. Sin embargo, no todos los preceptos del Fuero de Brihuega relativos a la prisión se encuentran en el Fuero de Fuentes; así, los párrafos 228 y 313 del Fuero de Brihuega son los 126 y 207 del Fuero de Fuentes; pero los números 84 y III del Fuero de Brihuega no aparecen en la redacción hoy conocida del Fuero de Fuentes.

Entre los Fueros de Soria, Brihuega, Alcalá y Uclés ¹⁵² no hay ninguna afinidad formal. Ya se vió que a veces el contenido de sus párrafos es semejante ¹⁵³, pero la redacción de estos preceptos es distinta, y no parece probable que la de cualquiera de ellos sirviera de modelo a los demás, o que todos tuvieran un modelo común.

Por lo demás, tampoco hay ninguna notoria afinidad ni formal ni de contenido, entre los Fueros de Brihuega, Alcalá y Uclés, con los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia. Tampoco se observa ninguna relación entre los mencionados tres Fueros y el de Sepúlveda.

Así, pues, y en resumen; los Fueros de Coria y Usagre son idénticos entre sí y distintos a los demás. Y los de Alcalá, Brihuega y Uclés son diferentes entre sí y distintos a los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar, Plasencia, Soria y Sepúlveda.

C) El Fuero de Soria no tiene ninguna semejanza formal con ningún otro, y ofrece además claras peculiaridades en su contenido. Como se verá más adelante, su relación con el Fuero Real es evidente en muchos puntos, aunque —como tantas veces sucede— sea difícil afirmar si la redacción conocida del Fuero de Soria fue o no anterior a la del Fuero Real.

No obstante su independendencia en la regulación de la prisión por deudas, el Fuero de Soria tiene dos párrafos muy parecidos a otros de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita y Béjar. (El

152. Aunque el Fuero de Uclés no es considerado tradicionalmente de la familia del de Cuenca, lo comparamos aquí, por haber sido puesto en relación con estos fueros en el trabajo citado de MARTÍNEZ GIJÓN, quien en la materia por él estudiada sí halló semejanzas entre el Fuero de Uclés y los demás textos; cfr. Op. y loc. cit., pág. 146.

153. Así lo son los párrafos 24, de F. Alcalá, y 84, de F. Brihuega. También F. Brihuega, 228, con F. Soria, 423, y aunque menos, F. Uclés, 115.

párrafo 90 del Fuero de Soria y los 472, 117, 365 y 563 de los Fueros de Cuenca, Teruel Zorita y Béjar; no hay ninguno correspondiente en el Fuero de Plasencia)¹⁵⁴. (También el 472 del Fuero de Soria guarda relación con los párrafos 135, 277, 119, 152 y 53 de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia)¹⁵⁶.

Pero nótese que son párrafos sólo lejanamente relacionados con la prisión del deudor; y que, además, la semejanza en cuanto a la redacción entre los de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia es mucho mayor que la de cualquiera de ellos con el párrafo correspondiente en el Fuero de Soria.

Es indiscutible, pues, la originalidad del Fuero de Soria respecto a la prisión del deudor civil; aunque más que de originalidad sería prudente hablar de independencia. La razón fundamental de esta singularidad del Fuero de Soria está en la amplitud con que admite y regula la ejecución forzosa patrimonial en los bienes del deudor moroso y vencido en juicio. Este procedimiento ejecutivo es el que luego prevalecerá en la historia del Derecho procesal, por lo que el sistema del Fuero de Soria se parece más a las fuentes del Derecho territorial castellano y en especial al Fuero Real, que a las del Derecho local¹⁵⁶.

En cuanto al Fuero extenso de Sepúlveda, ya se comentó su silencio respecto a la prisión por deudas, y la existencia de dos párrafos (los 19 y 156) análogos a otros de los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia¹⁵⁷. Uno de ellos, el 156, coincide también con el ya citado párrafo 472 del Fuero de Soria.

D) Queda por comentar finalmente las relaciones entre los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia.

En principio hay que recordar que estos cinco Fueros no sólo es que guardan relación entre sí, sino que ninguno de ellos

154. Cfr. notas 143 y 118. Sobre la relación entre el Fuero de Cuenca y el de Soria, cfr. Galo SÁNCHEZ, págs. 248 a 258 de su edición del Fuero de Soria. Pero las leyes relativas a nuestra institución no están entre las comunes a ambos Fueros. Cfr. las tablas que presenta don Galo SÁNCHEZ, *op. cit.* págs. 219 y siguientes.

155. Cfr. notas 144 y 124.

156. Cfr. más adelante.

157. Cfr. notas 127, 117 y 124.

posee afinidades con ningún otro Fuero que no sea del grupo de los cinco (valga la rotundidad de la frase aplicable sólo a los párrafos que directamente regulan la prisión por deudas, y no a los que aluden a ella tácita o tangencialmente, en los que ya vimos se daba alguna afinidad con otros párrafos del Fuero de Soria y el Fuero de Sepúlveda).

La homogeneidad entre estos cinco Fueros es clarísima. No obstante, dentro de esta tónica común cabe señalar diferencias o peculiaridades en algunos textos, y por ello se puede fijar una gradación de intensidad en la semejanza entre estos Fueros.

a) Los más parecidos entre sí son los de Cuenca, Zorita y Béjar. No hay ningún párrafo del Fuero de Zorita o del Fuero de Béjar que no esté en el Fuero de Cuenca, y sólo hay dos párrafos del Fuero de Cuenca que no tienen su equivalente en uno de los otros dos Fueros: el párrafo 530 y parte del 531 del Fuero de Cuenca falta en el Fuero de Béjar, aunque sí están en el Fuero de Zorita, y el párrafo 541 del Fuero de Cuenca, equivalente al 650 del Fuero de Béjar es el único que falta en el Fuero de Zorita ¹⁵⁸.

El Fuero de Cuenca y el Fuero de Zorita coinciden también en la división de los párrafos. Sin embargo, lo que en ellos es un sólo párrafo suelen ser dos o tres en el Fuero de Béjar. Así se explica el hecho de que en éste falte la primera mitad del párrafo 531 del Fuero de Cuenca (igual al Fuero de Zorita 417) y todo el párrafo anterior (Fuero de Cuenca, 530 = Fuero de Zorita, 416). Parece ser, pues, que el redactor del Fuero de Béjar, por lo menos en este punto, cometió una omisión voluntaria o involuntaria al transcribir o copiar un modelo que muy bien pudo ser uno de los otros dos Fueros (el de Cuenca o el de Zorita) con los que más afinidad guarda.

El Fuero de Béjar se parece todavía más al Fuero de Cuenca que al Fuero de Zorita; casi siempre sus párrafos son repeticiones de los del Fuero de Cuenca. Por el contrario cuando algún párrafo del Fuero de Zorita contiene alguna frase que no se halla en el de Cuenca, esas frases particulares del Fuero de Zorita tampoco están en el Fuero de Béjar ¹⁵⁹. Todo ello da

¹⁵⁸. Cfr. notas 93 y 96.

¹⁵⁹. Cfr. F. Cuenca, 539; F. Zorita, 425; F. Béjar, 648, en

a entender que el parecido entre el Fuero de Béjar y el Fuero de Cuenca es tan grande porque uno de los dos ha copiado del otro ¹⁶⁰.

Ahora bien; la forma y tiempo en que se reconquista y repuebla (o mejor diríamos puebla) Béjar, hace pensar que este lugar no podía tener por entonces un Derecho propio. En efecto; al momento de su reconquista Béjar era probablemente una pequeña aldea o quizá ni eso siquiera ¹⁶¹. «Lo más probable es que de 1186 a 1196 fuese repoblado Béjar coincidiendo con la repoblación de Plasencia realizada hacia esas fechas por Alfonso VIII, que quería asegurar las fronteras de Castilla frente a León, marcándose la línea divisoria por la calzada romana de la Plata a cinco kilómetros al oeste de Béjar» ¹⁶².

Por tanto es imposible que el Fuero de Béjar recoja costumbres y Derecho vivo de una región recientemente poblada. Y si por fuerza el Derecho de Béjar hubo de ser importado, resulta muy plausible que el modelo fuese precisamente el Fuero de Cuenca, obra de la que tan satisfecho se sentía Alfonso VIII. El parecido enorme del Fuero de Béjar con el Fuero de Cuenca, la existencia en el Fuero de Béjar de la laguna ya comentada, y el hecho de que se parezca al Fuero de Cuenca mucho más que a cualquier otro Fuero, son argumentos que fortalecen la idea de que el Fuero de Béjar es una fiel transcripción del de Cuenca.

b) No hay un solo párrafo del Fuero de Cuenca que falte en el Fuero de Teruel, ni de éste que falte en aquél. Aunque la numeración o agrupamiento de párrafos es muy diversa en uno y otro Fuero, siendo en general mucho más extensos los del Fuero de Teruel, no hay nada que esté dicho en el Fuero de Cuenca y que no lo esté en el Fuero de Teruel. Y, desde luego, ningún precepto de los Fueros de Zorita, Béjar o Plasencia falta en el de Teruel.

nota 96; F. Cuenca, 515; F. Zorita, 401; F. Béjar, 617, en nota 72; F. Cuenca, 521; F. Zorita, 407, y F. Béjar, 624, en nota 78.

160. Cfr. en el mismo sentido GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, nota 162, y MARTÍNEZ GIJÓN, *Op. cit.*, págs. 146 y 151.

161. Cfr. MARTÍN LÁZARO, edición de F. Béjar, pág. 6.

162. Cfr. *Op. y loc. cit.*, en nota anterior. En el mismo sentido, cfr. J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 185.

Así, pues, dejando aparte el ya comentado Fuero de Béjar, y el de Plasencia para examinarlo más adelante, si se comparan los Fueros de Cuenca, Teruel y Zorita es claro que los tres coinciden siempre en el contenido de sus normas. Pero formalmente el Fuero de Zorita —como ya se dijo antes— y el Fuero de Teruel contienen frases que no están en el Fuero de Cuenca; esto sucede con mayor frecuencia y extensión en el Fuero de Teruel: mientras que sólo en cuatro o cinco ocasiones el Fuero de Zorita tiene frases exclusivas, en el de Teruel, como se ha ido señalando a lo largo de la exposición anterior, casi siempre se dice algo que no está dicho en los demás Fueros.

Pero además sucede que esas frases exclusivas del Fuero de Teruel vienen siempre a puntualizar o desarrollar lo que los Fueros de Cuenca y Zorita dicen. El Fuero de Teruel es siempre más explícito, más claro, más detenido en sus explicaciones. Casi en todos los casos contrasta su detallismo con el estilo más escueto y lacónico del Fuero de Cuenca ¹⁶³. Por otra parte, estas explicaciones del Fuero de Teruel no coinciden tampoco con las que se encuentran en el Fuero de Zorita. Si concordasen entre sí podríamos pensar que el Fuero de Teruel y el Fuero de Zorita eran modelo y copia (cualquiera de ellos del otro), y que el Fuero de Cuenca habría tenido en consideración alguno de estos dos textos, recortando del modelo lo que considerara accesorio o superfluo. Pero esta interpretación no es nada probable, porque sería una misteriosa casualidad que el Fuero de Cuenca y el Fuero de Zorita hubieran quitado lo mismo al Fuero de Teruel (si supusiéramos a éste el modelo de ambos), o que el Fuero de Cuenca y el Fuero de Teruel hubiesen copiado del Fuero de Zorita y, sin embargo, no se parecieran más entre sí de lo que en realidad se asemejan. Por ello parece más plausible la siguiente interpretación.

Puesto que todo lo dicho en el Fuero de Cuenca está siempre en los Fueros de Teruel y de Zorita ¹⁶⁴, es muy probable que el de Cuenca fuese el modelo de los otros dos Fueros. Lo que sucedió fue que aun teniendo los Fueros de Teruel y de

163. Cfr., por ejemplo, los párrafos 164, 167, 177, 211 ..., en notas 67, 75, 85, 96.

164. Repásense todos los textos citados.

Zorita el mismo modelo, los redactores del Fuero de Teruel explicaron o añadieron algunos puntos o ideas para mayor claridad, y lo mismo, pero con menor frecuencia, harían los redactores del Fuero de Zorita. El hecho de que unas y otras aclaraciones no coincidan entre sí quiere decir que ambas se hicieron independientemente.

c) Falta comentar el Fuero de Plasencia.

Respecto a él hay algo indudable: que no sirvió de modelo a ninguno de los otros cuatro Fueros, al menos en las redacciones de ellos que hoy conocemos.

El Fuero de Plasencia presenta el siguiente balance de peculiaridades: párrafos 18, 209 y 216 con mutilaciones u omisiones parciales respecto a los otros Fueros; párrafos 211, 212, 213, 216, 218, 53 y 236 con diferencias o variantes en la redacción, y, además, faltan siete párrafos que están en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita y Béjar. Sus lagunas, mutilaciones o incisos no coinciden con los de los otros Fueros; sólo en una ocasión uno de los párrafos que falta en el Fuero de Plasencia (el equivalente al 541 del Fuero de Cuenca) falta también en el de Zorita, y en otra, una adición del Fuero de Plasencia coincide o es afín a otra del Fuero de Teruel. Pero ninguno de estos dos casos aislados puede servir de base de reflexión, pues probablemente se trata de coincidencias casuales.

Así, pues, dadas estas circunstancias, es indudable que el Fuero de Plasencia no sirvió de modelo a ninguno de los cuatro del grupo estudiado. Pensar otra cosa obligaría a creer que todos ellos añadieron lo mismo respecto al de Plasencia, o que uno de los otros cuatro copió a Plasencia añadiendo los párrafos que en éste faltan, y luego los otros tres copiaron no directamente del de Plasencia, sino del Fuero que lo tomó como modelo. Ambas conjeturas son muy extrañas. Y además las omisiones del Fuero son en la mayoría de las ocasiones saltos ilógicos, raros, a veces enlazados con mutilaciones de un texto ¹⁶⁵. Ante todos estos argumentos sería insensato de-

¹⁶⁵. Compárese, por ejemplo, el caso clarísimo del párrafo 216 de F. Plasencia, en relación con los párrafos 518, 519 y 520 de F. Cuenca, en nota 75.

fender una posible prioridad del Fuero de Plasencia respecto a los demás Fueros ¹⁶⁶.

El modelo del Fuero de Plasencia no fué el Fuero de Teruel, pues los fragmentos peculiares del Fuero de Teruel no aparecen nunca en el Fuero de Plasencia. Debió copiar de alguno de los otros tres Fueros —los de Cuenca, Zorita o Béjar—, pero es difícilísimo averiguar de cuál de ellos, pues a ninguno de los tres se parece de un modo especialmente intenso. Así, ni las adiciones del Fuero de Zorita se repiten en el Fuero de Plasencia, ni la laguna del Fuero de Béjar o sus mutilaciones encuentran eco en el Fuero de Plasencia, ni el orden de párrafos de él se parece al de ninguno de los otros tres Fueros...

No obstante, y teniendo en cuenta las consideraciones referentes a la reconquista y repoblación de Plasencia —más o menos las mismas que las de Béjar—, puede pensarse que fuese el Fuero de Cuenca el modelo directo del Fuero de Plasencia. Pero, desde luego, el mero examen de los hechos ni apoya ni contradice esta conjetura.

III. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO TERRITORIAL CASTELLANO

1. *Característica esencial: sustitución parcial de la prisión del deudor por otras medidas procesales.*

Con los últimos tiempos de vigencia plena de los Fueros municipales coincide el de la recepción del proceso común en Castilla. Quizá a través de esta asimilación de ideas extrañas se va a producir un cambio profundo en el proceso castellano ¹⁶⁷; alteración que repercutirá hondamente en la prisión por deudas.

166. La no originalidad de F. Plasencia viene también apoyada por las circunstancias aducidas respecto a Béjar.

167. Cfr. P. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica*. AHDE, XIV, pág. 221.

Las modificaciones procesales que influyeron entonces en la prisión por deudas fueron sobre todo el asentamiento de bienes como medida para asegurar la comparecencia en juicio, y la ejecución patrimonial forzosa¹⁶⁸. Ambas instituciones cumplen fines asignados en los Fueros municipales a la prisión por deudas: el asentamiento de bienes tiene la misma razón de ser que la prisión del demandado, y la ejecución tiende a satisfacer de modo rápido y directo al acreedor del deudor vencido en juicio. A medida que uno y otra se apliquen dejará de practicarse la prisión del deudor civil.

Pero tanto la ejecución forzosa como el asentamiento de bienes se admiten con dificultades y resistencias, poco a poco¹⁶⁹. Se ha visto en las páginas anteriores que la prenda en los bienes en el Derecho local no llevaba consigo el poder dispositivo sobre las mismas por parte del acreedor, sino tan sólo su retención hasta el momento del pago. Con la prenda de bienes del deudor se perseguía lo mismo que con su prisión: obligarle al pago¹⁷⁰.

Por ello la idea de la intervención forzosa en el patrimonio del deudor había de chocar con el sistema del Derecho local. No obstante ya vimos que algunos Fueros admitían la ejecución forzosa; así el de Uclés la permitía sobre los bienes muebles, y los de Brihuega y Soria sobre los inmuebles también. Pero estos textos son en primer lugar excepcionales, y, además, uno de ellos, el Fuero de Uclés, admite la ejecución de modo incompleto; es decir, sólo sobre los bienes muebles. La inmensa mayoría de los Fueros no regula ni permite la ejecución patrimonial forzosa. Por eso ha dicho el P. LÓ-

168. Sobre el asentamiento, cfr. P. LÓPEZ ORTIZ, *Op. cit.*, página 204.

169. No vamos a ocuparnos detenidamente del asentamiento porque ello sería alejarnos demasiado de nuestro tema, que es la prisión del deudor y no las garantías de la comparecencia en juicio. No obstante, conviene apuntar que el asentamiento se introdujo también lentamente. Cfr. sobre ello la glosa de LÓPEZ DE TOVAR a la Partida III, 2, 41.

170. En este punto están plenamente de acuerdo MAYER, *Op. cit.*, página 127, y LÓPEZ ORTIZ, *Op. cit.*, págs. 220 y 221.

pez Ortiz ¹⁷¹ que «el juicio auténticamente ejecutivo, con desapoderamiento de bienes del deudor para suministrar al acreedor la satisfacción de las deudas, creo que ha de estudiarse donde se encuentren datos de él, o sea, al tratar de la recepción del Derecho común».

Ello no quiere decir que todos los textos ya vistos o que serán estudiados en adelante, en los que se recoja la ejecución patrimonial forzosa, sean vehículos de recepción romano canónica: difícilmente podría probarse eso, por ejemplo, respecto del Fuero de Uclés. Sino que, en general, es esta una idea nueva en el Derecho local castellano, y que su triunfo se da en la época de recepción del proceso común y al amparo de sus principios.

Necesariamente la introducción de la ejecución patrimonial hubo de reducir el uso de la prisión. Se puede hablar metafóricamente de una impenetrabilidad de ambas figuras; el lugar que ocupa una en el sistema jurídico general es el que cubría antes la otra. Pero como la aceptación de la medida nueva fue lenta y trabajosa (diríamos que la ejecución forzosa planteaba algo así como problemas de escrúpulos a los juristas de la época) no eliminó por completo a la prisión, y así veremos que a partir de esta fase histórica, la prisión del deudor se empleará en función de la ejecución forzosa, como palanca en la que ésta, incapaz de vencer las resistencias por sí sola, tuvo que apoyarse.

Todo esto, por supuesto, no es aplicable a la prisión-servidumbre del deudor insolvente, ya que esta medida sí que es compatible con la ejecución patrimonial.

Por lo demás, es lógico que el hombre del siglo XIII o del XIV se resistiera a aplicar la ejecución forzosa. Hoy nos parece mucho más cruel la prisión, pero es probable que entonces se temiera más aún la ejecución patrimonial. En fin de cuentas, el deudor preso pagaba cuando le convenía, aunque a costa de su libertad. Pero en aquellos tiempos de economía tan inestable quizá la calamidad máxima para un hombre sería no que lo encarcelasen un cuanto tiempo, sino que le vendie-

(171) Cfr. *Op. cit.*, pág. 221.

sen sus bienes, sobre todo las tierras, entonces —como siempre— el único bien económico de segura valía.

Así, pues, el empleo menos frecuente de la prisión por deudas no se debe a un trato personal más suave respecto al deudor, sino, por el contrario, a un aumento de protección al acreedor insatisfecho.

Veamos ahora, por separado, cómo regulaban la ejecución patrimonial y la prisión del deudor las distintas fuentes de este período.

2. *Examen del Libro de los Fueros de Castilla y del Fuero Viejo.*

A) Tres textos del Libro de los Fueros de Castilla y uno del Fuero Viejo ponen de manifiesto que cuando alguien era fiador de otro, y pagaba la deuda en lugar del deudor principal, podía volverse sobre éste para resarcirse de lo pagado. Para ello ocupaba los bienes muebles del deudor, probablemente no en simple prenda, sino quizá con posibilidad de transformarlos en dinero¹⁷². Y si no se encontraban bienes

172. Libro de los Fueros de Castilla, 88: «Titulo de omne de la villa que echa fiador a otro dela villa contra otro de fuera dela villa.— Esto es por fuero de todo omne dela villa que echa fiador a otro de fuera dela villa contra omne de fuera dela villa, et viene aquel quien echo fiador quel quite que a pechado assy commo es fuero de su villa, et aquel quel echo por fiador conosçe que lo echo por fiador, et gelo prueve luego el otro. Et esto non deve aver plaso ninguno sy non entregarle luego el caubdal doblado; e el sennor levara la meatad del doblo por quel enterque. Et sy mueble non ovyere, debe le prender el cuerpo et echar le en el çepo. Et sy ante el alcalde vyniere ante que sea preso con el querelloso e el alcalde le mandare quel cumpla de derecho, et sy sobre esto se abscondiere e non le cumpliere e non le fallassen mueble enque entergassen al querelloso, et sy se fuesse e prendiesse ala villa bestia o otra cosa por prenda, deve pechar a aquel deudor por cada bestia un sueldo e su çebada por cada dia, e por dos asnos al tanto. Et sy otra prenda fuere de ropa o otras tales cosas, el duenno dela prenda, de qual menester fuere, pechel tanto cadadia asu duenno. Et esto fue jugado por don Rodrigo de Palençia, quel demandava don Martin Peres de Bitoria e con Johan Peres de Pedrola e don Pons quelos echara fiadores contra don Peydro de Nagera».

L. F. C., 133: «Titulo del omne que el e su muger meta a otro por fiador.—Esto es por fuero: que sy omne con su muger mete a otro omne por fiador o por deudor, ambos de man comun deven pechar al omne commo es fuero de villa. Et después va de la villa aquel omne quel echo fiador e va aquel omne que a pechado e ala muger de aquel que echo fiador o deudor (et va aquel omne que a pechado) quel de los maravedis que a pagado por el e lo demas lo que fuere derecho, et la muger dise que verna su marido e fara lo que sea derecho: tal commo esta non deve aver plazo ninguno, mas pague luego sil fallaren mueble; et sy non quel prendan el cuerpo fasta que pague. Esto fue jugado por don Gil Buhon e por Johan Marco quel echo fiador don Gil Buhon e su muger a Johan Marco. Et queria desir la muger que después fuera su marido en la villa e non querello commo es fuero; e mando pagar el alcale».

L. F. C., 134: «Titulo de omne que el e su muger son fiadores et deudores a otro omne o a otra muger.—Esto es por fuero: que sy un omne et su muger son deudores e fiadores a otro omne o a otra muger e son todos los plasos encerrados e vase el omne que es deudor e fiador et va el que a de aver el deubdo asu muger et demanda gelo suyo e dise la muger que su marido non es a la villa e que verna su marido et que fara lo que sea de derecho, et esto non deve aver plaso ninguno, mas entergar le luego enel mueble; o sy mueble non ovyere, prender le el cuerpo fasta que pague. Mas sy la muger non entrare en la fiaduria, deve aver plaso la muger fasta que venga su marido, sy el marido non le fuere que el ovyesse ante testigos porfasado el juez o el sayon commo es fuero et derecho».

F. Viejo, III, 6,5: «Todo ome de la viella, que tomo en fiaduria a otro ome de fuera de la viella contra otro ome qualquier, e viene aquel, a quien dio por fiador, e demandale qualquier de fiaduria, que a pechado por aquella fiaduria en quel metio ansi como es fuero, e aquel, a quien demanda, conoscelo quel dio por fiador, este non deve aver plazo ninguno, mas deve luego entrarle de los bienes del otro de quanto por el pecho, con los daños, que por el rescivio. E si negare la fiaduria, e el otro gelo probare, devegelo todo pagar dobrado, quanto el pecho: e de tal entrega como esta devele valer al Merino la meitat quanto en lo del dobro, e la otra meitat al quereloso; e si mueble non ovier, deve prendarle el cuerpo por ello; e si viene ante el Alcale ante que sea preso con el quereloso, e el Alcale mandase, quel cumpra de derecho, e non fallaren mueble en que entregar aquel quereloso, e si se fuer, e quedase en la viella bestias, o otro prenda, devele pechar el que lo metio en la fiaduria por cada bestia quatro, e su cebada por cada dia; e si la prenda fuer ropa, o otras tales cosas deven pechar a dueño de la prenda quanto ganare cada dia de suo menester».

Obsérvese la clara relación entre la ley del F. Viejo y el pfo. 88 de L. F. C.

muebles en el patrimonio del deudor, «devele prender el cuerpo e echarle en el cepo».

Si en estos textos no se mencionan los posibles bienes inmuebles del deudor es seguramente porque no los tendría en el supuesto examinado por ellos. Se aplica aquí sin duda el principio ya visto en los Fueros locales extensos de solicitar sobrelevador sólo al deudor que no era arraigado. Por eso el fiador, cuando quiere cobrar lo pagado por él en vez del deudor, busca los posibles bienes de éste, pero no los inmuebles, que ya sabía él que no existían. Y si resultaba que el deudor no tenía tampoco bienes muebles; esto es, si el deudor era insolvente, lo mete en prisión. He aquí, pues, un nuevo caso de prisión servidumbre, o, por lo menos, de prisión de deudor insolvente, la que probablemente se resolvería en dicha situación de servidumbre tarde o temprano ¹⁷³.

B) Otras disposiciones del Libro de los Fueros y del Fuero Viejo, también coincidentes entre sí ¹⁷⁴ se plantean el caso

173. La responsabilidad de la mujer más que deberse a la ausencia del marido parece descansar en el hecho de que ella fuese también deudora mancomunadamente con su marido (cfr., en este sentido, sobre todo, L. F. C., 134). Quizá ello indica que la mujer sólo podía entrar en prisión por deuda propia y no por la del marido, lo que significaría un primer paso para la posterior exención total de la mujer del régimen de la prisión por deudas.

174. L. F. C., 245: «Titulo del omne que deve deuda o es enplazos entrado como deve entregar.--Esto es por fuero: que sy un omne deve deuda a otro omne e es enplazado e todos plazos ençerrados e vienen ante el alcalde e manda el alcalde al sayon quel entergue commo es fuero e va el sayon a casa de aquel quien deve la deuda e non falla y sinon bestias e bues e bacas o ganado mayor o ganado menudo, et tomalo el sayon e el duenno non lo quiere meter en mano de corredor, et otrosy falla y pan e vino o ropa o otro mueble e non quiere meter lo en mano de corredor, que aquel que deve la deuda lo deve meter en mano de corredor. Et sy non lo quiere meter en mano de corredor, rendarle quanto le fallaren. Et sy por la prenda non lo metiere en mano de corredor, prendele el cuerpo fasta que lo meta en mano de corredor. Et sy bestias o otro gannado mayor o menudo le prisieren por enterga, el deve dar fiador. Et sy non quisier dar fiador, prendarle quanto fallaren. Et si por la prenda non quisiere dar fiador, prender le el cuerpo fasta que de fiador a aquel que lo vendiere el corredor por mandado del alcalde».

de que un hombre demandado y arraigado —por tanto sin sobrelevador— no compareciera al proceso aun pasados todos los plazos que a este fin se le concedieran¹⁷⁵. En tal caso, el sayón iba a tomar bienes del deudor demandado, y no ya para retenerlo en prenda, sino para ponerlos en mano del corredor y venderlos.

Pero Mayer ha visto muy bien en este punto cómo la venta de los bienes no se hace prescindiendo totalmente de la intervención personal del deudor-dueño. Al contrario¹⁷⁶, se le fuerza a que otorgue la venta de los bienes muebles y a que dé fiador de saneamiento al comprador. La razón de este requisito es clara: la ejecución forzosa no se admite aún plenamente, sino con grandes dificultades, procurando que queden cubiertas al menos las apariencias de venta voluntaria.

Claro es que los escrúpulos son sólo residuos formalistas. Lo que se quiere no es el consentimiento voluntario del deudor propietario de los bienes, sino su intervención, quiera o no quiera en orden al otorgamiento. Y para lograrla se le coacciona precisamente apresándolo, y no dejándolo salir de

F. Viejo, III, 4,13: «Si un ome deve debda a otro ome, e es entrado en todos plazos encerrados para pagar, e non paga, e viene antel Alcalde, mande el Alcalde al sayon quel entregue, como es fuero, e si el sayon va a la casa de aquel, cuya es la debda, e non falla y sinon bestias, o bacas o bueyes, o ganado mayor o menor, o otro mueble qualquier, e tomandol el sayon, dis a suo dueño, que lo meta en manos del corredor, que lo venda, e suo dueño del ganado non quiere meter en mano del corredor, e se asconde por non lo facer, deve el Alcalde mandarlo meter en mano del corredor, que lo venda a quien mas dier por ello. E de bestias o otro ganado mayor, o menor, o otro mueble qualquier, que vendieren al debdor, dél fiador de saneamiento, e si non quisier dar fiador de saneamiento, nin otorgarl'la vendita, devele prender quantol fallare; e si por la prenda non lo quisier facer, prenderl'el cuerpo, e non salga de la prision fasta que de el fiador, e lo enfie el mesmo, e lo otorgare el mesmo la vendita a aquel a quien la vendier el corredor por mandado del Alcalde».

175. La opinión de MAYER, según la cual se trata aquí del deudor demandado que no ha comparecido, nos parece plenamente acertada. Cfr. *Op cit.*, pág. 128, y su nota 166. Aunque él se refiere sólo al texto del F. Viejo, vale también para el del LFC.

176. *Op. cit.*, pág. 128.

la prisión hasta que otorgue la venta y dé fiador de saneamiento.

Y no se olvide que aquí se trata de la venta de bienes muebles, pues de los inmuebles nada dice el texto.

C) ¿Y si el demandado había sido ya declarado vencido en juicio? A este punto se refieren varios textos todos ellos fundamentales¹⁷⁷. Tras la sentencia se daba al deudor vencido

177. L. F. C., 19: «Titulo de los deudores.—Esto es por fuero: que todo omne que deva deuda a otro, sy quisiere entrar en plaso, deve mandar el alcalle al juez e al sayon que acabo de dies dias que tomen pennos del, sy fuere omne que mueble aya, e que esten otros dies dias en casa de un vesino; e acabo de veynte dias que los metan en mano de corredor. Et quando fueren trenta dias cumplidos, vendan los pennos e enterguen al deudor. Et sy fuere omne que aya heredit e non aya mueble, vaya una ves cada dia a palacio e venga asu casa acomer e a yaser. Et sy se parte en la carrera a fablar con alguno otro et gelo pudier provar aquel que avya de aver el deudo con dos omnes buennos derechos, que pierda todos los plasos e quel echen enel cepo fasta que peche el aver. Et los otros dies dias, que sea en palacio e non salga dende para comer nin para beber nin para iaser. Et quando fueren los trenta dias cumplidos, despues echenle en el cepo, e non salga dende fasta quel venga por sy a pagar el deudor».

L. F. C., 136: «Titulo del mandamiento delos alcalles quando mandan al juez o al sayon testar o mantestar heredit o otra cosa.—Esto es por fuero: que mandan en Burgos los alcalles que quando mandaren testar o prender al juez o al sayón algunna heredit por deuda que deva su duenno dela heredit a otro omne o a otra muger, que el juez o el sayon que lo diga quando lo testar al duenno dela heredit con testimonio de omnes buennos que testada es la heredit, o lo diga en su casa a su muger o asus fijos; e vale el testamento con testimonio de omnes buennos, et seyendo el duenno de la heredit en la villa. Sy el testamento fuere provado et fuere quebrantado commo es dicho, deve pechar por el testimonio, deven apoderar al otro en la heredit et a el prender el cuerpo fasta que faga derecho al quereloso. Et a quien mueble fallaren para enterga, non le deven testar la heredit nin prender el cuerpo».

F. Viejo, III, 4,6: «Todo ome, que deve debda a otro o gelo conosce antel Alcalle en juicio, si la debda es de dineros o de otra cosa mueble, devel Alcalle meter en plaço de dies dias, a que pague a su debdor, e si el non pagare a los nueve dias, el Alcalle deve mandar al Merino, o al Sayon, que le prenda de los bienes del emplaçado, muebles, si le fallare, en tanto e medio quanto es la demanda, e aquel que prisier la prenda, metala en manos de un vecino, e este fasta

el tradicional plazo de nueve días para cumplirla voluntariamente. Y si no lo hacía, el sayón le tomaba bienes muebles si los hallaba, los cuales se vendían al cabo de treinta días. Es de notar que para la venta de estos bienes muebles del deudor, ya no se exige su otorgamiento, seguramente porque hay aquí una diferencia fundamental respecto a la situación anterior: y es que el acreedor cuenta a su favor con una sentencia judicial que transforma al demandado en deudor vencido, mientras que en la otra situación se trataba sólo de un demandado que no había comparecido en juicio. La ejecución forzosa en este caso se llevaba a cabo directamente sobre los bienes muebles del deudor, y lógicamente la prisión de éste no era necesaria ¹⁷⁸.

otros dies dias, cumpridos los veinte dias metala en manos del corredor a vender, e deve tomar señalo de aquellos, que mas dieren por ello, e fagalo saber al Alcalde, e el Alcalde o el Merino devenla vender, e entregar al debdor, e si alguna cosa sobrare, devalo dar a suo dueño: e si el debdor non ouvier mueble, e ovier eredat, el Alcalde metalo en plaço de dies dias, e si a este plaço non pagare, este otros dies dias en el Palacio del rey, e venga a sua casa a comer e a beber; e si parare con algund en la carrera, e le fablare, yendo o viniendo a sua casa, e gelo podier probar aquel, que a de aver la debda con dos omnes derechos, que pierda el plaço del palacio, e este otros dies dias en el castiello, e venga a comer dos vegadas al dia a sua casa, e tornese a yacer al castiello; e si en estos dies dias non pagare, metanlo en la torre, o en el çepo; e este y otros dies dias; e si non pagare en estos dies dias, los Alcaldes e el Merino vendan suos bienes fasta cumprimiento de la debda e paguen al debdor; e la vendida que ansi fuer fecha, deve valer a aquel, que compro por fuero, e non salga el ante de la prision fasta que otorgue la vendida e la enfe el mesmo ...».

F. Viejo, III, 4,1: «Esto es por fuero de castiella: si algund Fijodalgo debe debda a judio, o a cristiano, que la debda fuer cognoscida, e judgada, devel entregar a aqueste que la a de aver, en suos bienes del suo debdor, en mueble, si los fallare, si non en la eredat. E si fuer la entrega en mueble, devela vender a nueve días, e pagarle, o si fuer rais, devela tener, e disfrutarla fasta que sea pagado en sua debda: e si alguna cosa metier en labrarla, devalo sacar dende sin el otro debdo, que a de aver, mas si non quisier labrarla mas, tenerla a ansi a menoscabo fasta que le pague, e non la puede vender por fuero». Cfr. también PON, II, pfo. 28, en AHDE, XIII, pág. 340.

178. Cfr. la primera mitad de L. F. C., 19, en nota 177.

Si el deudor vencido no tenía bienes muebles, se acudía a sus inmuebles. Se ocupaban éstos, y se concedía un nuevo plazo al deudor, durante el cual su situación se agravaba, siendo cada vez menor su libertad y mayor la vigilancia a que era sometido. Cuando transcurría ese plazo, según el Libro de los Fueros se le echaba en el cepo, y no salía de allí hasta que pagara ¹⁷⁹. Es decir, que no se venden los inmuebles; se admite la ejecución patrimonial en los bienes muebles del deudor, pero no la sobre bienes raíces, y por ello vuelve a plantearse la prisión del deudor como medio coactivo.

Pero en el Fuero Viejo ¹⁸⁰ al fin de los plazos el deudor era apresado, y «los alcaldes e el merino vendan sus bienes fasta cumprimiento de la debda e paguen al debdor». Aquí sí se ha realizado la venta sin intervención del dueño de los bienes inmuebles, por lo que la diferencia con el texto del Libro de los Fueros es importante. Y sin embargo, se dice que el deudor aun después de vendidos sus bienes continúa en prisión. ¿Hasta cuándo? Hasta otorgar la venta y dar fiador de saneamiento. Como estos requisitos se consideran aún formalmente necesarios, el deudor yace en prisión hasta que los cumple. Su apresamiento es tan sólo un medio coactivo para forzarle a satisfacerlos.

D) En cuanto al régimen de la prisión, el Libro de los Fueros establece los siguientes principios: Primero: para la prisión del deudor es necesaria la intervención de la justicia ¹⁸¹. Segundo: el preso estará siempre en casa del juez, que lo tendrá en el cepo con hierros en los pies o en la garganta ¹⁸². Ter-

179. Cfr. la última frase de L. F. C., 19.

180. Cfr. la segunda parte de F. Viejo, III, 4,6, en la nota 177.

181. L. F. C., 35: «Titulo de los presos e delas prendas.—Esto es por fuero: que ningun omne que prisiere a otro sin la justicia, que peche tresientos sueldos».

182. L. F. C., 95: «Titulo de omne que iaga preso en casa de juez por deuda que deva.—Esto es por fuero de todo omne que por deuda que deva sea preso e sea en casa del juez enel cepo o en fierros a los pies o enla garganta: sy ovyere, que coma delo suyo. Et sy non ovyere de lo suyo de que comer, aquel quel manda prender del cada dia dinerada de pan, e de agua del quanta quisiere; e cuentelo sobre aquel que yase preso que deve la deuda. Et quando salir dela presion

cero: si el preso tuviere de qué comer, coma de lo suyo; y si no, el acreedor había de alimentarlo, añadiendo el importe de la comida al de la deuda ¹⁸³. Cuarto: el juez no puede sacar al preso fuera de la villa, y si teniéndolo en su casa, como estaba mandado, se evadiera el preso, el juez había de pagar todo lo que aquél debiera ¹⁸⁴.

Por último se ordena que los cristianos estuvieran sometidos al régimen de la prisión por razón de las deudas que no pagasen a los judíos ¹⁸⁵.

En el Fuero Viejo se establecen los principios de no sacar al deudor preso fuera de la villa, y de alimentarlo a costa del acreedor, incrementando el importe de la deuda con la cantidad gastada en alimentarlo ¹⁸⁶. Y además el Fuero Viejo declara exentos a los Fijosdalgo de la prisión, al afirmar que, ninguno

el que yase preso que deve la deuda, deve dar en carçelage seis dineros, e lo quel diere a comer».

183. Cfr. párrafo 95 en nota anterior.

184. L. F. C., 94: «Titulo de omne que es preso por deuda que deva a omne de fuera dela villa.—Todo omne que fuere preso por deuda que deva a omne de fuera de la villa, non le deve sacar de fuera dela villa sy el non quisiere».

L. F. C., 230: «Titulo del carçelage del preso e em commo lo a de pechar el juez si se le fuesse.—Esto es por fuero: que preso que metieren en casa del juez en el çepo, por la entrada deve dar seis dineros; et quanto tiempo y ioguere non dara mas. Et sy el preso se fuere del çepo, el juez lo deve pechar todo el danno. Et el juez deve tener todo preso en çepo o en fierros enlos pies o ala garanganta».

185. L. F. C., 96: «Titulo de omne que deve a judio deuda manifiesta.—Esto es por fuero de todo omne que deva deuda manifiesta a judio e non ovyere de quela pagar: quel prendan el cuerpo fasta que pague al judio la deuda, assy commo fuero es; et non le saque de la villa».

186. F. Viejo, III, 4,10: «Si algund omne por debda, que deva, fuer preso, e fuer en la persona, si non oviere de lo suo, en que se gobierne, el que lo fiçier prender, dovel dar cada dia de pan, e del agua quanto quisier; e este gobierno, que le dier turelo, que sobrel deudor en el otro deudor (*en nota a la edición de este párrafo, se advierte que esta frase está oscura e ininteligible en el manuscrito*), quel deve, e quando salier de la prision deve dar al carcelero suos maravedis. Todo vecino que fuer preso, e fuer debdor por debda que deva, e fuer vecino de la viella, non le deven sacar de fuera de la viella, si él non quier».

de ellos había de ser preso «por debda que deva, nin por fiaduria que faga»¹⁸⁷. Es esta la más antigua exención del régimen de la prisión por deudas a unas determinadas personas. Ya se verá luego cómo el número de los privilegiados fue aumentado progresivamente.

3. *La prisión por deudas en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real: examen de sus semejanzas con el Fuero de Soria.*

A) En el Fuero Juzgo se reproducen sin modificación importante las leyes del *Liber iudiciorum* relativas a la prisión por deudas. Para no repetir ahora los comentarios ya expuestos sobre las leyes del Liber baste resumir en este lugar sus principios esenciales.

La ley II,5,7 del Fuero Juzgo prohíbe que nadie empeñe su persona ni todo su patrimonio por una sola deuda¹⁸⁸.

La V,6,5 declara que en caso de pluralidad de créditos contra un mismo deudor cobren primeramente los acreedores que antes demandaran, aunque sus créditos no fuesen los más antiguos; si demandan todos a la vez cobran a prorrata. Y en cualquier caso si el deudor no tuviera bienes suficientes para pagar a todos los acreedores, «deve seer siervo d'aquellos por la debda»¹⁸⁹.

Finalmente, las leyes IX,3,1; IX,3,3 y IX,3,4¹⁹⁰ prohíben que el deudor que se refugia en la iglesia pueda ser sacado violentamente de ella, y obligan a los sacerdotes a que en-

187. F. Viejo, III, 4,2: «Esto es por fuero de Castiella: que ningund fijodalgo non deve ser preso por debda, que deva, nin por fiaduria que faga, *nin deven ser prendados suos Palacios de suas moradas, nin los cavallos, nin la mula, nin las armas de suo cuerpo*, mas devense tornar a los otros suos bienes do quier que los aya». Cfr. PON II, AHDE, XIII, pfo. 45; lo subrayado es una interpolación evidente del redactor de F. Viejo.

188. F. Juzgo, II, 5,7. Equivale en todo a la ley II, 5,8, del Liber, copiada en nota 4.

189. F. Juzgo, V, 6,5. Equivale a la ley V, 6,5, del Liber, copiada en nota 5.

190. F. Juzgo, IX, 3,1; IX, 3,3; y IX, 3,4. Cfr. las correspondientes leyes del Liber en la nota 2.

treguen el deudor al acreedor si éste lo reclama pacíficamente y se compromete a no llevarlo «digado».

B) Es de gran importancia el estudio del Fuero Real en sus disposiciones relativas a la prisión del deudor, tanto por su contenido como por la relación que guardan con textos del Fuero Juzgo y del Fuero de Soria. Por ello, al margen del examen del contenido de cada precepto se pondrán de manifiesto sus afinidades y diferencias con los textos de ambos cuerpos legales.

Dado el carácter interpretativo del Fuero Real de las llamadas Leyes Nuevas y Leyes del Estilo¹⁹¹, junto a los párrafos del Fuero Real serán estudiadas aquellas leyes que sirvan para su recto entendimiento.

a) La medida general para asegurar la comparecencia del deudor en el Fuero Real es la llamada vía de asentamiento de los bienes del demandado¹⁹². No obstante, si el demandado no era «raygado» se le pedía fiador para garantizar que comparecería a «fazer derecho» al demandante. Pero si tampoco prestaba fiador, el acreedor podía retener al deudor preso y llevarle así, con la ayuda de la autoridad si era necesario, ante el juez¹⁹³.

191. Cfr. C. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Op. cit.*, págs. 84 y 85.

192. Cfr. el título IV del libro II. Igualmente en las Leyes Nuevas, IX, se regula el asentamiento en los bienes muebles o inmuebles del demandado.

193. F. Real, II, 3,2: «Si algun home hubiere demanda contra otro que sea raygado, demándele asi como dice el fuero: e si no fuere raygado, de fiador al demandador quel cumpla fuero: e si fiador no le diere, vaya luego con el ante el Alcalde a facerle derecho. E si facer no lo quisiere, recaudelo por si, si pudiere, e si no, digalo al merino o al juez, a qualquier de ellos que tubieren su lugar. E aquel a quien lo dixiere, recaudelo de guisa que el faga derecho, e si facer no lo quisiere, y el demandado se fuere, peche la demanda que habia contra el demandado, por que no gelo quiso recaudar».

F. Real, II, 5, ley única: «... .. e si ante de las ferias fuere el pleito comenzado, y el demandado no fuere raygado que vala cient maravedis, de fiadores, que faga derecho despues de las ferias, e valanle las ferias; e si dixiere que no puede haber fiador, jure que no lo puede haber, e metan su cuerpo en poder del merino, e faga derecho sobre él: y esto sea si la demanda valiere cient maravedis, o

Y de la prisión ya no salía aunque su demandante se ausentara de la ciudad, hasta que éste volviera y se celebrara juicio ¹⁹⁴.

b) Se ocupa también el Fuero Real de las garantías que es lícito establecer para asegurar el cumplimiento de los contratos o convenios en general («pleytos»). En primer lugar recoge una ley del Fuero Juzgo según la cual no pueden vincularse en garantía del cumplimiento de una deuda, ni la persona del deudor ni la totalidad de su patrimonio, «ca cosa es desaguizada que por una deuda que deba home, pierda toda su buena e su persona» ¹⁹⁵.

Sin embargo, sí se permite tomar prendas con la posibilidad de hacer venderlas cuando el deudor no cumpla, y una vez transcurridos ciertos plazos durante los cuales el deudor podía recuperar los bienes prendados si pagaba lo debido ¹⁹⁶.

dende arriba: e si fuere de cient maravedis ayuso de recaudo, asi como los alcaldes juzgaren, o tuvieren por bien».

194. Leyes del Estilo, CVIII: «Como se libra quando alguno da querella de otro, e le face prender, e se va.—Otrosí, si alguno en casa del rey querella de alguno, e lo face prender por demanda que ha contra él, criminal o civil, e se va de la Corte sin mandado del Alcalde, no lo debe por eso soltar de la prision: mas ante debe ser emplazado el que lo fizo prender».

195. F. Real, I, 11,5: «Como no puede home obligar en pena a si y a sus personas en pleyto que faga.—Ningun home en pleyto que faga, no pueda su persona e todas sus cosas meter en pena si el pleyto que ficiere no guardare. Ca cosa es desaguizada, que por una deuda que deba home, pierda toda su buena e su persona: mas quando alguna pena quisiere poner en algun pleyto sobre si, no la ponga mayor que manda la ley del titulo de las penas, e si de otra guisa fuere puesta, la pena no vala ni el pleyto: salvo si el rey mandare meter mayor pena en el pleyto, que no manda la ley».

196. «Todo home que tuviere peños por alguna cosa que venda, tengalos fasta el plazo; e si los tomare sin plazo, tengalo treinta días: e si al plazo que puso a los treinta dias no los quitare, afruente al dueño de los peños, con testigos que los quite: e si no los quitare fasta tercer día, vendalos con testigos de tres homes buenos, con mandado del Alcalde concejaramente, a quien mas diere por ellos, y entreguese de lo que ha sobre ellos, e de lo que debiere haber de mision, o de pena alguna, si la pusiere con el, o puso que sea con derecho; e lo demas delo a su dueño: e si no fuere en la tierra el dueño de los peños de guisa que no le pueda afrontar, pasado el plazo, y el tercer día, venda los peños asi como sobre dicho es».

La actitud del Fuero Real parece ser —incluso en esta esfera extraprocesal— más favorable a la ejecución patrimonial que a la prisión del deudor.

c) Veamos ahora cómo se regula el cumplimiento de la sentencia judicial cuando ésta es favorable al acreedor demandante y, por tanto, transforma al demandado en deudor vencido.

La Ley III, 20,1 del Fuero Real es clarísima a este respecto ¹⁹⁷. Si el deudor no cumpliera voluntariamente la sentencia pagando lo debido, se hace entrega al acreedor de los bienes del deudor. Si los hay muebles se venden estos preferentemente, cobrando el acreedor su crédito y devolviendo el

197. F. Real, III, 20,1: «Si algun home a plazo sabido por Juicio, a que pague alguna deuda, aoda a otro, e no la pagare al plazo, los alcaldes que el plazo dieron, manden al Merino que entregue de los bienes del deudor, de mueble o de raiz a aquel que ha de haber la paga: e si la entrega fuere de mueble, tengala el que ha de haber la paga fasta nueve dias: e si gela no quitare a este plazo, meta la entrega en mano del corredor, por mandado del Alcalde que la venda lo mejor que pudiere: e la deuda pagada, el corredor torne lo demas a su dueño ante el Alcalde, : e si fuere entrega de raiz, tengala fasta treinta dias, y en este comedio fagala el Alcalde pregonar cada mercado: e si a este plazo no gela quitare, vendala el merino, por mandado de los Alcaldes, a quien mas diere por ella: e fagan al dueño que lo otorgue: e si fallar no le pudieren, den carta al comprador desta vendida: e si después fallaren al dueño, fangangelo otorgar».

Leyes Nuevas, V: «Otrosi a los que dicen que si alguno fuere entregado en herdat de otro por debda que deban, e lo toviere treinta dias como el fuero manda, e fuere pregonado cada mercado, e alguno otro avie derecho en esta herdat, e non quisiere responder sobrella, nin la demandó et fuere vendido, él seyendo en la villa, e después la demanda por razón que dizie que non oyo el pregon, e que el su debdo que es primero, manda el rey que non se pueda escusar por esta razon, e la vendida que valla; mas si non fuese en la tierra aqieste que avie derecho sobre aquella herdat, e esto mostrare en verdat, que aquel quando viniere non pierda su derecho; si los alcaldes falaren en verdat que lo avie aver, que lo fagan tornar daquel que avien recibidos los dineros. Et si algun ome acaesciere que recibe tal paga, e los alcaldes vieren que tal ome non es raygado, o non es de la tierra, quel tomen fiador sil oviere, e si non lo pudiere aver, que iure que non lo puede aver, mas que estara a mandamiento de los alcaldes, e que verna fazer quanto mandaren los alcaldes».

sobrante al ejecutado. A falta de muebles se venden los raíces, haciendo al dueño que otorgue la venta antes o después de haberla realizado. Es claro que la actitud del Fuero Real es más valiente en orden a la ejecución que la del Libro de los Fueros y el Fuero Viejo, ya que se lleva a cabo sin necesidad de intervención del propietario de los bienes ejecutados.

Ahora bien; si el deudor ejecutado carecía de bienes muebles o inmuebles, la ejecución patrimonial era imposible, y entonces se acudía a la prisión del deudor en régimen de servidumbre. Si tiene menester u oficio, trabaja y va liberándose poco a poco, a medida que paga su deuda con el producto de su trabajo; en caso contrario, su dependencia respecto al acreedor es absoluta ¹⁹⁸.

d) El sistema anterior no se modifica en nada esencial cuando el deudor lo es de muchos acreedores. El Fuero Real establece la norma de prioridad de créditos para la fecha de constitución de los mismos y con plena independencia del orden en que fueran reclamados ¹⁹⁹. Si un segundo acreedor paga

198. Cfr. F. Real, III, 8,2, y Leyes Nuevas XII, copiadas ambas en la nota 138.

199. F. Real, III, 20,12: «Como el creedor que hobiere primero a su deudor, es mas privilegiado que los otros primeros.—Si home que es deudor a muchos fuyere de la tierra ante que pague, e alguno de aquellos que debe lo fuere a buscar, e lo truxere, aquel sea primeramente entregado del cuerpo e de las cosas que truxere del deudor, maguer que el su deudo no sea lo primero: mas de las cosas que le fallaren en otra parte, que le non truxere, sean entregados aquellos a quien debiere, o es deudor, cada uno segun que el deudo fue primero. E otrosi sean entregados del cuerpo del deudor, e de las cosas que truxo, despues que aquel que lo truxo fuese entregado de lo suyo, maguer que lo haya trahido asegurado a el, y a sus cosas de los otros; pero si el que lo truxo lo embiare, o lo defendiere, no sea tenuto de responder a los otros por él, si el no le embio, o no lo defendio, debe dandogelo el alcalde».

F. Real, III, 20,17: «Como ha de ser pagado el primero deudor.—Si alguno fuere deudor a muchos, primeramente debe pagar a aquel con quien fizo el primero deudo: y de si a los otros, según que cada uno fue fecho primero en las deudas: e si el postrimero dellos, o alguno dellos quisiere pagar al primero, sea apoderado de los bienes del deudor, fasta que sea entregado del deudo, y de lo que pago al primero:

a los anteriores a él se le entregan los bienes del deudor para que cobre su crédito y los otros ya pagados. Y si no fueran suficientes los bienes, se apodera del cuerpo del deudor, cuya prisión sería, como es natural, la del insolvente. Y si el deudor intentaba huir y era atrapado por algún acreedor, los bienes que el deudor llevara consigo se entregaban al acreedor que lo capturó, aunque su crédito no fuese el más antiguo, siguiéndose el citado orden de preferencia de créditos en la ejecución de los demás bienes del deudor evadido.

Finalmente, si el patrimonio del deudor era insuficiente y no había habido ningún acreedor que hubiese pagado créditos anteriores al suyo, el Fuero Real no permite que el deudor se haga siervo de todos los acreedores insatisfechos, sino que adopta la más benigna solución de reducir las deudas impagadas en la cuantía necesaria para que el patrimonio bastase a saldarlas ²⁰⁰.

e) Hay otros preceptos del Fuero Real relacionados con la prisión del deudor, aunque en puntos no fundamentales. En una ley ²⁰¹ se prohíbe sacar violentamente de una iglesia al deudor que en ella se refugiare; lo que debe hacer el acreedor en tal caso es pedir «al Clérigo que tiene la Iglesia» que le dé el deudor; ante tal solicitud, el clérigo ha de dejar que el acreedor tome consigo al deudor, pero rogándole previamen-

e si los bienes no cumplieren, sea apoderado del cuerpo del deudor, asi como manda la ley».

200. F. Real, III, 20,5: «Como ha privilegio el primer creedor. -- Quando alguno es deudor por emprestido o por vendida, o por otra cosa semejable a dos, o mas, el primero sea entregado primeramente, maguer que el otro ante demandasse; e si en un tiempo fue fecha la deuda, todos los deudores que de un tiempo son, sean entregados comunalmente cada uno segun que es deudor: e si la buena del que debe non cumpliere a todas las deudas, mengue a cada uno segun la quantia de su deudo: e si el deudor, o dos, o amos por el homecillo, o por fuerza, o por calumia, el que primeramente demandare, aquel sea entregado, maguer que ante ha deudo alguno de los otros: e si todos demandaren en uno, todos sean entregados, cada uno según su deuda, maguer que el daño sea fecho ante a los unos que a los otros».

201. F. Real, III, 20,15: «En que manera ha de ser sacado el deudor que fuyere a la Iglesia. -- Si el deudor de algún home fuyere a la Iglesia, ningun home non seá osado de sacarlo dende por fuerza».

te que le dé nuevo plazo para pagar y que, en caso de llevarse-lo, «no lo denueste, ni le ligue, ni le fiera».

Otra ley considera como causa suficiente para la desheredación de los herederos legítimos el hecho de que cualquiera de éstos no hubiera querido fiar al testador «por prisión de su cuerpo». El precepto se refiere seguramente a la prisión del deudor-demandado o a la del deudor insolvente ²⁰².

En las Leyes del Estilo se aclara que el sobrelevador no responde con su cuerpo por la deuda que garantizó aunque sus bienes sean insuficientes, a no ser que expresamente se hubiese obligado a responder también personalmente. En virtud de esta disposición, la prisión del deudor insolvente no se aplicaría en todo caso a su sobrelevador-insolvente, sino tan sólo cuando éste se hubiera previamente vinculado, incluso en su persona.

Se ve claro que esta Ley es un complemento de la III,8,2 del Fuero Real ²⁰³. En el mismo sentido, y respecto a la misma Ley del Fuero Real, hay que interpretar las leyes, XX, XCIX y CLXVIII, la primera de las cuales declara que el Abogado no puede meter en prisión al cliente que no le pagase sus honorarios ni tuviese bienes con que responder, sino que se ha de conformar con no cobrar y esperar a que su deudor venga a mejor fortuna ²⁰⁴. Sin embargo, la obligada generosidad del

ni de le vedar el comer, ni el beber mientras que estuviere en la Iglesia: mas aquel cuyo deudor fuere, demandele al Clerigo que tiene la Iglesia; y el Clérigo ruegue a aquel que demanda que de mayor plazo a aquel su deudor: e si no lo quisiere dar mas plazo, rueguele que no lo denueste, ni le ligue, ni le fiera, e entreguelo al deudor, o gelo dexe tomar: ...».

202. F. Real, III, 9,2: «En que casos puede ser el fijo desheredado.—Padre o madre no puedan desheredar sus fijos de bendición, ni nietos o si por prision de su cuerpo no lo quisiere fiar... ..». Cfr., en comparación, las leyes II, 3,2, y III, 8,2, en notas 193 y 138, respectivamente.

203. Leyes del Estilo, CXXXIV: «Que el fiador no debe ser preso, salvo si obligo a si con los bienes.—Es a saber que el fiador no sera dado por preso, por la deuda que fizo, maguer los sus bienes no cumplan a pagar el deudo, salvo si no se obligo diciendo, que obligaba a si, e a todos sus bienes».—Cfr. nota 138.

204. Leyes del Estilo, XX: «Como el pobre no debe ser dado preso

Abogado no se repite cuando el acreedor es el rey por razón de las costas procesales; quien sea condenado a ellas ha de pagarlas y si no lo hace ni tiene bienes, «préndanle por ello el su cuerpo»²⁰⁵.

Dos de las Leyes Nuevas tratan de la prisión por deudas; pero de un modo casuista, pues no son normas generales que modifiquen el sistema del Fuero Real. En una de ellas²⁰⁶ se dice que las mujeres que hayan de ser presas por deudas, sean encerradas «en cárcel apartada». Y se añade como trato favorable, que el deudor puede dejarla libre por la villa, pero señalándola de alguna manera (no dice cómo) para manifestar que está vinculada a él. ¿Puede relacionarse este caso de prisión aparente con los que vimos en los Fueros municipales? No hay ningún dato que aparezca como nexo de unión entre ellos; pero es posible que la medida de la prisión aparente se practicara más o menos al margen de los textos forales escritos, hasta llegar al tiempo de la redacción de las Leyes Nuevas. Pero también puede tratarse simplemente de una solución adoptada para mejorar el trato de las mujeres, sin tener conocimiento de los otros casos de aplicación de medidas análogas. En realidad no hay razones claras para elegir entre ambas hipótesis.

La otra ley de esta misma colección que trata de la prisión

al Abogado por el salario.—El Abogado por su salario si aquel ha de dar salario no ha bienes de que lo pague, no gelo dara preso: vaya el ayuda que fizo por el amor de Dios».

205. Leyes del Estilo: XCIC: «Como pueden prender el cuerpo por costas, si no tiene bienes.—Otrosi, en casa del rey, el que es condenado por costas, prendale por ello el su cuerpo, si no ha bienes de que lo pague».

Leyes del Estilo, CLXVIII: «Como por costas pueden prender el cuerpo del hombre.—Otrosi, en casa del rey, el que es condenado en las costas, prendale por ellas su cuerpo».

206. Leyes Nuevas, XIX: «Titulo de las prisiones de las mugeres.—Otrosi manda el rey que si mugieres ovieren de estar presas por debda o por fiadura que ayan, denles carcel apartada en que esten. E si el debdor se quisiere fiar o asegurar en la mugier que algol deviere por esta razón, quel eche su señal y ande por la villa por su presa».

es la VIII²⁰⁷. Conviene primeramente ponerla en contacto con el párrafo 96 del Libro de los Fueros de Castilla para entenderla mejor²⁰⁸. Según el Libro de los Fueros, los judíos podían apresar a los cristianos que no les pagasen sus deudas; recordemos que este principio era también recogido de modo expreso en los Fueros de Cuenca, Teruel, Zorita, Béjar y Plasencia²⁰⁹.

Pero la situación respecto a los judíos cambia durante el siglo XIII. La apurada hacienda real tiene que apoyarse frecuentemente en las bolsas de los hebreos; la corte, lujosa y poco amiga del trabajo, recurre también a los judíos. La usura es cada vez más creciente, y también aumenta la influencia de los judíos y los privilegios que les conceden los reyes castellanos²¹⁰.

Uno de estos privilegios concedidos en cartas reales a los judíos fue, según nos cuenta esta ley, el de no permitir que los cristianos los apresasen por deudas. Ahora bien: la ley que comentamos dice que por este privilegio «se tiene mucho por agraviado todo el pueblo», lo que demuestra la indignación y el odio que el pueblo castellano adquiere en esa época contra los hebreos. Y para calmar las iras, aclara la ley que siendo así que los judíos no pueden ser presos por deudas que deban a cristianos, tampoco puedan serlo éstos por aquéllos; con lo cual queda establecido un régimen de reciprocidad²¹¹.

207. Leyes Nuevas, VIII: «La otra es que los judios que mostraren cartas del rey en que manda que por ningun debdo que judio deve, que nol prendien el cuerpo, onde se tiene mucho por agraviado todo el pueblo, manda el rey que asi como el judio non puede prender al cristiano por ningun debdo, que otrosi que el cristiano non pueda prender al judio, e cada uno cate como dalo suyo, que lo non pierda».—Cfr. luego la nota 347.

208. Cfr. nota 185.

209. Cfr. FCuenca, 688 y 689 y equivalentes en los demás Fueros, en la nota 99.

210. Cfr. sobre este problema VICENS VIVES, J., *Manual de Historia Económica de España*, Barcelona, 1959, págs. 259 y 260, y la bibliografía de ese capítulo XXII, especialmente el capítulo XIII de *La realidad histórica de España*, de A. CASTRO, México, ed. Porrúa, 1953.

211. Esta ley no dice qué rey lo fijó: ¿acaso fuera el mismo San-

C) Como ya se dijo es interesante comparar entre sí el Fuero Juzgo, el Fuero Real y el Fuero de Soria.

a) Hay dos casos en que fácilmente se ve que el redactor del Fuero Real tuvo ante sí el Fuero Juzgo o el Liber (más bien aquél que éste por la semejanza de expresiones literales entre los dos textos castellanos)²¹². Son estos casos, las leyes III, 20,15 y I, 11,5 del Fuero Real.

La III, 20,15 es una adaptación de las leyes IX, 3,i y IX, 3,4 del Fuero Juzgo²¹³; se recoge exactamente el principio general establecido en la IX, 3,1 que aparece al comienzo de la citada ley del Fuero Real, y la segunda mitad de la IX, 3,4. Se ha omitido en el Fuero Real la IX, 3,3, del Fuero Juzgo, relativa al mismo tema, y se ha condensado la redacción de la IX, 3,4. Hay una frase de la III, 20,15 del Fuero Real que no viene ni en el Fuero Juzgo ni en el Liber: «ni de (ve) le vedar el comer, ni el beber mientras que estuviere en la Iglesia»; lo cual demuestra que el redactor del Fuero Real no se limitó meramente a copiar o a extractar.

La Ley I, 11,5 del Fuero Real es también adaptación de otra ley del Fuero Juzgo, la II, 5,7²¹⁴. Se ha suprimido en la transcripción la primera parte de la ley del Fuero Juzgo, sin duda porque venía a ser una especie de exposición de motivos, que, siendo acertada para la época del Liber, ya no lo era para la del Fuero Real; el redactor del Fuero Juzgo sí copia y traduce la ley completa, pero el del Fuero Real, lógicamente dotado de mayor libertad de selección, elimina la primera parte de esta

che IV? Cfr. nota 125. Cfr. luego la nota 347.

212. Desde luego, pudo suceder que el redactor de F. Real conociese y tradujese directamente el *Liber*, y que no leyera el F. Juzgo; en tal caso, los parecidos formales entre estos dos podrían explicarse como meras coincidencias en la traducción de un modelo común, el *Liber*. No obstante, como la afinidad de vocablos es bastante notable, nos inclinamos en favor de que fuese el F. Juzgo y no el *Liber* el texto que sirvió de modelo directo para estos párrafos del F. Real.

Sobre la relación entre F. Soria, F. Real, el *Liber* y el F. Juzgo, cfr. Galo SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ed. cit., de F. Soria, págs. 257 y 250.

213. Cfr. notas 201 y 190.

214. Cfr. notas 195 y 188.

ley y resume la segunda. No obstante la relación entre los dos textos resulta clarísima.

b) Veamos ahora la relación entre el Fuero Real y el Fuero de Soria.

El parecido entre la ley II, 3,2 del Fuero Real y el párrafo 405 del Fuero de Soria es leve ²¹⁵; en esencia vienen a decir lo mismo, pero las dos redacciones son distintas, y los detalles secundarios respecto al fondo tampoco coinciden en uno y otro texto. Es probable que la afinidad entre ellos no sea casual, pero no se puede asegurar la influencia directa.

Muchísimo mayor es la semejanza entre la ley III, 20,1 del Fuero Real y el párrafo 423 del Fuero de Soria ²¹⁶. Sin atender a ninguna otra consideración, es muy difícil opinar sobre cual de estos fragmentos es el original y cuál la copia. Las pequeñas diferencias de palabras o las frases añadidas no permiten ninguna afirmación sobre la prioridad de uno u otro texto.

Algo análogo sucede entre la ley III, 8,2 y el párrafo 363 del Fuero de Soria ²¹⁷. La identidad es absoluta; sólo dos matices pequeños rompen la monotonía: en el Fuero Real se permite que el deudor que trabaje coma «e vista guisadamente»; en el Fuero de Soria sólo se permite «que coma mesurada mjentre». En el Fuero Real, al final de la III, 8,2 se dice: «...e sirvase déb»; en el párrafo 363 del Fuero de Soria: «...e sirvase dél quanto mejor pudiere». Se trata, pues, de dos disposiciones una de las cuales es eco de la otra; pero por el simple criterio de la comparación textual no es posible saber que la del Fuero Real es posterior a la redacción del Fuero de Soria conocida por nosotros ²¹⁸.

Lo mismo podía repetirse respecto a la ley III, 9,2 del Fue-

215. Cfr. notas 193 y 131.

216. Cfr. notas 197 y 132.

217. Cfr. notas 198 y 136.

218. Entre el texto de F. Real y el manuscrito B de F. Soria hay una diferencia más, ya que el ms. B dice al final: «goviernelo», y F. Real y F. Soria ms. A, dicen «mantengalo». Cfr. nota 137.

219. Cfr. notas 202 y 145.

ro Real y el párrafo 365 de Fuero de Soria ²¹⁹, y a la III, 20,12 con relación al párrafo 433 del Fuero de Soria ²²⁰.

La comparación del párrafo 427 del Fuero de Soria en las redacciones de los dos manuscritos; y las leyes III, 20,5 y III, 20,17 del Fuero Real, es más fecunda ²²¹. Lo que en el Fuero de Soria es un sólo párrafo en el Fuero Real son dos leyes distintas; se puede llegar a la conclusión sin más que el examen textual de que las leyes del Fuero Real han sido escritas después del párrafo 427 del Fuero de Soria, y precisamente tomándolo como modelo ²²².

La ley III, 20,5 empieza como el párrafo 427, pero al llegar a las palabras «inaguer que el otro ante demandasse», salta hasta la frase «et si en un tiempo fue fecha la vendida», del Fuero de Soria, 427, manuscrito A. El salto ni es caprichoso ni se debe a una omisión o supresión; es tan sólo una división del 427, del cual se extraen las palabras intermedias para constituir con ellas una ley independiente, ya que en verdad el tema de estas frases intercaladas entre las palabras mencionadas (exactamente desde «et si el postremero...») es separable y aun casi debe ser separado.

220. Cfr. notas 199 y 142.

221. Cfr. FSoria, 427, A y B, en nota 140, y FReal, III, 20,5 (en nota 200), y III, 20,17 (en nota 199).

222. Sobre la posterioridad de FReal y su copia de FSoria, cfr. Galo SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ed. cit., FSoria, págs. 259 a 271 y sigs., y en su *Curso...*, pág. 80.

No se pretende, pues, aquí decir nada nuevo sobre este punto, sino tan sólo investigar la relación entre ambos cuerpos legales sobre la base de la comparación textual e institucional. Precisamente, el citado prof. SÁNCHEZ SÁNCHEZ —*Op. cit.*, pág. 274—, dice lo siguiente: «Tanto al estudiar las fuentes como al precisar la influencia de nuestro Fuero ((el de Soria)), se ha procurado prescindir en la presente exposición del aspecto jurídico de los textos, labor más propia de una investigación de las instituciones en ellos reguladas, y de las características del derecho que cada uno contiene». Lo que he pretendido es, pues, estudiar el aspecto institucional y el formal unidos, y comparar los textos bajo estos puntos de vista, con lo que se quiere ofrecer un cierto complemento al estudio realizado por el citado Prof., aunque limitado tan sólo, como siempre, a los textos sobre la prisión del deudor.

Ahora bien; en principio se puede pensar que la operación se realizó a la inversa, esto es, condensando dos leyes del Fuero Real en un párrafo del Fuero de Soria. Pero se demuestra que la posterioridad del Fuero Real es evidente por los siguientes argumentos:

Primero. En general, el Fuero Real es más sistemático en su estructura general que el de Soria. Y en este caso el problema contenido en la III, 20,17 debe ser tratado con independencia, por lo cual se realiza la separación. No tendría sentido la operación inversa por parte del redactor del Fuero de Soria, esto es, unir dos leyes independientes para aumentar con la unión su oscuridad.

Segundo. El párrafo 427 del Fuero de Soria contiene expresiones distintas en los dos manuscritos que conocemos de él. Pues bien; cuando el texto del Fuero Real no es idéntico al manuscrito A del Fuero de Soria, lo es al manuscrito B. Ello indica que ha tenido a la vista uno y otro.

Tercero. En este problema del deudor de muchos acreedores el Fuero Real no copia, como hace en otros casos, la ley del Fuero Juzgo relativa a este tema (en este caso la V, 6,5). ¿Por qué? Probablemente porque considera más justa la que le ofrece otro modelo: el párrafo 427 del Fuero de Soria.

Cuarto. La última parte de la ley III, 20,5, está muy oscuramente redactada, mientras que está clarísima en los dos manuscritos del Fuero de Soria. (Así el Fuero de Soria, 427, A, dice: «et si el deudor a dos o mas ...»; el Fuero de Soria, 427, B: «et si es deudor a dos o mas...»). Y el Fuero Real, III, 20,5: «e si el deudor o dos o mas...». Parece ser que se trata de un error del copista del Fuero Real, que teniendo a la vista los manuscritos A y B del Fuero de Soria, u otros muy análogos, no supo leer correctamente lo dicho por éstos. Lo mismo sucede más abajo. Fuero de Soria, 427, A: «maguer que sea dado ante tenjdo...»: Fuero de Soria, 427, B: «maguer sea tenjdo ante ...». Fuero Real, III, 20,5: «maguer que ante ha deudo ...»). No se comprendería que si el Fuero de Soria, A y B, copiaron del Fuero Real, estuvieran ellos correctos y mal el modelo; más bien se trata del fenómeno inverso.

Con este estudio comparativo formal de los párrafos del Fuero de Soria y del Fuero Real no se ha querido demostrar nada nuevo por nuestra parte, sino tan sólo utilizar, una vez más, el procedimiento de la crítica textual y comprobar su conveniencia y aprovechamiento para el estudio formal de las fuentes.

4. *La prisión por deudas en las Partidas: la cesión de bienes.*

A) En las Partidas ²²³ la comparecencia al juicio se asegura por la vía de asentamiento en los bienes del demandado, y si no los tiene, pidiéndole fiador. Pero a falta de ambos medios de seguridad se exige simplemente al demandado que jure que acudirá ante el juez a estar «a derecho fasta que el

223. En realidad, puesto que las Partidas se aplicaron también, como es sabido, desde el Ordenamiento de Alcalá, podríamos incluirlas tanto en este capítulo como en el próximo. Por otra parte, ya que la fecha de redacción de las leyes que versan sobre la ejecución no se puede determinar con exactitud, no es completamente seguro que todas las leyes que vamos ahora a comentar se redactaran antes de 1348, fecha elegida como tope final de este capítulo,

Sin embargo, nos hemos decidido a incluir el estudio de las Partidas en este lugar, por las siguientes razones: Primera: las leyes P. 1,11,2, y P. 1,11,3, aunque no pertenecen a la primera redacción de las Partidas, ya que no aparecen en el Espéculo, no son posteriores, probablemente, a 1325 (cfr. GARCÍA GALLO, A., *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio*, AHDE, XXI-XXII, págs. 345 y sigs., especialmente para este punto, pág. 447). Segunda: las leyes P. 3,27,3, y P. 3,27,6, corresponden a las 6,5,4 y 6,5,7, respectivamente, del *Doctrinal*, del Maestro JACOBO DE LAS LEYES (cfr. UREÑA y BONILLA, *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisperito del siglo XIII*, Madrid, 1924, págs. 373 y 375), por lo que puede deducirse que se redactarían lo más tarde hacia principios del siglo XIV (cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, páginas 448 y 435-436.) Es decir, que buena parte de las más importantes leyes que hemos de examinar, pertenecen con bastante seguridad a años anteriores a 1348 (probablemente también las leyes P., 5,15,1; P., 5,15,4, y P., 5,15,10; cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, pág. 448, número 8.º). Resulta, pues, preferible incluir el estudio de estas leyes en el período en que se redactaron. Todo ello sin perjuicio de que más adelante se hagan alusiones a leyes de Partidas, cuando la literatura jurídica de épocas posteriores nos remita a ellas.

pleyto sea acabado por juyzio». No hay, pues, lugar para la prisión del demandado ²²⁴.

Y en cuanto al procedimiento para asegurar el cumplimiento de sentencias judiciales, la Partida tercera establece puntualmente el régimen de la ejecución patrimonial forzosa sobre los bienes del deudor vencido y sin necesidad de intervención alguna por parte de éste. Aunque no interesa aquí un examen circunstanciado del procedimiento ejecutivo, sí importa repetir el orden que se había de seguir en la venta de los bienes. Preferentemente, se embargaban los bienes muebles; en su defecto o insuficiencia, los inmuebles, y, finalmente, las «deudas manifiestas», o sea, reconocidas a favor del deudor-vencido. Pero no se dice nada sobre la prisión del deudor en el caso de que los bienes suyos fueran en todo caso insuficientes para pagar sus deudas, o en el caso de que careciese por completo de bienes ²²⁵.

224. P., 3,2,41: «... .. Otrosi dezimos que si aquel a quien fazen la demanda, non es raygado en la tierra, que puede aquel que gela quisiere fazer, demandarle fiador, que este a derecho. E el demandado es tenuto delo dar, podiendolo aver. Pero si non fallasse quien lo pudiesse fiar, devenle fazer jurar, que este a derecho, fasta que el pleyto sea acabado por juyzio. E después que el Juez oviere oido la demanda del demandador, devela mostrar al demandado e poner plazo, a que se pueda aconsejar, e responder a ella».

En nota a esta ley de Partidas Gregorio LÓPEZ dice (nota 5): «... Adverte tamen, quod hodie per leges Fori aliter est provissum: videlicet, ut qui non possidet inmobilia, si non satisfacat cum fideiussoribus, debet capi in personam, et duci ad carceres, etiamsi propter impotentiam non praestet, fideiussores, ut habetur in l. 2. tit. 3 lib. 2 Fori, LL, et in 1, tit. 5 de las Férias eodem libro et attestatur Rodericus Suarez in commento dictae l. 2 col. 3 ita vidisse servari, et quod ita practicatur sine scrupulo...».

225. P., 3,27,3: «En quales bienes debe ser cumplido el juyzio.— En las cosas, e en los bienes del dueño del pleyto, contra quien es dado el juyzio, se deve mandar cumplir, e fazer la entrega; primeramente tomando las cosas que fueren muebles, tantas en que se pueda cumplir, e pagar la quantía de la debda que es puesta en la sentencia; e si el mueble non abondasse, deven tomar de las cosas que son rayz, tantas que cumplan. E quando todo esto non cumpliesse para fazer la entrega, deven entregar al vencedor, de las debdas manifiestas que deven al vencido, fasta que se cumpla la quantía de la sentencia. E

Y como en otra ley se dice expresamente que cualquier hombre por deuda que debiera «non deue servir, nin ser preso de ninguno», sino asegurar «que quando oviere alguna cosa que pague lo que deua»²²⁶, hay que concluir afirmando que las Partidas sustituyen la prisión del demandado por su juramento de estar a derecho, la del deudor solvente por la ejecución patrimonial forzosa, y la del deudor insolvente *de un solo acreedor*, por la responsabilidad patrimonial futura.

non deven entregar, por razón de la debda sobre que fue dado juyzio, en cavallos, nin en armas de caballeros, nin en soldada nin en tierra que fuesse puesta para guisamiento dellos; nin en bueyes de arada, cuyos quier que sean, fallando otros bienes del vencido en que se pueda cumplir el juyzio. E si...».

P., 3,27,6: «Como deven ser vendidos los bienes que fueren tomados a alguno, por razon de entrega o de Juyzio.—Entregado seyendo algun ome en los bienes de su debdor por sentencia de Juez, si el debdor no pagasse lo que avia de dar, puede meter en almoneda aquella cosa que le entregaren, con otorgamiento del judgador; e almonedeanla fasta veynte dias e de si deve se vender al que mas diere por ella, de los veynte dias en adelante. E si por aventura mas valiere que la debda que avia a recibir, lo demas de velo dar al que era señor de la casa. E si valiese menos, deve el Judgador aun entregar en los bienes del vencido, aquello que valia de menos. E si acaciese que en los veynte dias sobredichos non saliesse comprador que la comprasse, por miedo, o por amor del vencido o por otra razón; estonce debe el judgador otorgarla al vencedor como en manera de compra, por quanto entendiere que vale la cosa».

226. P., 1,11,2: «Quales omes puede amparar la Iglesia, e en que manera.—Franqueza ha la Iglesia e su Cementerio en otras cosas, de mas de las que diximos en la ley ante desta: ca todo ome que fuyere a ella, por mal que oviesse fecho, o por debda que deviesse, o por otra cosa qualquier, deve ser y amparado, e non lo deven ende sacar por fuerza, nin matarlo, e nin dalle pena en el cuerpo ninguna, nin cercarlo al derredor de la Iglesia, nin del Cementerio, nin vedar que non le den a comer, nin a beber. E este amparamiento se entiende que deve ser fecho en ella, e en sus portales, e en su cementerio; fueras de las cosas señaladas, que dice en la tercera ley despues desta: e aquel que estoviere encerrado, los clérigos le deven dar a comer, e a beber e guardarlo quanto pudieren, que non resciba muerte, nin daño en el cuerpo: e los que le quisieren ende sacar, por aver derecho del mal que fizo, si dieren seguridad, e fiadores a los clérigos, que non le fagan mal ninguno en el cuerpo: o si non los pudieren dar, que

B) Tres leyes de la Partida quinta vienen a completar el régimen ejecutivo.

En la Partida 5, 15,1 se instituye la cesión o desamparo de bienes. Conviene fijar la atención del lector sobre esta importantísima medida que va a estar presente durante muchos siglos en el Derecho castellano, con muy pocas modificaciones. Consiste esta figura, tal y como la describe la citada ley de la quinta Partida, en que si un hombre comprende que el importe de sus deudas es superior al valor de sus bienes, abandona todos éstos en manos de sus acreedores, reconociendo expresamente las deudas por las cuales hace la cesión. Al deudor se le dejan tan sólo «los paños de lino que vistiere», y el resto de su patrimonio se vende en almoneda, entregando el importe así obtenido a los acreedores ²²⁷. Del sentido del texto

¡juren esso mismo, seyendo atales omes de que sospechassen que guardarien su jura; e estonce lo pueden sacar de la Eglesia, para fazer del fecho enmienda, segun las leyes mandan; o si non oviere de que pechar el mal fecho, que sirva tanto por ella, quanto tiempo mandasse el judgador, e toviere por bien, segund fuere la razon. Mas por el debdo que deviesse, non deve servir, nin ser preso de ninguno, pero deve dar segurança, la mayor que pudiere, que quando oviere alguna cosa, que pague lo que deve».

P., 1,11,3: «Que derecho es, quando siervo de alguno fuye a la Eglesia.—Siervo de alguno fuyendo a la Eglesia sin mandado de su señor, deve ser amparado en ella, segund dize la ley ante desta. Pero si el señor diesse fiadores, e jurasse que non le fiziesse mal ninguno, devenlo los clerigos sacar de la Eglesia, maguer el non quisiesse salir, e dargelo; e si los clerigos non lo quissiesen fazer, puedelo sacar el señor sin caloña ninguna, e llevarlo. Mas si los clerigos lo amparassen despues de la segurança, ellos son tenudos de pechar el menoscabo del servicio, que recibio el señor, porque non gelo dieron; e si se fuyere, devengelo pechar. Pero el debdor que se entrasse en la Eglesia, por miedo de la debda que deviesse, si aquel a quien la deviesse non se quisiesse componer con el, demandandole mas de lo que le avia de dar, e amenazandole, e por este miedo se fuyese de la Eglesia, non ha porque lo demandar a los clerigos. E si por aventura alguno de aquellos que diesen segurança por su jura, viniessen contra ella, faziéndole algun mal en el cuerpo, caeria en perjuero el que lo fiziesse, e demas manda Santa Eglesia, que lo descomulguen por ello».

227. P. 5,15,1: «Que los debdores puedan desamparar sus bienes, quando non se atreven a pagar lo que deven, e ante quien e en que

se desprende que el deudor insolvente queda en libertad después de haber desamparado todos sus bienes en favor de sus acreedores. Tampoco, pues, aparece aquí la prisión servidumbre del deudor.

Ahora bien; si el deudor cuyo patrimonio no bastase a pagar las deudas no quisiera desamparar sus bienes, «el Judgador del lugar deveo meter en prision a la demanda de los que han de recibir la paga, e tenerlo en ella fasta que pague lo que deve o desampare sus bienes»²²⁸. La prisión del deudor es en este caso un medio coactivo para obtener el desamparo o cesión de bienes por parte del deudor.

manera.—Desamparar puede sus bienes todo ome, que es libre e estuviere en poder de si mismo, o de otri non aviendo de que pagar lo que deve. E deveo desamparar ante el Judgador. E este desamparamiento puede fazer el debdor por si, o por su personero, o por su carta, conociendo las debdas que deve; o quando fuere la sentencia dada contra él, e non ante. E si de otra guissa los desamparare, non valdria el desamparamiento. E deveo desamparar a aquellos a quien deve algo, diziendo, como non ha de que faga pagamiento. E estonce el Judgador deve tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suyo por esta razon, si non los paños de lino que vistiere, e non le deve otra cosas ninguna dexa. Fueras ende si tal debdor como este fuesse padre, o avuelo, o alguno de los otros acendientes, que oviesen algo a dar, a alguno de aquellos que descendiessen dellos. O si fuesse fijo, o alguno de los otros descendientes, que oviessen algo a dar, a alguno de aquellos de quien descendiessen. O si fuesse ome que deviesse algo a su muger, o ella asu marido. O si fuesse ome que deviesse algo a aquel a quien avia aforrado, o el aforrado a el. O si fuesse compañero, de aquellos que firman compañía entre si, aviendo, o trayendo, los bienes de so uno, que deviesse algo al otro, o el compañero a el. O si fuesse ome a quien demandassen en juyzio sobre donadio, que oviesse fecho a otro. Ca estonce, el Jugador deve dexar a cada uno destos sobredichos tanta parte de sus bienes, de que puedan bivar guisadamente. E lo otro todo deve mandar vender en almoneda, e entregar el precio de estos bienes a los debdores sobredichos».

228. P., 5,15,4: «Que pena meresce aquel que non quiere pagar sus debdas, ni desamparar sus bienes.—Por juyzio condenado seyendo alguno, que pague las debdas que deviere a otro, si las non quisiesse pagar, nin desamparar sus bienes, segun diximos en las leyes ante desta, el Judgador del lugar deveo meter en prisión, a la demanda de los que han de recebir la paga, e tenerlo en ella, fasta que pague lo que deve o desampare sus bienes. E si entre tanto que yoguiesse en

Pero, ¿por qué no se ejecuta directamente su patrimonio como vimos que establecían otras leyes de la quinta Partida? Sin duda porque aquí se trata de una enajenación de todo el patrimonio del deudor, que deja a éste reducido a pobreza absoluta; y la ley no se atreve a intervenir en su patrimonio, sino que permite al deudor que en este caso extremo opte entre la cesión voluntaria de todos sus bienes (misericordia absoluta) o la prisión indefinida en manos del juez.

Así, pues, la prisión del deudor insolvente si éste tenía muchos acreedores, es solamente un medio coactivo para obtener del deudor la cesión de sus bienes. El régimen es distinto en el caso de que haya un solo acreedor y en el caso de que éstos sean varios, y la diferencia fundamental estriba en la medida de la cesión de bienes por parte del deudor. Esta institución se mantendrá en el Derecho castellano durante el período que se estudia en el apartado IV, si bien con alteraciones en detalles no esenciales, y en combinación con otras instituciones (concretamente con el fiador de saneamiento y con la prisión servidumbre) que no aparecen en las Partidas.

la prisión, malmetiese los bienes, todos, o parte dellos, maguer los quisiese desamparar, non deve ser oydo. Fuera ende, si se obligasse, dando recabdo de tornarlas en el estado en que eran, quando el fue metido en prisión».

P., 5,15,5: «Como quando alguno es debdor a muchos e les ruega que le esperen por el debdo, e los unos lo otorgan, e los otros non; qual razon debe ser cabida.—Debdor seyendo un ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en uno, e les pidiesse que le diessen un plazo señalado a que les pagase; si todos non se accordassen en uno a otorgarselo, aquel plazo debe aver que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quissiessen otorgar. E aquellos decimos que se debe entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los unos, queriendo otorgarle el plazo, e los otros diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse e desamparasse los bienes; estonce, si fueren iguales en los debdos, e en cantidad de personas, debe valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo; porque semeja que se mueven a fazerlo por piedad que han de él. E si por aventura fuesen eguales en los debdos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deve valer».

También se estudia y regula el caso del deudor fugitivo que es atrapado por un acreedor, quien lo apresa y le toma los bienes que el deudor llevara consigo hasta la cuantía necesaria para satisfacer su crédito. El resto de los bienes queda sometido al régimen ejecutivo normal ²²⁹.

Finalmente, otra ley de Partidas ^{229 bis} considera excluído del régimen de prisión al clérigo deudor de otro clérigo, lo que da a entender que quizá el clérigo deudor de un seglar sí pudiese ser apresado, al menos en el momento de redacción de las Partidas, o mejor dicho, de esta última ley comentada.

229. P., 5,15,10: «Del deudor que se fuye de la tierra, porque non se atreve a pagar lo que deve.—Fuyendose algun ome de la tierra, porque non pudiesse pagar las debdas que devia, si alguno de aquellos a quien devia algo, sabiendo que se iba asi, fuesse en pos del con intención de recabdarle, e de tomarle lo que llevaba; si se fallasen como en yermo, o en logar que no oviese merino, o juez; estonce bien lo podria el por si mismo recabdar, a el, con todo quanto llevasse consigo. Mas si lo fallase en logar do oviese juez o merino, estonce non lo deve recabdar el por si, mas develo decir al juez del logar, que gelo recabda; e el develo fazer. E todo aquello que le fallaren, puedelo retener para si, por razón de la deuda que le devia, fasta en aquella quantía que montava lo que le avia a dar. E non es tenuto de recodir con ello a los otros debdores. Mas si fallase mas, de quanto montasse su debdo, estonce, lo demas develo dar a los otros, cuyo debdor era».

229 bis. P., 1,6,23: «Quales officios embargan los omes, que non tomen ordenes.—Teniendo alguno officio porque deva dar cuenta al Rey, o a algun Rico-ome, o a Concejo, o a tales lugares de que toviesse algo, assi como Mayordomia o otra cosa que le semejasse, defiende Santa Iglesia, que non se pudiesse ordenar. Mas si la cuenta oviessen de dar a biuda o a huerfanos, o a algun ome que non fuesse poderoso o rico, segun sobredicho es, non le deven por eso dexar de ordenar. Ca bien se entiende, que estos atales non avrian a dar tan grand quantia de aver, de que pudiesse venir daño a las Iglesias, si lo oviessen de pagar por ellos; nin semeja otrosi guisada cosa, que tales omes los deviessen prender. E si esta cuenta sobredicha oviessen de dar a Obispos, o a otro clérigo, bien los pueden ordenar, porque segund derecho de Santa Iglesia, por deuda que deva un clerigo a otro non le pueden prender».

IV. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO CASTELLANO DESDE EL ORDENAMIENTO DE ALCALA HASTA EL SIGLO XIX

Sabido es que el orden de prelación de fuentes establecido por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, de 1348²³⁰, es válido para el Derecho castellano hasta el siglo XIX²³¹. Ya que este período tiene plena homogeneidad en cuanto a la naturaleza y orden de aplicación de las fuentes, vamos a estudiar la prisión por deudas en el Derecho castellano de esos seis siglos, dentro de un mismo apartado.

Se expondrá aquí el tratamiento que el Derecho real da al deudor para conseguir que el acreedor cobre sus créditos, haciendo hincapié en las situaciones que el Derecho resuelve decretando la prisión del deudor. Y al final de la presente exposición podrá comprobarse cómo las líneas generales en orden a la aplicación de la prisión del deudor se mantuvieron sin cambios notables a lo largo de estos seis siglos. Precisamente lo que determina en la segunda mitad de este período la paulatina disminución en el uso de la prisión por deudas no son razones técnicas, o modificaciones operadas en el ordenamiento jurídico que vinieran a sustituir a la prisión corporal, sino que aquello que acaba poco a poco con la prisión es el crecimiento progresivo del número de personas que gozaban del privilegio de estar exentas del régimen de la prisión por deudas.

Por todo ello se expondrá, en primer lugar, el régimen ejecutivo, en general, y la prisión por deudas, como pieza del mismo. Y luego se irán mostrando las excepciones personales al régimen de la prisión.

De este modo, el presente apartado IV tiene unidad formal, en cuanto que se estudia en él el Derecho real desde la

230. Cfr. ley I del título XXVIII.

231. Cfr. G. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *El Ordenamiento de Alcalá*, RDP, 1924. Del mismo autor, su *Curso...*, pág. 84, y págs. 144 y sigs. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 2, Madrid, 1959, pág. 371.

Baja Edad Media hasta el siglo XIX; y unidad de contenido, puesto que no es posible observar dentro de esta época cambios fundamentales en la regulación legal de la institución estudiada.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que dentro del sistema de fuentes en vigor desde el Ordenamiento de Alcalá, siguen siendo aplicables las fuentes del Derecho local que se practicasen y las Partidas, y como entre aquéllas hay que incluir el Fuero Real²³², no es de extrañar que a lo largo de todo el período permanezcan vigentes y sean practicadas algunas leyes del Fuero Real y de las Partidas referentes a la institución que estudiamos²³³.

Además de las fuentes legales es necesario manejar y tener en consideración la literatura jurídica, muy especialmente la de los siglos XVI y XVII, cuyos autores se ocupan muy por extenso de la prisión por deudas. Por ello, tras el examen de la legislación, y en íntimo contacto con ella, se analizará la doctrina de los juristas castellanos, quienes a veces se limitaban a desarrollar explicativamente el contenido de las leyes, en otras ocasiones cubrían con su técnica, su erudición y su sentido práctico las lagunas del ordenamiento jurídico, y en casi todas las ocasiones nos sirven a los investigadores actuales para orientarnos acerca de la vigencia práctica y aplicación real de los textos legislativos, que cobran así nueva vida después de la consulta de las obras de estos juristas.

I. *Caracteres generales: formas de prisión y supuestos generales en que se aplica.*

Para un más fácil entendimiento de los textos legales que serán estudiados aquí, sucesivamente, conviene exponer las líneas esenciales que configuran la posición del Derecho en torno a la prisión del deudor. Pero como ésta sólo se puede

232. Y el F. Juzgo. Cfr., por ejemplo, GARCÍA GALLO, *Manual...*, *loc. cit.*, pág. 375.

233. Definitivamente eliminada la prisión del deudor demandado por el juicio en rebeldía, vamos a ceñirnos en exclusiva a la prisión del deudor vencido en juicio.

comprender en relación inmediata con otras instituciones, habremos de hacer referencia en muchos momentos al régimen ejecutivo patrimonial contra el deudor moroso, bien entendido que éste sólo será estudiado tangencialmente ²³⁴.

Las leyes que tratan de la prisión o de la servidumbre del deudor insolvente, aluden siempre expresamente al deudor de muchos acreedores. No obstante, no hay razón para pensar que estuviera prohibida la prisión servidumbre del deudor cuando éste lo fuera de un sólo acreedor. Por el contrario, la vigencia de la ley III, 8,2 del Fuero Real (ya comentada y en cuyo estudio se insistirá) que habla, en singular, del acreedor insatisfecho, y algunas frases de los textos legales de esta época ²³⁵, hacen pensar que la prisión del deudor era posible tanto cuando hubiese un solo acreedor, como en el caso de que éstos fuesen varios. Lo que sucedería es que cuantitativamente serían superiores los casos del deudor insolvente de muchos acreedores, y de ahí que el legislador tenga siempre planteado este problema concreto que es, además, difícil de resolver. Así, pues, el caso del deudor insolvente de un solo acreedor se regiría en todo momento por la ley III, 8,2 del Fuero Real, ya que la veremos incluida tanto en el Ordenamiento de Montalvo como en la Nueva Recopilación.

La admisión de la ejecución patrimonial forzosa por las leyes de esta época ²³⁶ hace que la prisión del deudor surja siempre en función de la ejecución de los bienes, bien por inexistencia de ellos (prisión servidumbre de la III, 8,2, del Fuero Real), o cuando se ha hecho cesión de bienes (ley de Enrique IV en

234. Sobre la ejecución de las sentencias judiciales y sobre el juicio sumario ejecutivo, especialmente sobre este último, cfr. FAJEN GUILLEN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, y *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360*, en R. D. Proc., 1950, págs. 321 y sigs.

235. Por ejemplo, las primeras palabras de la ley V, 16,6, de la NR. cfr. notas 242 y 243.

236. Cfr. obras cit., en nota 234; además, todas las leyes que citaremos en este apartado, y especialmente la ley XXI del Ordenamiento de Pedro I, de 1360, y la Pragmática de Felipe II, de 1566, en notas 246 y 260, respectivamente.

1458 y pragmáticas de los Reyes Católicos), o para forzar al deudor a que dé fiador de saneamiento sobre sus bienes inmuebles que han de ser ejecutados (pragmática de Felipe II, de 1566). La responsabilidad personal del deudor es siempre subsidiaria a su responsabilidad patrimonial. Y, salvo en el caso de la no prestación del fiador de saneamiento, se trata siempre de prisión del deudor insolvente, y, por ello, prisión servidumbre.

Dadas estas líneas del sistema ejecutivo en general contra el deudor vencido en juicio, el Derecho de este período utiliza constantemente dos instituciones ya reguladas en anteriores cuerpos legales: la cesión de bienes contenida en la Partida 5, 15,1²³⁷, y la prisión servidumbre ya de antiguo admitida de modo expreso en el Fuero de Soria y luego recogida en el Fuero Real²³⁸. Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico de esta época regula ambas instituciones de modo complementario, ya que la servidumbre del deudor insolvente sigue a la cesión de bienes hecha por éste²³⁹: el deudor que tiene bienes pero son insuficientes para pagar sus deudas, yace preso hasta que hace la cesión de bienes, y entonces es dado en servidumbre sucesivamente a sus acreedores. La cesión y la servidumbre quedan así aunadas en su empleo por el legislador.

Al margen del sistema legislativo sobre la prisión del deudor se observa una corriente que poco a poco va disminuyendo de forma indirecta la aplicación de la prisión por deudas. Se trata de las exenciones al régimen de aplicación de la prisión. Primero los nobles, luego las mujeres y sucesivamente los Procuradores en Cortes, los Doctores, y así hasta quedar exentos incluso los criadores de caballos, va creciendo el número de las personas exentas de prisión por deuda civil: de tal modo que

237. Cfr. nota 227.

238. Cfr. pfo. 363 de FSoria, en nota 136, y la ley III, 8,2, del F Real, en la nota 138.

239. De modo expreso es así desde la ley de Enrique IV, en Madrid, 1458; probablemente antes también, como se desprende *a. sensu contrario* de la ley XXI del Ordenamiento de Pedro I, en 1360; cfr notas 249 y 246.

llega un momento en que prácticamente nadie puede ser preso. De este modo, la prisión y la servidumbre del deudor no serán sustituidas ni eliminadas por ninguna disposición legal prohibitiva, sino por esta vía indirecta de las exenciones, y también por el desuso. Poco a poco la práctica de la institución languideció, y cuando llegamos al siglo XIX vemos que los juristas se refieren a la prisión del deudor como a medida extinguida por desuso; o ni siquiera aluden a ella, siendo el silencio tan elocuente como aquellos otros testimonios. Ante esta situación, el legislador decimonónico la da por muerta y regula la cesión de bienes sin preocuparse de la prisión coactiva ni de la prisión servidumbre del deudor ²⁴⁰.

Fijada ya la línea evolutiva de esta institución en su doble faceta de prisión coactiva (prisión del deudor que no dé fianza de saneamiento ni haga cesión de bienes) y de prisión servidumbre (situación del deudor que ha hecho la cesión en beneficio de sus acreedores), y mencionada la paulatina y silenciosa desaparición práctica de la misma, es el momento de examinar con todo detenimiento las fuentes legales y doctrinales de estos siglos para reconstruir ese proceso evolutivo pieza por pieza.

2. Cesión de bienes, prisión coactiva y prisión servidumbre.

A) Es indudable que la ley III,8,2 del Fuero Real se aplicó ininterrumpidamente y con gran generalidad a lo largo de los siglos XIV, XV y XVI y que estuvo vigente hasta la redacción de la Novísima Recopilación. Prueban esta afirmación los siguientes datos: a) la cita de «una ley del fuero», sin duda la III,8,2 del Fuero Real, en la ley XXI del Ordenamiento sevillano de 1360 ²⁴¹; b) la inclusión íntegra de esta ley en las Or-

240. Cfr. más adelante en este mismo apartado IV.

241. Cfr. nota 246.

242. OO. RR., V, 13, 4: «Que el preso por deuda sea mantenido por ciertos dias, y si no tuviere bienes, ni fiador sea entregado al acreedor.—Fuero.—Si algun hombre por deuda que deba fuere metido en prision, el acreedor mantengalo fasta nueve dias, y no sea tenido de darle mas, si no quisiere: pero si el preso mas pudiere haver de

denanzas Reales de Castilla, libro V, título 13, ley 4²⁴³; c) su reproducción en la ley 6, libro V de la Nueva Recopilación²⁴³.

Con esta ley ya comentada y que regula la servidumbre del deudor insolvente se resuelve la situación del deudor de un solo acreedor. Es extraño, o por lo menos poco frecuente, que un deudor caiga en servidumbre por no poder pagar a un solo acreedor, y por ello, como ya se dijo, las leyes de la época se ocupan más del deudor de muchos acreedores, y se limitan a reproducir la ley del Fuero Real para decidir el tratamiento legal oportuno respecto al deudor de un solo acreedor.

Ahora bien, ¿se podría aplicar el beneficio de la cesión de bienes al deudor de un solo acreedor? Se ha de ver inmediatamente que las leyes y pragmáticas se refieren al caso del deudor de varios acreedores; pero de modo incidental surge en ellas a veces alguna frase en la que se admite directa o indirectamente la cesión de bienes hecha a un solo acreedor. Así, en la pragmática de los Reyes Católicos, dada en Córdoba, año 1490²⁴⁴, se dice que cualquier persona que hiciera cesión de bienes por deuda o deudas que deba a «qualquier o qualesquier Concejos i personas...». Y en la pragmática de los mismos reyes de 1502²⁴⁵ se lee: «... quando alguno oviere hecho la dicha cesión de bienes y tovriere más de un acreedor...»; de donde se deduce que podía hacerla y tener uno solo.

Desde luego, estos dos textos sólo sirven para resolver la incógnita planteada en un lapso de tiempo muy escaso, puesto que sus fechas son muy cercanas entre sí. Pero es probable que se aplicara esta solución antes y después de estos años de 1490 y 1502. Piénsese que no hay ninguna razón objetiva perteneciente a la misma institución que impida permitir la

otra parte hayalo: y si en este plazo pagar no pudiere, ni pudiere haver fiador, sea entregado al acreedor: de guisa que pueda usar de su menester, y oficio, y de lo que ganare dele el acreedor que coma razonablemente; y de lo demas recaudelo, y rescibalo en cuenta de su deuda: y si oficio no oviera, y el acreedor lo quisiere tener mantengalo, y sirvase deb».

243. La V, 16,6, de la NR, coincide literalmente con la V, 13,4, de las OO. RR.

244. Cfr. la nota 255.

245. Cfr. la nota 257.

cesión de bienes en favor de un solo acreedor y que si las leyes estudian la cesión con referencia a varios acreedores sería porque este caso planteaba mayor número de problemas (la entrega de servidumbre a los sucesivos acreedores, su oposición posible a la cesión...), y, como ya se dijo, por la mayor frecuencia con que se presentaría en la práctica la cesión en favor de varios acreedores.

Así, pues, parece probabilísimo que la regulación de la prisión y de la servidumbre del deudor serían iguales en todo caso, tanto ante uno como ante varios acreedores, y que en uno y en otro supuestos se aplicaría la cesión de bienes en la forma en que ahora se verá.

B) Con independencia de las leyes que establecían las primeras exenciones personales, el más antiguo texto legal de este período en que se trata de la prisión por deudas es la ley XXI del Ordenamiento de Pedro I dado en Sevilla en 1360²⁴⁶.

246. Ley XXI del Ordenamiento de Pedro I, dado en Sevilla, 1360 (cfr. AHDE, XVII, págs. 712 y sigs.): «Que ningund omne por debda que deva sea preso, salvo en casos ciertos que en esta ley se contienen.—Otrosi, porque es contra derecho detener un omne preso a otro en carçel o en otras prisiones por debda quel deva, tengo por bien e mando que ningund omme nin muger cristianos non sean encarçelados sus cuerpos por cosa que ayan a dar ni a fazer nin por debda que devan a qualesquier personas, quier sean de diezmos, de pan o de vino, o de otra debda qualquier, maguer que ayan fecho obligaciones que los encreedores por si mesmos les puedan prender e tener en prisiones, salvo si fuere por las mis rentas e por los mis pechos e derechos, o por aver de guarda o de encomienda. o otra debda que nazca de maleficio e de dannos, e sobre fecho de mayordomadgo o almoxarifadgo que un ome tenga de otro, o por debda que devan a los mercaderes extrangelos de las mercadolias que conpran de que pagan derecho en la mi aduana, o por tutoria de huerfanos, o los carniceros o los atahoneros o taverneros que deven alguna cosa a los vezinos e merchantes por cartas o pan o vino que dellos conpran, o carpenteros o albannies o los otros maestros o collasços que toman dineros o otra cosa para fazer algunas obras o otro servicio por mar o por el río e por tierra, e por las rentas e derechos del concejo; e maguer que en el contrabto que una persona fiziere con otra se obligue a fuero e uso e costumbre de almoxarifadgo, tengo por bien que aun por tal obligacion non sea preso su cuerpo, salvo en las cosas que dichas son en

El precepto es muy interesante, puesto que intenta eliminar la prisión por deudas en Sevilla y su Arzobispado, por opinar que «non es derecho que sea preso nin encarcelado por tales debdas» el cuerpo de un hombre libre. A Pedro I le parece (además de la ya dicha opinión cuyo fundamento es más bien extrajurídico) que la medida en sí es inútil y contraproducente, «ca por esto non cobran los omes mas aina sus debdas e los debdores mueren e pierdense de fanbre en las prisiones e embargase por ello muchas vezes mi servicio que avria de los que estan asi presos».

A la vista de estas frases tan contundentes y tan pesaras esperamos leer que la prohibición de la institución estaría hecha de manera dura y rotunda y, sin embargo, lo cierto es que después de mandar que ningún hombre ni mujer cristianos puedan ser encarcelados, la ley enumera una serie amplia de excepciones que debilitan el rigor de la prohibición y acotan notablemente el campo dentro del cual vale la norma prohibitiva.

Esta ley da a entender de un modo indudable lo frecuente

esta ley; e cada uno que vende o compra o fizier otro contrabto cate primero si es abonado aquel con quien lo faze e si non tomen del buen fiador quel pague e le cunpla lo que le prometió e si non tornesse a su culpa, ca el cuerpo del ome que es libre non es derecho que sea preso nin encarcelado por tales debdas todavia dando el debdor lugar a sus bienes que quiere «cedo bonis», pero el juez ante quien fuere el pleyto reçiba jura del debdor sobre Santos Evangelios que quando oviere de que, que pagara la debda que deve o fara e conplira lo que era obligado a fazer e aconplir, e esto tenga por bien que non embargue la ley del fuero en que diz que quando algund omme es culpado de muchas debdas o de muchas culpas que si non oviere de que pagar que sea siervo fasta que pague, ca por esto non cobran los omes mas aina sus debdas e los debdores mueren e pierdense de fanbre en las prisiones e embargase por ello muchas vezes mi servicio que avria de los que estan asi presos, e tengo por bien que esta ley aya lugar non tan solamente en las debdas que fueron fechas de aqui adelante mas en todas las otras debdas que son fechas fasta aqui, maguer que algunos omnes e mugeres cristianos están presos por ello e sea dada sentencia contra ellos en que sean siervos o presos fasta que paguen, nin aunque la sentencia sea consentida o pasada en cosa judgada». El ordenamiento se dió para la ciudad de Sevilla y su arzobispado; cfr. AHDE, XVII, pág. 717.

que debía ser en la Castilla del siglo XIV el empleo de la prisión por deudas, así como lo rígido e implacable que debía ser el régimen interno de la misma, que dejaba al deudor en la malparada situación que describe el Ordenamiento. Los hombres se morían en tal cantidad en las prisiones que el rey reacciona contra la situación porque son gente que se le escapa a su servicio, hombres de los que no puede valerse. La aplicación retroactiva de la ley ordenada en su última frase hace pensar en que estamos más que ante una ley benigna y compasiva ante una medida necesaria para resolver el problema demográfico planteado en Castilla por la peste de 1348 y las guerras internas, y que estaría sin duda relacionado con la prisión por deudas más o menos en la forma siguientes ²⁴⁷: la crisis económica y demográfica provocaría abundantes situaciones de insolvencia, que al desembocar en la prisión de los deudores produciría otra disminución de la población activa, con lo que las primitivas situaciones de crisis que quedarían agravadas después de este círculo vicioso de causas y efectos todos ellos nocivos.

La ley declara como instituciones supletorias de la prisión que quiere combatir precisamente la cesión de bienes y la responsabilidad patrimonial de los posibles bienes futuros del deudor insolvente, asegurada esta última con juramento solemne del deudor. La institución de la cesión a que alude aquí Pedro I está desligada de la servidumbre del deudor, ya que él opina que con hacer la cesión y jurar cumplir lo debido «quando oviere de que», el deudor queda suficientemente vinculado y el acreedor bien protegido; y si a éste no le place la solución, «tórnese a su culpa»; esto es, sea más avisado en otra ocasión buscando fiadores del deudor o contratando tan sólo con personas solventes y, por esta vez, pague las consecuencias de su imprevisión o inexperiencia.

En cualquier caso, dada la aplicación limitada de la ley de Pedro I ²⁴⁸, en general la prisión y la servidumbre del deudor se regirían tan sólo por las normas del Derecho local y, por tanto, por el Fuero Real. Desde 1348 hasta 1458 las disposi-

247. Cfr. VIOENS VICES, J., *Op. cit.*, pág. 160.

248. Cfr. nota 246 *in fine*.

ciones del Derecho real concernientes a la prisión tratan siempre, o bien de la creación de nuevas exenciones personales, o bien de algún aspecto secundario de la institución, como, por ejemplo, las sanciones a los guardianes que facilitan o permiten la fuga del preso. En ese primer siglo no hay ninguna disposición legal que abiertamente afecte a las líneas esenciales de la prisión. Por tanto, en defecto de leyes de Cortes o de pragmáticas, se aplicaría en cuanto estuviese vivo en la práctica el Derecho local, según el orden establecido por el Ordenamiento de Alcalá. En tal situación, el Fuero Real, y sobre todo su ley III,8,2 se aplicaría en la práctica arraigando tan hondamente su uso que pasó luego al Ordenamiento de Montalvo.

C) Pero en 1458 Enrique IV pone por primera vez (para el Derecho castellano) en contacto la cesión de bienes y la servidumbre del deudor insolvente. Esta disposición es tal vez la más importante de todo el período, ya que las demás o perfeccionan el sistema en ella fijado (como hacen, por ejemplo, los Reyes en sus pragmáticas de 1490, 1501 y 1502), o conceden a ciertas personas el privilegio de estar exentas de la aplicación de la prisión por deudas ²⁴⁹.

Recuérdese que según la P. 5,15,1 ²⁵⁰ el que hacía cesión de bienes quedaba en libertad. Y que, por otra parte, la ley III,20,5 del Fuero Real determinaba que si los bienes del deudor de muchos acreedores eran insuficientes se menguaban los

249. NR., IV, 16,5. D. Enrique IV, en Madrid, año de 1458: «La forma que se deve tener en los que hacen cession de sus bienes.— Declarando la lei del Fuero el Rei Don Enrique IV, en Madrid, año de cincuenta i ocho, ordeno i mando, que aquel que hiciesse cession de sus bienes, segun forma de la dicha lei, que, después que por el deudor fuere hecha la dicha cesión, el deudor este en la carcel por nueve dias i aquellos durantes dese publico pregon como el dicho deudor esta en la carcel a peticion de fulano acreedor, i antes que sea entregado el deudor, el dicho acreedor jure en devida forma, que lo rescibe por su deudor sin simulación, i sin cautela, ni fraude, i el juez limite tiempo al deudor, que ha de servir al acreedor, i que, fenesciendo el tiempo del primero acreedor, el dicho deudor sea entregado a otro acreedor por el deudo, que pareciere que le fuere devido».

250. Cfr. nota 227.

créditos en proporción a su cuantía hasta agotar el patrimonio del deudor; pero éste quedaba libre también²⁵¹. Ninguno de estos textos admite la prisión-servidumbre del deudor insolvente de muchos acreedores, tal y como estaba admitida por la tan citada ley III, 8, 2 del Fuero Real.

Pues bien; la ley de 1458 enlaza la cesión de bienes regulada en las Partidas con la servidumbre por deuda admitida por el Fuero Real. Y ese par de figuras van a estar en vigor hasta el siglo XIX, si bien su vigencia material acabase antes.

Según la ley de Enrique IV, el deudor con patrimonio insuficiente, esto es, parcialmente insolvente, hacía cesión de bienes en favor de sus acreedores. Pero con ello no quedaba en libertad, sino que permanecía nueve días en la cárcel pública durante los cuales se pregonaba la dicha cesión para que los acreedores del deudor cedente pudiesen acudir a recibir los bienes y a recibir también al deudor, pues, en efecto, éste era entregado al primer acreedor para servirle durante el tiempo previamente fijado por el juez; y «fenescido el tiempo del primero acreedor», el deudor era entregado en servidumbre sucesivamente a los restantes acreedores.

Es posible que el legislador tuviese también en cuenta al imponer esta ley, la V,6,5 del Fuero Juzgo²⁵², o la ley equivalente del Liber, en las cuales el deudor insolvente de varios acreedores acaba siendo siervo de ellos. Pero aun así no se limita a reproducir este precepto, sino que lo enlaza con la cesión y especifica que la servidumbre es sucesiva en favor de cada acreedor y en cada caso temporalmente limitada.

D) Aunque el núcleo esencial de esta ley es claro y conciso, toda ella es poco explícita, y nos deja muy deficientemente informados del tratamiento legal dado a la prisión del deudor. Pero la institución queda perfilada por completo en cuatro importantísimas pragmáticas de los Reyes Católicos de 1490, 1498, 1501 y 1502

Todas ellas fueron recogidas en la Nueva Recopilación, pero de modo incompleto, al menos por lo que respecta a las

251. Cfr. nota 200.

252. Cfr. nota 189.

de 1490, 1501 y 1502²⁵³. La lectura en el «Libro de las Bulas y Pragmáticas», de Juan Ramírez²⁵⁴, del texto íntegro de estas tres pragmáticas facilita enormemente la comprensión, no sólo de la institución jurídica que estudiamos, sino también de la realidad social producida por las leyes anteriores y por las disposiciones mismas de los Reyes Católicos; ello permite comprender la prisión por deudas enclavada dentro de un marco social, de un conjunto de problemas a los cuales hace frente. Por eso, con la sola excepción de la pragmática de 1498, que es la I,2,13 de la Recopilación de 1567, citaremos siempre el texto de las pragmáticas tal como aparece en el citado libro de Ramírez y sólo se hará indicación de la correspondiente ley de la Nueva Recopilación castellana.

Cronológicamente la primera es la dada en Córdoba en el año 1490, día 26 de julio²⁵⁵. En ella se ordena algo que a primera vista parece trivial y de escaso interés: que el deudor que haya hecho cesión de bienes en favor de sus acreedores, lleve al cuello una argolla de hierro por encima de la ropa y plenamente visible. Pero leyendo la primera parte de la pragmática se observa que los reyes pretenden con tal medida evitar una serie de fraudes que ellos mismos denuncian. Los deudores habían hallado el modo de burlar la ley y de transformar la

253. Son, respectivamente, las leyes de NR. siguientes: V, 16,6; I, 2,13; V, 16,7; V, 16,8; las de 1490, 1501 y 1502 son más importantes y forman un conjunto homogéneo; por eso son correlativas en la NR. La de 1458, esto es, la I, 2,13, de la NR., no aparece recogida en el *Libro de RAMÍREZ*, seguramente por no ser pragmática.

254. De esta obra hay tres ediciones en la Biblioteca Nacional, aunque en ninguna de ellas aparece el nombre de Juan RAMÍREZ ni ningún otro como autor de la colección. La primera de estas tres ediciones es de 1528 y está hecha en Alcalá; la segunda, es de Valladolid, 1540; la tercera, de Medina, 1459. Todas ellas llevan, además, Apéndices interesantes. (Cfr. B. Nacional, signaturas R 10585; R 9261; R 14087.)

255. Es la pragmática 78 del *Libro*, de RAMÍREZ. También aparece íntegramente copiada, aunque sin mencionar de dónde la toma y con variantes de ortografía, respecto al texto de RAMÍREZ, en GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos*, Apéndice VIII, Madrid, 1935, pág. 379.

servidumbre del deudor-cedente en una encubierta situación de plena libertad. Lo lograban simulando un acreedor preferente al cual se entregaba el deudor, defraudando así a los

Su texto es el siguiente: «Don Fernando e doña Isabel por la gracia de Dios Rey e Reyna de Castilla, de Aragón... .. a los del nuestro Consejo, e oydores salud e gracia. Sepades que a nos es hecha relación que muchas personas dessas dichas cibdades e villas e lugares para hazer sus tratos e mercaderias e para se aprovechar de lo ajeno, o para otras cosas que les cumplan toman prestado, o fiado, o por otras vias de contratos, dineros y sedas y paños y azeytes y pan y otras cosas. E assi mismo muchos cambiadores y mercaderes reciben en sus cambios y tratos, dineros y mercaderias y otras cosas en guarda y para tratar, y desque lo han recebido hazen quiebra en sus tratos, e quando se veen aquexados de sus acreedores fazen cession de sus bienes y renuncian la cadena y ponense por prissioneros de algunos de aquellos a quien deven las dichas deudas, y algunas vezes lo hazen cautelosamente por defraudar con favor de un acreedor simulado a otros verdaderos creadores, y con esto andan libres e sueltos por donde quieren, y bien les viene. E no se contentan de las tales cautelas y fraudes que han hecho a aquellos que dellos han fiado: y tornan algunas vezes a hazer otras a otros lo qual es causa que el trato se disminuya y muchos de nuestros subditos reciben daño en sus hazien- das. E porque a nos como rey y reyna en lo tal pertenece proveer y remediar, mandamos con acuerdo de los del nuestro Consejo dar esta carta en la dicha razon. La qual queremos y mandamos que haya fuerza y vigor de ley, bien assi como si fuesse fecha en Cortes. Por lo qual ordenamos y mandamos que qualquier mercader o cambiador o otra qualquier persona que fiziere cession de bienes e renunciare la cadena por qualquier, o qualesquier deudas que deva a qualquier o qualesquier concejos, universidades y personas de qualquier estado o condicion, preheminencia o dignidad que sean, desde luego ante el juez, o alcalde que fiziere la cesión de bienes, o renunciación de la cadena, y dende en adelante hasta que se parta de la tal cesion o dé fianças de pagar a estos acreedores realmente y con efecto, haya de traer y traya al cuello una argolla de hierro tan gorda como el dedo, continua e abiertamente sobre el collar de jubon y sin cobertura alguna sobre ella, y si no la traxere en la manca que dicha es, que cada y quando fuere hallado sin ella, o la truxere encubierta, que pueda ser e sea preso y puesto en la carcel publica, y se haga la execución en su persona y en sus bienes; y que no goze de la cesion de bienes y renunciacion de la cadena que hizo y que los creadores a cuyo pedimento se hizieron las tales execuciones se prefieran e sean mayores en derecho para cobrar sus deudas primero que aquel a quien fuere

verdaderos acreedores. Y como el acreedor fingido no ejercía realmente el vínculo de la servidumbre respecto al deudor, éste contraía nuevas obligaciones que no pagaba, excusándose en su situación de deudor cedente y en servidumbre. De este modo la prisión, la cesión y la servidumbre eran meramente aparentes y por completo ineficaces.

Para remediarlo, los Reyes Católicos arbitran esta medida de publicidad por la cual el deudor que estuviera en situación de servidumbre podía ser fácilmente reconocido, y así nadie aceptaría contratar con él ni le daría ningún crédito, con lo que se evitarían parte de los fraudes señalados antes. Pero pensemos que lo que no se combate con esta medida es la entrega a un acreedor simulado, cuestión ésta que debe desenmascarar el juez ante el que se solicita por el deudor la cesión de sus bienes, y precisamente en el momento de ir a entregar el preso a sus presuntos acreedores.

En esta pragmática aparece una frase muy significativa y que además se usó en la práctica y en la literatura jurídica de modo unánime: «renunciar la cadena». Quiérese decir con ella que el deudor cuyos bienes eran insuficientes en el momento de realizar la ejecución patrimonial era apresado inmediatamente y yacía en la prisión hasta que lograba pagar o hasta que hacía cesión de bienes. En este último caso quedaba libre de la prisión (en sentido estricto) y era entregado en servidumbre a sus acreedores, según lo establecía la ley de 1458 ya vista. Pues bien; a ese tránsito de la prisión en cárcel pública a la prisión en servidumbre de acreedores se llama en Castilla la renuncia de la cadena con una imagen fácil de explicar: el deudor ya no está preso, sujeto físicamente por una cadena a los pies y a las manos, sino que queda materialmente desligado, si bien en situación de plena sujeción jurídica respecto a sus acreedores.

El cambio de situación parece ventajoso para el deudor, pues

entregado quando hizo la tal cesión de bienes. E porque lo suso dicho sea notorio, mandamos que esta nuestra carta sea pregonada publicamente Dada en la muy noble ciudad de Cordova, XX o VI dias del mes de julio, año del nascimiento de nuestro Salvador Jesu Christo, de mil y quatrocientos y noventa años».

mientras estuviera preso sin hacer renuncia de la cadena no hace nada para conseguir de nuevo la libertad, no se redime, y, por el contrario, en la situación de servidumbre va pagando con su trabajo la deuda o deudas y recuperando poco a poco, día a día, su libertad.

La cesión de bienes es la pieza que sirve de paso de una situación a otra, de la mera prisión coactiva a la prisión servidumbre; y decimos prisión coactiva, porque, en efecto, lo que con ella se pretende es precisamente eso: forzar al deudor a que haga cesión de sus bienes y pase a servidumbre de los acreedores, ya que éstos también prefieren esta segunda situación con la que tal vez adquirirían algunos bienes del deudor (o, mejor, su valor en dinero) en pago de sus créditos, y, además el gratuito trabajo del deudor cedente. Nótese, pues, que la cesión de bienes es un remedio voluntario, un beneficio directo al deudor, y que ni en la ley de 1458 ni en la pragmática de 1490 el deudor era obligado ineludiblemente a otorgarla, sino tan sólo coaccionado a ello a través de la prisión.

Acabamos de decir que la cesión de bienes y el tránsito de la prisión coactiva a la prisión servidumbre reportaba un beneficio para el deudor, pues le permitía recobrar paulatinamente su libertad, o, mejor dicho, acercarse al día de su completa liberación gracias a su trabajo en favor de los acreedores. Sin embargo, la pragmática de 1501, dada por don Fernando y doña Isabel de Granada, demuestra que la mayoría de los deudores rechazaba este teórico y aparente beneficio ²⁵⁶.

256. Pragmática 80 del *Libro...*, de RAMÍREZ: «Don Fernando e doña Ysabel, por la gracia de Dios Sepades que a nos es hecha relación que muchas personas toman mercaderias fiadas y arriendan rentas y tienen otras diversas contrataciones: de las quales quedan a dever deudas y porque no les fallan bienes desembargados en que les hazer la execución: vos las dichas nuestras justicias mandays prender sus personas: y diz que después de averiguada y conocida la deuda los tales deudores se dexan estar en la carcel mucho tiempo por que alli les dan de comer y aun muchos dellos de la carcel negocián lo que les cumple: y como quier que los creadores piden que gelos entreguen: las nuestras justicias dizen que no lo pueden fazer porque el deudor no ha renunciado la cadena y hecho cesion de bienes: y assi estan las carceles llenas de presos por deudas y los cree-

En efecto; una relación que los reyes tiene a la vista les informa de que los deudores presos por insolvencia, una vez reconocida la deuda por la cual son apresados (o las deudas), en lugar de hacer cesión de bienes y renuncia de la cadena, «se dexan estar en la carcel mucho tiempo porque allí les dan de comer». El deudor prefería la comida sin libertad física, que la entrega en servidumbre a unos acreedores que probablemente no lo tratarían con demasiada benevolencia. Por ello no hacen cesión de bienes, y no haciéndola aunque los acreedores pedían a «las justicias» que les fueran entregados los deudores presos, aquéllos respondían que no podían darles los deudores, porque éstos no habían hecho uso del beneficio de cesión ni «habían renunciado la cadena». «Y assi estan las caceles lle-

dores por pagar, de que se crece mucho daño. E nos queriendo proveer y remediar sobre ello como cumple a nuestro servicio y administración de nuestra justicia mandamos dar esta nuestra carta y pragmática sanción: la qual queremos y mandamos que haya fuerza y vigor de ley como si fuesse hecha y promulgada en Cortes. Por la qual ordenamos y mandamos que qualquier persona que estoviere preso por deuda, dentro de seys meses despues de liquidada la deuda: pague y cumpla todo lo que es obligado a sus creadres. E si dentro de los dichos seys meses no cumpliere sea obligado a renunciar la cadena y sino la renunciare: que passado el dicho tiempo nos la avemos por renunciada. E vos las dichas nuestras justicias hechas las diligencias que la ley manda: aunque el no renuncie la cadena le entregueys y fagays entregar al creador que primero segun derecho deva ser pagado para que le sirva por la deuda que le devia segun la forma de la dicha ley: dende en adelante a los otros: como si oviessen renunciado la dicha cadena y assi lo juzgueys y determineys de aqui adelante como en esta nuestra carta se contiene: y mandamos que con los suso dichos que assi por virtud desta nuestra carta han de ser entregados a sus creadres: se guarde y execute nuestra pragmática que habla de la manera que han de tener en el traer de la argolla, como si ellos mismos oviessen renunciado la cadena de su voluntad. E otrosi mandamos que lo contenido en esta nuestra carta pragmática sanción se guarde y execute en los que oy dia están presos: al presente deven o devieren algunas deudas: de manera que a lo presente y pendiente se entienda. E porque a todos sea notorio y ninguno pueda pretender ignorancia mandamos que esta nuestra carta sea pregonada Dada en la cibdad de Granada a diez y ocho dias del mes de octubre año del nascimiento de nuestro Salvador Jesu Christo de mil y quinientos un año».

nas de presos por deudas y los acreedores por pagar, de que se crece mucho daño».

En ésta, como en tantas otras ocasiones, un derecho o un beneficio jurídico es realmente odioso para el presunto beneficiario o titular; la situación social y económica modifica los derechos y los transforma en penosas posibilidades de obrar que son rechazadas por quien debiera —en apariencia— gozosamente ejercitarlas.

En este caso concreto la pragmática de 1501 actúa enérgicamente. La cesión de bienes se considera automáticamente hecha por el deudor preso al cabo de seis meses de liquidada la deuda, aunque el deudor no solicite ni quiera hacer la cesión. Esta ya no es, como en las leyes de Partidas, un beneficio para el deudor, sino todo lo contrario, una medida coercitiva contra él realizada en beneficio del acreedor o acreedores. Y ello es así porque la cesión lleva consigo, según vimos, la «renuncia de la cadena», y los acreedores prefieren tener al deudor en servidumbre que no en la cárcel pública, donde no les reporta beneficio alguno. Y el legislador, atendiendo a conseguir la satisfacción de los acreedores aun en contra de la voluntad del deudor, obliga a éste a pasar a la situación de servidumbre, previa entrega de los bienes en cesión y tras hacer con ello la consiguiente «renuncia a la cadena». El paso de la prisión coactiva a la prisión servidumbre es ya automático y necesario, y la cesión y la renuncia ya no son beneficio de los que el deudor pueda o no hacer uso, sino meros trámites que ha de realizar, porque la ley le fuerza a ello.

Las otras dos pragmáticas de los Reyes Católicos, las de 1498 y 1502, son menos importantes, aun siéndolo también. La de 1502 está en íntima relación con la de 1490, y la de 1498 regula un problema más particular y desde luego independiente de los tratados por las otras tres pragmáticas.

La de 1502²⁵⁷ comienza por demostrarnos que la de 1490

257. Pragmática 79 del *Libro...*, de RAMÍREZ: Don Fernando y doña Ysabel, por la gracia de Dios ... Sepades que nos mandamos dar y dimos una nuestra carta y pragmática sancion firmada de nues-

no se cumplía. Es decir, que pese a la medida de obligar al deudor en servidumbre a llevar una argolla al cuello, los deudores continuaban entregándose fraudulentamente a acreedores simulados o a un acreedor por más tiempo del debido. Para evitar este fraude ni la medida de publicidad introducida en 1490 servía, ni la pragmática de 1502 aportó ninguna solución eficaz. En ésta lo único nuevo que se ordena es que

tros nombres y sellada con nuestro sello y librada de los del nuestro Consejo, su tenor de la qual es este que se sigue: (aquí transcribese íntegramente el texto de la pragmática dada en Córdoba, en 1490; cfr. nota 255). E agora nos es hecha relacion que contra el tenor y forma de la pragmática y en fraude della acaece que alguna persona tiene diversos creedores y que haviendo hecho la dicha cesion de bienes y deviendo traer la dicha argolla de la manera que dicha es, y ser entregado a cada uno dellos sucessivamente segun la calidad de su deuda y segun el tiempo que oviere que gela deve: diz que escoje de los dichos creedores el que piensa que le sera mas grato a quien se entregue e se esta en su poder uno y dos y diez y quince años y mas unas vezes aviendole pagado y diziendo que todavia deve la dicha deuda: y otras vezes sin le pagar: y que desta manera a todos los creedores quedan defraudados (*sic*) y la republica dello recibe daño: E porque nuestra merced e voluntad es de lo mandar proveer e remediar, enel nuestro Consejo fue acordado que debíamos mandar dar esta nuestra sobre carta en la dicha razon y nos tovimos lo por bien: Por la qual vos mandamos que veades la dicha nuestra carta que de suso va incorporada: y la guardedes y cumplades y executades y fagades guardar y cumplir y executar en todo y por todo según que en ella se contiene: y en guardandola y cumpliendola cada y quando alguno oviere hecho la dicha cesion de bienes y toviere mas de un creedor: si el primer creedor en derecho no hiziere echar la dicha argolla al dicho deudor y para que la traya según que en la dicha nuestra carta se contiene dentro de seys dias despues que fuere requerido: passeys y entregueys el dicho deudor al acreedor que segun derecho deve ser primero entregado: y si aquel no le echare la dicha argolla segun dicho es lo passeys y entregueys al otro creedor que como dicho es luego deviere ser entregado. E desta manera a los otros sus creedores subcessive uno en pos de otro hasta que todos sean contentos y pagados de lo que assi les deviere el dicho deudor. E los unos ni los otros no fagades ni fagan ende al por alguna manera, so pena de la nuestra merced y de diez mil maravedis para la nuestra camara. Dada en la muy noble cibdad de Sevilla a doze dias del mes de hebrero. Año del nascimiento de nuestro Señor Jesu Christo de mil y quinientos y dos años».

si un acreedor «no echa la argolla» a su deudor cedente, éste ha de pasar a poder del siguiente acreedor como si con el anterior ya estuviese cumplido. Lo cual es tan sólo una insistencia para reforzar el uso de la argolla al cuello como medida de publicidad para proteger a posibles ulteriores acreedores que serían defraudados; pero, desde luego, con esto no se evita en modo alguno que un acreedor fraudulento o simulado reciba al deudor, lo tenga aparentemente preso o lo retenga, de acuerdo con el deudor, más tiempo del fijado por el juez.

No hay duda de que los intentos de incumplir la institución de la servidumbre eran muy frecuentes, al menos en esos años de 1490 a 1502, y, probablemente, desde mucho antes. La reacción de la sociedad ante estas disposiciones legales fue hostil, y la servidumbre del deudor no debió gozar nunca de simpatías. Quizá se la considerase excesiva, y por ello se procuró sortear las leyes, bien buscando razones jurídicas en contra de la prisión servidumbre²⁵⁸, bien presionando para lograr privilegios de exención o, en la mayoría de los casos, sin amparo legal alguno; esto es, engañosamente, falseando las situaciones de hecho.

En esta misma línea hay que entender la pragmática de 1498, o sea, como reacción legal contra otro intento de eludir el cumplimiento de las leyes sobre prisión del deudor. Uno de los medios con apariencia de legalidad utilizados para burlar la servidumbre y la prisión fué buscar amparo en los lugares sagrados. Y la pragmática de 1498²⁵⁹ declara que

258. Actitud esta muy frecuente en los juristas como se expondrá en seguida.

259. NR. I, 2,13 (=NoR, I, 4,2): «Modo de extraer de la Iglesia los deudores retraídos por causas civiles.—Porque conforme a Derecho, los que tienen obligadas sus personas por qualesquier deuda que deban, aunque después de hechas las tales obligaciones, por no pagar lo que así deben, se retraen y acogen a las Iglesias y Monasterios, creyendo por aquello han de gozar de la inmunidad eclesiástica, y que no pueden ser sacados de los lugares sagrados; declaramos que no pueden ni deben gozar de la tal inmunidad para se excusar de dexar de pagar las dichas deudas que deben; y que dada y rescibida por el juez seglar seguridad, que no procederá contra el tal deudor o deudo-

los deudores no gozan de la inmunidad eclesiástica cuando se protegen en lugar sagrado para no pagar lo que deben, sino que han de ser entregados por la autoridad o el juez eclesiástico al juez secular, y que si aquéllos no lo hicieran, las justicias reales podrán sacar a los deudores del lugar sagrado y retenerlos en prisión a partir de entonces y hasta que paguen. Hemos encontrado ^{259 bis} en el Archivo General de Si-

res a pena criminal ni corporal, que pueden y deben ser sacados de las Iglesias, y puestos en la carcel seglar; mayormente acotadas las leyes y costumbres antiguas de estos reynos que permiten que los deudores sirvan a sus acreedores hasta que sean pagados y satisfechos de sus deudas. e si el juez eclesiástico, requerido con la dicha seguridad, no quisiere sacar el tal deudor o deudores y entregarlo al juez seglar, que el mismo juez seglar, sin escandalo y sin lesion de la persona de dicho deudor, le pueda sacar de la Iglesia donde estuviere, y llevarlo a su carcel publica; y alli, sin le dar por ello pena alguna corporal, determine sobre la dicha deuda justicia.».

259 bis. AGS, Diversos Castilla, legajo 1, fol. 70: «Que los deudores no gocen de la inmunidad eclesiástica para no pagar sus deudas.—El Rey e la Reyna.—Venerables provisos e vicarios e otros juezes eclesiásticos del Arçobispado de Toledo e de los Obispados de Palencia e Salamanca e de las Abadías de Valladolid e Medina del Campo, e a cada uno de vos a quien esta Cédula fuere mostrada: Pedro de Quintanadueñas e Hernando de Quintanadueñas, mercaderes vezinos de la çidad de Burgos, nos hizieron relacion que ellos ovieron fiado a Tristan Sanches Cota, e a Bernardo Diaz, joyero, e a Garçia de Arevalo e Alonso Nuñez e a Gutierre Garçia e a Garçia Lopez, su hermano, e a Pedro del Castillo, e a Garçia de la Peña, e a Pedro de San Pedro, vezinos de la çidad de Toledo, e a Alonso de Cuéllar, e a Alonso de Caçeres, cambiador, vezinos de la dicha villa de Medina, e a Bernardino de Cuéllar, vecino de Madrid, e a Pedro de Bonifaz, vecino de Valladolid, e a Gonçal de Sant Llorente, de Cordova, muchas sumas de maravedís de mercaderías que dellos e de sus fatores ovieron comprado, fiadas para se las pagar a çiertos plazos, que diz que son pasados; e diz que los sobre dichos sus deudores se han alçado con las dichas sus mercaderías e estan metidos en algunas yglesias e monasterios destas dióçesis por no les pagar lo que ansi les deven, por lo qual diz que han caydo e yncurrido en las penas contenidas en las leyes e prematycas de nuestros reynos, que çerca desto disponen; e nos suplicaron çerca dello les mandasemos proveer de remedio con justicia, o como la nuestra merçed fuese; e por que, visto e platicado en el nuestro Consejo, se falló que de derecho los que tyenen obligadas sus personas por qualesquier debdas, aunque despues de fechas

las tales obligaciones; por no pagar lo que deven, se retrayan e recogían en las yglesias e monasterios, creyendo que por aquello han de gozar la ynmunidad eclesiastica, que no pueden ser sacados de los lugares sagrados, que no deven ni pueden gozar de tal ynmunidad para escusarse de pagar las deudas que deven, e que dada e recibida por el juez seglar seguridad que no proçederá contra el tal deudor o deudores a pena criminal ni corporal, puedan e devan ser sacados delas yglesias e puestos en la carçel seglar; mayormente acatadas las leyes e prematycas destos mis reynos que disponen que los deudores sirvan a sus acreedores fasta que sean pagados e satisfechos de sus deudas. E otro sy fue fallado que los bienes que ponen e meten en las yglesias los tales debdores pueden y deven ser sacados dellas para pagar las debdas que deven. E otro sy que sy el juez eclesiastico requerido desta manera no quisiere sacar al tal debdor o deudores o entregarle al juez seglar, que el mismo juez seglar sin escandalo e syn lison de la persona del dicho debdor, lo pueda sacar de la dicha yglesia donde ansi estoviere retraydo, e llevarle a su carçel publica, e que allí syn le dar pena alguna corporal, fagan sobre la debda lo que fuere justicia. Por ende, nos vos encargamos e rogamos que cada e quando que fueredes requeridos por parte de nuestras justicias o de los dichos, constandovos que los sobre dichos sus debdores están obligados por sus personas e bienes, no dando o no pareciendo bienes suyos que basten para la dicha debda, aunque esten metydos e retraydos en qualesquier yglesias o monesterios, por no pagar la dicha debda, los saqueis dellas e los entregueis a las nuestras justicias, con tanto que se vos dé primero por el nuestro juez seglar que desto oviere de conocer, seguridad que no seran pugnidos criminal ny corporalmente, pero que los ternan presos fasta que paguen e cumplan lo que son obligados; e ansy mismo saqueis de las dichas yglesias e monesterios los bienes de los dichos debdores e de sus fiadores que estovieren puestos en ellas, para que cumplan e paguen lo que pareciere que devieren; e mandamos a qualesquier retores, curas, clérigos de las tales yglesias, o otros ministros dellas, que vos dexen e permitan sacar los tales bienes e mercaderías de los dichos debdores, por que dellos e de su valor sea pagada la dicha debda en lo qual allende de hazer lo que de justicia soys obligados, lo residiremos en servicio. E otro si mandamos, que si seyendo requeridos vosotros o qualquier de vos, dando la dicha seguridad como dicho es, no sacardes los dichos debdores e a sus bienes de las dichas yglesias e monesterios, do estovieren retraydos, para que sobre la dicha debda se faga justicia como dicho es, o no dierdes licencia e permitierdes que sean sacados de las dichas yglesias e monesterios segund e para lo que dicho es, por la presente damos licencia a las dichas nuestras justicias o a qualquier dellas en sus lugares e jurediciones, que los saquen syn escandalo e syn lison corporal alguna del tal debdor, e le pongays en su carçel,

para que sobre la dicha debda fagan justicia dellos sus creadores, ansy como sy no estoviesen acogidos ni retraydos en las tales yglesias e monesterios, e otros lugares sagrados como dicho es; e los unos e los otros non fagades ende al.» Va sin fecha; pero por su semejanza con el documento siguiente, hay que fecharlo aproximadamente en torno a 1503.

AGS, Diversos de Castilla, leg. 2, fol. 31: «Que los deudores que se retraen a las yglesias con sus bienes sean sacados de ellas por los jueces eclesiasticos.—Madrid, 6 de agosto de 1503.—Reyna Catholica. Carta acordada para los deudores que se retraen a las yglesias.—La Reyna.—Provisores e vicarios e otros qualesquier jueces eclesyasticos, asi de la muy noble çibdad de Toledo, como de todas las otras çibdades, villas e logares de los mis reynos e señoríos: Francisco Gutierrez, vesino de la dicha çibdad de Toledo, me hizo relacion por su petiçion, disiendo que Diego de Yllescas, vesyno de la dicha çibdad, le deve, e es obligado a dar e pagar por contrato publico que tenía, syen mill maravedís, de çierta mercadurya que dél compró; el qual dis que por no gelos pagar se fué e absentó, e se ha retraydo en algunas yglesias e monesterios destos mis reynos e señoríos, e metydo en ellas quanta asienda tiene, quel no ha podido aver ni cobrar dél lo que asi considera le deve, seyendo pasados los plasos; en lo qual diz que él a rescibido e rescibe mucho agravio e daño; e me suplicó e pidió por merçed çerca dello, le mandase proveer de remedio con justicia o como la mi merçed fuese; lo qual visto e platicado por los del mi Consejo se halló, que, de derecho, los que deven qualesquier debdas, e por no les pagar se retraen a las yglesias e monesterios creyendo que por aquello han de gosar de la ymunidad eclesyastica e que no pueden ser sacados de los logares sagrados, que no pueden ni deven gosar de la ymunidad para escaparse e dexar de pagar las debdas que asy devan, como dicho es; e dada e rescibida por el juez seglar seguridad que no procedía contra el tal debdor o debdores a pena criminal ni corporal, pueden e deven ser sacados de las yglesias y monesterios, e puestos en la carçel seglar, mayormente acatadas las leyes e prematicas destos mis reynos en que mandan que los debdores syrvan a sus acreedores fasta que sean pagados e satysfechos de sus debdas. E otro sy fue hallado e acordado que los bienes que ponen e meten en las yglesias los tales debdores pueden e deven ser sacados dellas para pagar las debdas que deven. Otro sy que si el juez eclesiastico, seyendo requerido desta manera, no quesyere sacar el tal debdor o debdores e entregarle al juez seglar, quel mismo juez seglar syn escandalo e syn lision de la persona del tal debdor, le pueda sacar de la yglesia donde estuviere, e llevarle a su carçel publica, e que yo vos encargo e mando que cada e quando fueredes requeridos por parte de las mis justicias e del dicho Francisco Gutierrez sobre lo suso dicho, constandovos cómo por las dichas obligaciones esta obli-

gado su persona e bienes, no pareciendo bienes del dicho Diego de Yllescas que basten para pagar la dicha debda, aunque esté metydo e retraydo en qualesquier yglesias e monesterios por no pagar la dicha debda, lo saquyeis dellas, e lo entregueys a las mis justicias, con tanto que se dé primeramente seguridad por el mi juez seglar, que dello oviere de conoscer, que no será punido criminal ni corporalmente para que le tengan preso fasta que pague e cunpia lo que es obligado, e asy mismo saqueys de las dichas yglesias los bienes e mercaderias quel dicho Diego de Yllescas tuviere puestos en ellas para que dellos se cumpla e pague lo que así es obligado a pagar; e mando a qualesquier rettores, e otros ministros de las tales yglesias e monesterios, que vos dexen e permitan sacar los tales bienes e mercaderias del dicho debdor, porque dellos o de su valía sea pagado el dicho Francisco Gutierrez, su creador, de lo que verdaderamente fuere devido, lo qual allende de hacer lo que de derecho soys obligados, lo rescibiré en servicio; e otro sy mando que sy seyendo requeridos vosotros e dando la dicha seguridad como dicho es non sacaredes el dicho Diego de Yllescas debdor, e sus bienes, de la yglesia o monesterio donde estuvieren retraydos para que de la dicha debda se haga justicia como dicho es, e non dieredes licencia e permitierdes que sea sacado de las dichas yglesias y monesterios segund e para lo que dicho es, por la presente mando a las mis justicias o a qualquier dellos, en sus lugares e jurisdicciones, que saquen syn escandalo e syn lisyion corporal alguna al dicho Diego Yllescas, e lo pongan en su carçel; e asi mismo saquen los dichos sus bienes para que sobre la dicha debda dél hagan justicia al dicho Francisco Gutierrez su acreedor bien asy como sy no estuviese acogido ni retraydo en las dichas yglesias e monesterios e lugares sagrados, como dicho es; e non fagadas ende al. Dada en la villa de Madrid a seis dias del mes de agosto de mill e quinientos e tres años.—Yo la Reyna (firma autógrafa).—Por mandado de la Reyna, Gaspar de Grizion.

El fraude en cuestión debía ser muy frecuente; tanto, que en 1559 las Cortes presentan al Rey la siguiente petición (C. de L. y C., V, pet. 42, pág. 828): «Otrosi pedimos que por los muchos inconvenientes que se siguen que son notorios de que los deudores defrauden a sus acreedores yendose a las yglesias, y aunque está proveydo por leyes destes reynos que requiriendo a los jueces eclesiásticos se puedan sacar de las yglesias los tales deudores que se retraxeren a ellas sin les poder poner pena corporal, sino solo hacer pagar las deudas. Suplicamos a V. M. mande encargar a los perlados y a los obispos destes, tengan hecha general provisión para que los tales deudores sean sacados de las tales yglesias porque con las yr a pedir quando el caso ocurre se sigue que entre tanto que se concede, los deudores se van, y los acreedores pierden sus deudas; lo qual cessaria si estubiese generalmente permitido y otros incombenientes que de no estar proveydo

mancas dos sentencias de los Reyes Católicos en 1503 en las que se aplica esta pragmática para resolver dos problemas concretos, consistentes, en el amparo fraudulento de los deudores en lugares sagrados; el procedimiento engañoso de los deudores debía ser muy frecuente

E) Otras importantes disposiciones sobre la prisión por deudas son las dadas por Felipe II en 1566 y 1590.

La pragmática de 1566²⁶⁰ establece el orden a seguir en el embargo de bienes para la ejecución forzosa patrimonial: primero se ejecutarán los muebles; luego, los inmuebles. Ahora bien; cuando se embarguen los bienes inmuebles el deudor propietario es obligado a presentar fiador de saneamiento; esto es, persona que responda con sus bienes en el caso de que los del deudor fueran insuficientes, y si el deudor no lograba presentar fiador de saneamiento era apresado, «no siendo tal que conforme a las leyes de estos reynos no pueda ser preso por deuda». La prisión que esta disposición fija es meramente coactiva para forzar a que se dé fiador de saneamiento. Pero no dándolo, y puesto que las pragmáticas antes comentadas seguían en vigor, el deudor al cabo del tiempo prescrito sería obligado a hacer cesión de bienes y a renunciar la cadena, con lo que la prisión por falta de fiador de saneamiento es una antesala del otro tipo de prisión antes expuesto.

se siguen.—A esto vos respondemos que esto está bien proveydo; y que aquello mandamos que se guarde».

He aquí, claramente manifestado por los mismos hombres del siglo XVI, una de las puertas por las que la prisión dejaba de cumplirse; luego veremos otros procedimientos ideados con la misma finalidad.

260. NR., IV, 21,19 (= NoR, XI 18,12). «D. Felipe II, año de 1566.—Modo de proceder en las execuciones hasta hacer el remate y pago.—Porque por no estar declarado por leyes de estos reynos la forma que se ha de tener en las execuciones que se hacen de los contratos públicos, y de otras escrituras que traen aparejada execución, ha habido y hay diferentes estilos; ordenamos y mandamos, que quando se pidiere alguna execucion, y al juez le pareciere, que la escritura, o recaudo, por que se pide, debe ser executada, dé su mandamiento de execución, sin citar a la parte executada para ello, mandando por el, que se haga la execucion en bienes muebles, y a falta dellos, en bienes raices con fianzas de saneamiento, y que en defecto de las dichas fian-

Análoga es la prisión decretada por la pragmática de 1590 ²⁶¹. Se trata aquí de una medida preventiva respecto al deudor que propone hacer «pleyto de acreedores» (esto es, cesión voluntaria de sus bienes probablemente sin necesidad de proceso declarativo previo), o que pide de los mismos acreedores el beneficio de espera. Tal deudor ha de permanecer en prisión hasta ver si sus bienes son suficientes, o hasta dar fianzas «legas, llanas y abonadas» de pagar sus deudas.

Pero obsérvese que en estas dos normas legales no se habla para nada de la servidumbre del deudor, y que, por tanto, las más modernas leyes castellanas que regulan la prisión servidumbre son las de los Reyes Católicos ya vistas. Bien es

zas sea preso el deudor, no siendo tal que conforme a las leyes de estos reynos no pueda ser preso por deuda».

261. N. R., V, 19,7 (= NoR., XI, 32,7).—D. Felipe II, en San Lorenzo, por pragmática de 18 de julio de 1590. Los deudores que hicieron cesión de sus bienes, o compromisos para remisión o espera de sus deudas, esten presos hasta que se acaben los pleytos.—Ordenamos y mandamos que qualquiera persona natural y extrangera destos reynos, de qualquiera condicion que sea, que tenga el trato de mercader de qualquier genero, y qualquiera hombre de negocios que trata de dar y tomar cambio, y qualquier cambio publico, o sus agentes y factores de todos los suso dichos o de qualquiera de ellos, que tratare de hacer o hiciere iguala o compromiso para remisión o esperas delas deudas que debiere, o hiciere pleyto de acreedores, dexando sus bienes para que sean pagados de ello aunque no se ausenten ni metan en lugar sagrado, ni se le pruebe haber escondido bienes algunos, luego en tratando qualquiera cosa de las suso dichas, sea preso y este con prisiones en la carcel publica; las quales no se le puedan quitar, ni pueda ser suelto ni dado en fiado por ninguna manera, así por las justicias ordinarias como por los jueces e tribunales superiores, hasta tanto que los dichos pleytos de acreedores y compromisos e conciertos, y sobre lo que ello se hobiere de juzgar y determinarse, se acaben y fenezcan de todo punto o por todas instancias; y siendo acabados, el dicho deudor, que ansi estuviere preso, haya dado y diere fianzas legas, llanas y abonadas de pagar sus deudas a plazos y tiempos, y en la cantidad que por la mayor parte de los dichos acreedores en número o cantidad les fueren dados, con que los dichos plazos no pueden exceder de cinco años; y ninguna persona pueda ser oída sobre y en razon de todos los dichos pleytos o qualquier dellos, hasta que este preso y con prisiones en la carcel publica, como dicho es».

verdad que la ley III,8,2 del Fuero Real pasa no sólo a las Ordenanzas Reales de Castilla, sino también a la Nueva Recopilación, aunque ya no a la Novísima. Como a esta última Recopilación tampoco pasa la ley de 1458 de Enrique IV, ni las pragmáticas de 1490, 1501 y 1502, hay que pensar que a principios del siglo XIX ya no se aplicaba la prisión servidumbre, y que la oposición práctica expuesta aquí en contra de las citadas leyes y pragmáticas (y en contra, por tanto, de la prisión servidumbre), acabó triunfando.

Ahora bien: ¿cómo se logró tal triunfo? ¿Cuándo desapareció la prisión servidumbre y qué pasó entonces con la prisión coactiva?

Para contestar a estas preguntas con cierta exactitud hemos de examinar la literatura jurídica en torno a las leyes y pragmáticas ya estudiadas. La doctrina de los siglos XVI y XVII ayuda también a conocer cómo se resolvían problemas no previstos por el legislador. Además hay que exponer quiénes eran los privilegiados que no estaban sometidos al régimen de la prisión. Con todo ello quedarán claros sus perfiles durante el tiempo en que estuvo prácticamente vigente, y se comprenderá el proceso seguido en su desaparición.

3. *Doctrina de los juristas sobre la cesión de bienes y la prisión del deudor.*

Se estudia aquí la literatura jurídica en cuanto se ocupa de los problemas tratados en el anterior apartado de este mismo capítulo ²⁶². ¿Qué nos dicen, pues, sobre estos temas los juristas de los siglos XVI y XVII?

A veces se limitan a glosar las leyes interesantes para la institución que estudiamos sin añadir al contenido de la norma

²⁶². El orden seguido en la presente exposición pretende combinar el examen sistemático y el cronológico de los problemas. Por eso aquí se estudian las obras doctrinales respecto a cuestiones ya vistas, precisamente para completarlas y comprenderlas mejor. Después se expondrá lo relativo a las exenciones personales, tanto en las fuentes legales como en las doctrinales, y, finalmente, a base de estas últimas, será estudiado el problema de la desaparición de la prisión por deudas.

ninguna idea que la desarrolle o explique ²⁶³. En otras ocasiones la labor del jurista es de puro adorno barroco, limitándose a repetir lo ya dicho por autores anteriores a él, pero citándolos profusamente, haciendo así gala de erudición y de ausencia de ideas propias ²⁶⁴. Pero en la mayoría de los casos cada autor apunta algún dato informativo o algún parcial y personal punto de vista; e incluso los hay —y son acaso los más interesantes— que expresamente se refieren a cómo se lleva a la práctica lo dispuesto en las leyes y a cómo se resuelven algunas lagunas legales ²⁶⁵.

263. Tal es el caso de Diego PÉREZ DE SALAMANCA, en su *Commentaria in quatuor priores libros ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, 1575, y en sus *Commentaria in quatuor posteriores libros Ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, 1609. Sus glosas a las leyes de las OO. RR. concernientes a nuestro tema no pueden ser más anodinas.

264. Así ocurre, por ejemplo, con Diego SEGURA, *Aurea frugifera peneque divina commentaria*, Salamanca, 1547. Cfr. folio 45 vto., col. 2, donde incidentalmente y con apoyo en BALDO, JASON y ANGELO alude a la prisión del deudor. Algo análogo sucede con AYLLON, Juan, *Illustratio sive additiones eruditissimae ad varias resolutiones Antonii Gomezii*, Lugduni, 1692, por ejemplo, en el folio 248, lib. 2, cap. XI, núm. 52. Igualmente, DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M., *Ilustración y continuación de la Curia Filípica*, Valencia, 1770, mera repetición de lo dicho por HEVIA BOLAÑOS, en su *Curia*.

265. Para consultar la literatura de los siglos XVI y XVII es muy útil el *Alphabetum iuridicum*, de CASTEJÓN, Aegidius, Lugduni, MDCCXXX. Sin embargo, respecto a las cuestiones objeto de nuestro trabajo, sus citas o referencias no siempre son valiosas; así, sus numerosas citas a Alfonso DE OLEA, en su *Tractatus de cessionum iurium et actionum*, Lugduni, 5.^a ed., 1669, ni siquiera se refieren a la cesión de bienes, aunque CASTEJÓN las incluye en la voz *cessio* sin discriminar entre la cesión de bienes y la de derechos o acciones, objeto de la obra de OLEA, quien precisamente en la pág. 5 de su obra dice: «... Tamen, cum nostro cessionis iurium tractatu, nihil habet commune disputatio de cessione bonorum».

Algunas otras citas de CASTEJÓN carecen también de interés; así las de SALGADO DE SOMOZA, Francisco, *Tractatus de regia protectione*, Lugduni, 1669, y su *Labyrinthus creditorium concurrentium*, Lugduni, 1672. CASTEJÓN cita la pars. 2, cap. 1, núm. 179, de la primera obra, punto en el que no se dice nada de interés, y lo mismo sucede con su otra cita del *Labyrinthus* (pars. 1, cap. 27, núm. 46).

A) El autor más antiguo, dentro de este período y en relación con el tema acotado, es DÍAZ DE MONTALVO²⁶⁶. Sus glosas a la III, 8,2, del Fuero Real aclaran algunos puntos de esta ley y dicen cómo se aplicaba. Así, indica que era costumbre que el acreedor alimentara con pan y agua al deudor preso aunque éste pudiera haber los alimentos de otra parte; enseña que en otro tiempo se daba al deudor-preso cuarenta días, y no nueve como dice la ley, para que encontrase fiador, antes de pasar al régimen de servidumbre propiamente dicho; comenta también que el heredero no puede ser preso por las deudas del difunto, y que la servidumbre del deudor es sólo temporal, no definitiva. Y, finalmente, insiste en el principio ya conocido de que «pro debito pecuniario non potest quis incarcerari nisi facta executione honorum», esto es, la subsidiariedad de toda responsabilidad física, personal²⁶⁷.

Este último principio es también puesto de manifiesto por la mayoría de los autores. Aluden a él expresamente COVARRUBIAS DE LEYVA²⁶⁸, Gregorio LÓPEZ²⁶⁹, AZEVEDO²⁷⁰, AVILÉS²⁷¹, y de modo tácito es tenido en cuenta por los demás

266. Cfr. su *Glosas al Fuero Real*, Madrid, 1781.

267. *Op. cit.*, glosas «de pan e de agua», «fasta nueve dias», «sirvase del» y «del cuerpo».

Muy semejante a lo que dice DÍAZ DE MONTALVO es lo que se lee en SUÁREZ, Rodrigo, *Dilucida commentaria*, Valladolid, 1558, en torno a la dicha ley del F. Real, págs. 410 y sigs.

268. Cfr. *Opera omnia*, Lugduni, 1574, tomo II; *Variarum resolutionum*, liber II, cap. 1, págs. 119 y sigs., en especial núms. 2, 3 y 4 en este punto concreto. Cfr., como desarrollo y repetición, IBÁÑEZ DE FARIA, D., *Additiones, observationes et nota ad libros Var. Res. illustrissimi ac reverendissimi Didaci Covarrubias a Leyva*, 5.^a, ed. Collonia Allobrogum, 1728, lib. 2, cap. I, t. I, págs. 133 y sigs., especialmente núms. 36 y sigs.

269. Glosa «en prision» a la P., 5,15, 5.

270. AZEVEDO, A., *Commentarii in Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Lugduni, 1737; cfr. la ley IV, 21,19 de la NR., concretamente los núms. 74 y 75.

271. AVILÉS, Francisco, *Nova diligens ac per utilis expositio capitum, seu legum praetorum, ac iudicum syndicatus regni totius His-*

autores consultados. Es ésta una idea fundamental y acerca de la cual la unanimidad es absoluta.

La única diferencia entre los juristas sobre este problema es provocada precisamente por la pragmática de Felipe II, de 1566²⁷². En efecto, los que escriben antes de esa fecha, comentan las leyes o pragmáticas de Enrique IV y los Reyes Católicos, en las que para nada se habla del fiador de saneamiento²⁷³; y los posteriores a 1566, esto es, los comentaristas de la Nueva Recopilación, indican ya que el deudor ha de dar fiador de saneamiento, y que si no lo da debe ceder los bienes y entregarse a los acreedores²⁷⁴.

B) Respecto al fiador de saneamiento la doctrina de esta segunda fase aclara un punto importante: el de que no basta que el deudor ofrezca bienes raíces y presente testigos que declaren ser suyos los bienes y valer bastante para cubrir el importe de los créditos contra él, sino que interpretando estrictamente lo dicho por la pragmática de 1566, afirman que es necesario dar fiador de saneamiento que se haga responsable de que los bienes del deudor son suyos y valen la cuantía de las deudas, pues los simples testigos, como no se hacen patrimonialmente responsables de la verdad de su testimonio,

paniae, Salamanca, 1571, 1.^a ed., cap. XVIII, núms. 6 y 7, folio 196 vto.

272. Cfr. nota 260.

273. Cfr., por ejemplo, GOVARRUBIAS, *Op. y loc. cit.*, y, además, *Op. cit., loc. cit.*, núm. 5, donde expresamente comenta la ley III, 8,2 del F. Real y las pragmáticas de los Reyes Católicos, citándolas por el libro de RAMÍREZ. Análogamente, SUÁREZ, R., *Op. y loc.*, página 413, donde comenta tan sólo la ley de Enrique IV, de 1458.

274. Cfr. *Op. y loc. cit.*, de AVILÉS, y AZEVEDO; la *glosa cit.*, de G. LÓPEZ, en nota 269; HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica*, Madrid, 1747 (la 1.^a ed. es de 1612), parte II, pfo. 17, núm. 1; SUÁREZ DE PAZ, *Practica ecclesiastica et secularis*, Matriti, 1770 (la 1.^a ed. es de 1583), tomo I, pars. IV, cap. VIII, folio 171 y sigs.; RODRÍGUEZ, Amador, *Op. cit.*, en nota 276, folios 156 y 157 vuelto, núms. 24 y 25, donde se resume toda la doctrina anterior y se comentan las leyes ya conocidas por nosotros.

no sirven para nada desde el punto de vista de seguridad del acreedor ²⁷⁵.

Mas esta opinión no era defendida por todos los autores. En este sentido es de particular interés la obra de Amador RODRÍGUEZ, quien por escribir en 1613 resume los estudios anteriores a él y señala la opinión dominante ²⁷⁶. Define RODRÍGUEZ qué debe entenderse por fiador de saneamiento, punto en el que, como es lógico, no aporta ideas, nuevas, y entra inmediatamente en la materia que nos interesa. Dice que antes de la pragmática de 1566 se practicaba que cuando el deudor señalaba bienes inmuebles y presentaba testigos que decían ser suyos los bienes y valer bastante, el deudor quedaba libre. Pero después de dicha disposición, parece que no bastan los testigos, aunque algún autor, como BAEZA, siga opinando en favor de la antigua práctica. No obstante esta dividida opinión de los autores, él, RODRÍGUEZ, se inclina en favor de la modificación introducida por Felipe II, porque aunque se pruebe con testigos ser del deudor los bienes y tener en conjunto un valor adecuado, «contingere potest quod postea, tempore substationis et ultimae licitationis pignora, emptorem vel saltem iustum non invenient». Como en tal caso los testigos no respondían con sus bienes, y, además, su testimonio sería casi siempre subjetivamente cierto, por lo que no podían estar sometidos a ninguna clase de responsabilidad, RODRÍGUEZ considera que es prudente la medida introducida por la pragmática en cuestión y que ésta debe ser interpretada en sentido estricto.

C) Otro problema tratado por los juristas es el de que el deudor que ha hecho cesión, si luego viene a mejor fortuna, ha de pagar lo debido. Así lo dicen COVARRUBIAS ²⁷⁷ y VILLADIEGO ²⁷⁸, si bien había de entenderse que el acreedor o acreedores

²⁷⁵. Cfr. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,2; AZEVEDO, *Op. cit.*, comentario a la ley IV, 21,19, de la NR., núms. 79 a 81.

²⁷⁶. Amador RODRÍGUEZ, *Tractatus de executione sententiae*, Madrid, 1613 (es 1.^a ed.), folios 101 y sigs.

²⁷⁷. *Op. y loc. cit.*, núm. 6.

²⁷⁸. VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso, *Instrucción prác-*

que ya hubiesen gozado del trabajo gratuito del deudor no obtendrían nuevo pago.

D) También se estudia el problema de si se puede o no renunciar al beneficio de la cesión de bienes.

La cuestión es importante, pues hace referencia a la situación tratada y combatida por la pragmática del año 1501. En realidad ya vimos que dicha disposición zanjaba el problema transformando la cesión en acto necesario. Pero las discusiones de los juristas sobre este tema hacen pensar que no se hizo mucho uso de tal pragmática, pues en sus polémicas acerca del tema no citan como argumento irrefutable la disposición legal, sino tan solo razones jurídicas extraídas casi siempre del Derecho común y de los más famosos representantes de la doctrina extranjera.

No es posible reproducir aquí la casuística abundante planteada por los autores en torno a la cuestión ²⁷⁹. Pero la razón fundamental esgrimida en contra de la renunciabilidad del beneficio de cesión de bienes es la de que «non potest quis perpetue obligare ad carcerem»; esto es, que la simple prisión ha de transformarse en servidumbre personal y temporal, tras de la cual el deudor de nuevo adquiere su libertad. No obstante, si la renuncia a la cesión de bienes fue hecha con juramento solemne, Juan GUTIÉRREZ y Amador RODRÍGUEZ opinan que es válida por la fuerza que la presta el juramento ²⁸⁰. Lo cual significa el no acatamiento de la pragmática de 1501, e, indirectamente un arma contra la prisión servidumbre.

E) Otro instrumento utilizado en la práctica contra la prisión servidumbre, y defendido unánimemente por los autores, fue el de considerar a la mujer del deudor como primera acreedora suya. Los juristas que escriben en la segunda mitad del siglo XVI relatan esta práctica, y los de principio del siglo XVII

tica y política criminal, Madrid, 1641, 1.^a ed. 1612, cap. II, núm. 178. Amador RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, fol. 156, núm. 22.

²⁷⁹. Cfr. COVARRUBIAS, *Op. y loc. cit.*, núm. 7. GUTIÉRREZ, Juan, *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Madrid, 1597, 1.^a ed., pars. I, cap. XVIII, núms. 1, 2 y 4. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, fol. 158, núm. 27.

²⁸⁰. GUTIÉRREZ, *Op. y loc. cit.*, en nota anterior. Lo sigue también VILLADIEGO, *Op. cit.*, *loc. cit.*, núm. 177.

o no la citan (caso de HEVIA BOLAÑOS) o se refieren a ella como práctica en desuso o ya eliminada ²⁸¹.

El primero que trata este punto es MONTERROSO y ALVARADO ²⁸², que escribe aproximadamente en 1560. Su testimonio es muy valioso porque va intercalado en una relación de cómo se desarrolla el proceso de cesión de bienes en la práctica (el título de la obra de MONTERROSO muestra ya su finalidad eminentemente práctica).

Tras haber expuesto dicho proceso, MONTERROSO presenta un modelo de la sentencia con que termina ²⁸³, en la cual el juez dice que como la mujer del deudor probó que su marido había gastado y consumido su dote, debía ser y era considerada como primer y privilegiado acreedor del deudor, y que por tanto este debía ser entregado a ella, si bien sin argolla al cuello. Y a continuación MONTERROSO explica que «esto de la mujer se usa algunas veces», siempre que ella en proceso civil ordinario haya demostrado ser cierto su crédito por razón de la dote; pero que algunos doctores extranjeros y castellanos opinan que «no se puede entregar el marido a la muger» porque esta no es quién para apresar y tener bajo su servicio a quien es su señor natural ²⁸⁴.

Antes de interpretar aisladamente las palabras de MONTERROSO veamos la doctrina de otros autores.

AVILÉS, que publica su obra en 1571, se pregunta «an maritus a creditoribus incarceratus faciendo bonorum cessionem praeferatur uxor creditoribus eius pro sua dote. Et an uxori sit maritus tradendus cum dicto annulo ferreo» ²⁸⁵. Ambas cuestiones son resueltas favorablemente por AVILÉS, quien dice que

281. Es importante tener en cuenta la fecha en que escribe cada autor. Para ello si las obras no son primera edición ni indican de qué fecha fuera ésta, cfr. Nicolás ANTONIO, *Biblioteca Hispana Nova sive hispanorum scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV florere notitia*, I, Madrid, 1783; II, Madrid, 1788.

282. MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel, *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*, Valladolid, 1566, fol. 31 vuelto a folio 33.

283. *Op. cit.*, fol. 32: «Sentencia de cesion de bienes».

284. Lo dice como nota a la sentencia; cfr. loc. cit. en nota anterior.

285. AVILÉS, *Op. cit.*, loc. cit., núm. 7.

la mujer debe ser preferida a todo otro acreedor y que a ella se debe entregar el deudor con las mismas formalidades establecidas por las leyes para cualquier caso, esto es, con la anilla de hierro al cuello como símbolo de la servidumbre. Y concluye: «et ita prcticator et pluries in civitatibus huius regni iudicavi, et executioni mandavi, maxime in civitate Abulensi»²⁸⁶.

Las opiniones de MONTERROSO y AVILÉS y las prácticas para ellos narradas no están de acuerdo. Parece ser que, según unos tribunales y algunos juristas, el marido debía ser entregado en servidumbre a la mujer, y así se practicaba; mientras en otros casos la costumbre judicial era contraria. ¿Qué opinión prevaleció en la doctrina y en la práctica?

No parece que hubiera dudas sobre la preferente entrega del deudor a su mujer, pues todos los autores lo admiten como derecho y uso indiscutibles e indiscutidos. Y en cuanto a si el deudor debía o no llevar la argolla al cuello como siervo-preso de su propia mujer, aunque ya hemos contemplado cómo no se daba la misma unanimidad, parece que triunfó la opinión de que no llevase el signo de la servidumbre. Así, pues, el deudor sería entregado primeramente a su mujer como acreedora preferente; pero no en régimen de servidumbre, y sin signo alguno que diera a entender a terceras personas que se trataba de un deudor insolvente y que se hallaba en situación de servidumbre. Así lo manifiesta YÁÑEZ PARLADORIO, de quien son estas clarísimas palabras, con las cuales concluye después de exponer la dualidad de criterios respecto a esta cuestión: «Humanitatis tamen ratio vicit, praevaluitque, ut sine torque illo uxori tradatur; nec sane maritalis reverentia nec matrimonialis honor aliud nos respondere patitur»²⁸⁷.

Y aunque dos autores, que escriben poco después que YÁÑEZ, nos muestran que la situación práctica y teórica era

286. Cfr. el mismo lugar de la nota anterior.

287. YÁÑEZ PARLADORIO, Juan, *Opera juridica sive Rerum quotidianarum libri duo*, Coloniae Allobrogum, 1734, 1.^a ed. de 1579, según NICOLÁS ANTONIO, *Op. cit.*, tomo I, pág. 798. Cfr. para este punto cap. fin. pars. 5, & VII, núm. 5. Análogamente a YÁÑEZ, cfr. MATIENZO, Juan, *Commentaria in Librum Quintum recollectionis Legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae, 1570, en su libro V, tít. 16, ley 6.

todavía oscilante, pese a las palabras y a las razones de YÁÑEZ²⁸⁸, al cabo triunfó, sin posible duda, la práctica de entregar el marido como deudor a su mujer, pero sin signo de servidumbre. Así lo dice claramente Amador RODRÍGUEZ²⁸⁹, cuya obra se edita por primera vez en 1613. Cuando el marido es entregado a la mujer, considerando a ésta como acreedora preferente, «non utique pragmaticarum regiarum rigorem servandum fore, quinimo, eo casu marito relaxandum esse et uxore ipsa, aut ipsius filiis sine torque ferreo tradendum etiam esse, et praeferrri debere omnibus aliis mariti creditoribus».

Este relajamiento de la prisión servidumbre a que alude RODRÍGUEZ es importantísimo. Pensemos que hay unanimidad en considerar que la mujer es el acreedor preferente del deudor insolvente, y que en la práctica se le entregaba éste antes que a ningún otro acreedor. Lógicamente el marido no estaría sometido a servidumbre, y así lo demuestra el hecho de que acabara por ser entregado sin el signo exterior, sin la argolla al cuello. Este resquicio jurídico se utilizaría, sin duda alguna, como medio de hurtar al deudor a los demás acreedores, que quedaban así fácilmente postergados. Y como en la práctica judicial se consideró lícita incluso la supresión de aquellos signos, al deudor le sería facilísimo huir lejos de los acreedores con su mujer «y acreedora», o bien simular un valor elevadísimo a la dote de ésta y, por consiguiente, a la deuda por la cual era entregado a su mujer, continuando, en consecuencia, como «preso suyo» durante el resto de su vida. La permanente oposición que se ha ido entreviendo contra la

288. SUÁREZ DE PAZ, *Op. cit.*, I, cap. VIII, pars. IV, folios 171 y sigs.; trae allí un formulario de sentencia al final del cual, como en el de MONTERROSO, se lee: «... y mando, que el tiempo que con ella (con su mujer) estuviere hasta que sea entregada de su dote no trayga la dicha argolla por ser su marido ...»; y luego añade SUÁREZ: «esto de la mujer algunos jueces lo practican y usan; y otros no por decir que no puede ser entregado a la mujer, atento que es él su cabeza y ella no le puede tener en prisión».

SUÁREZ DE PAZ escribe en 1583. También interesa GUTIÉRREZ, J., *Op. cit.*, pars. I, cap. 18, núm. 7. Escribe en 1597.

289. Cfr. *Op. y loc. cit.*, núm. 26. Cfr., en este mismo sentido, la nota 345.

prisión servidumbre, utilizó, sin duda, este procedimiento como eficazísima arma para aliminar la servidumbre del deudor ²⁹⁰.

4. *Desaparición de la prisión servidumbre a principio del siglo XVII, y subsistencia de la prisión coactiva.*

Ya hemos dicho que las más modernas disposiciones legales (hecha exclusión de las relativas a exenciones personales) sobre la prisión del deudor, eran las de Felipe II, en 1566 y 1590. Y como ellas se refieren a la prisión coactiva, y las de 1459, 1490, 1501 y 1502 no pasaron a la Novísima Recopilación, puede afirmarse que la prisión servidumbre del deudor estuvo vigente hasta 1805, y desde entonces ya no. Pero al decir esto nos referimos tan sólo a la vigencia formal de las disposiciones legales citadas; ahora bien: ¿hasta cuándo estuvieron materialmente en uso? ¿Cuándo triunfó la oposición contra la prisión servidumbre? ¿Cuándo desapareció la prisión meramente coactiva?

Ahora, a la vista de los conocimientos proporcionados por la literatura de la época clásica de nuestro Derecho —siglos XVI y XVII— se puede contestar de modo parcial a tales preguntas.

Se ha visto que la prisión coactiva existe cuando no se dan bienes raíces o se dan sin fiador de saneamiento, y que cesa cuando se hace cesión de bienes. En este sentido, no hay duda de que la prisión por deudas está vigente durante los siglos XVI y XVII.

Pero se ha visto también la persistente reacción contra la prisión-servidumbre. La admisión doctrinal y probablemente

²⁹⁰. Los juristas de estos siglos XVI y XVII se ocupan también de otras cuestiones relacionadas de un modo secundario con nuestro tema, como del beneficio y correspondiente proceso de espera de acreedores, o de la mera tramitación procesal del más importante proceso de cesión de bienes, siempre al filo de la legislación vigente. Sobre todo ello, cfr. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, cap. VIII, núms. 35 a 43, folio 160 vto. a 162. MONTERROSO, *Op. cit.*, folios 33 vto. a 35. SUÁREZ DE PAZ, *Op. cit.*, cap. VI de la pars IV, folio 171 y sigs., y VILLADIEGO, *Op. cit.*, folio 286 vuelto.

también práctica, de la renuncia al beneficio de la cesión, y, sobre todo, la entrega preferente del deudor a su mujer por razón de la deuda total, fueron las medidas más eficaces para combatir la prisión servidumbre.

Tan eficaces, que seguramente fueron ellas, en especial la segunda, las que eliminaron de la práctica la prisión servidumbre del deudor. Para afirmar ésto nos basamos en los siguientes argumentos:

Primero: todas las consideraciones hechas al comentar la entrega del deudor a su mujer.

Segundo: el hecho de que ningún jurista posterior a Amador RODRÍGUEZ, y que, por tanto, escribiera después de 1613, aluda a la prisión servidumbre como a institución vigente. Piénsese, por ejemplo, en el significativo silencio de HEVIA BOLAÑOS, gran jurista y hombre práctico, que dedicando mucha atención —como se verá pronto— a las exenciones del régimen de prisión, no estudia siquiera la prisión servidumbre, sino tan sólo la prisión coactiva.

Tercero: el testimonio rotundo de otro jurista práctico, Alonso de VILLADIEGO, que, como RODRÍGUEZ y HEVIA escribe hacia 1610²⁹¹. Dice VILLADIEGO: «Hecho esto (se refiere a hecha la cesión de bienes), antiguamente, por derecho y leyes destos Reinos, *aunque oi dia no se practica*, se entregava el deudor al acreedor mas antiguo, al qual iua pagando primero del trabajo de su oficio que sabia, y el acreedor le iua alimentando, y no teniendo oficio, le iua sirviendo hasta compensar la deuda con el servicio y así por su antigüedad se iua entregando a los demás acreedores, limitando el juez lo que auia de servir a cada uno; y si era primero la muger, por su dote, se le entregua a la muger por el tiempo que parecia al juez, para que fuesse ganando la cantidad de la dote a la muger». ²⁹²

Aunando todos estos datos, no hay duda de que la prisión servidumbre cayó en desuso en la primera mitad del siglo xvii.

291. La 1.^a ed. de la obra de Amador RODRÍGUEZ es de 1613; las de VILLADIEGO y HEVIA BOLAÑOS se publican en 1612.

292. *Op. cit.*, cap. II, fol. 32 vto., núm. 174.

No es posible fijar más exactamente la fecha, porque habiendo leído la edición de 1641 de la obra de VILLADIEGO, y no habiendo podido cotejarla con la primera edición de 1612, cabe la posibilidad de que el párrafo transcrito apareciera en la segunda y no en la primera edición. Por otra parte, tampoco es posible determinar cuándo se extingue una práctica con exactitud, pues éste es un fenómeno que se realiza paulatinamente, y, con toda probabilidad, no de modo sincrónico en diversos lugares. Pero con estas salvedades, en general, se puede considerar desterrada la prisión servidumbre en el Derecho castellano a partir de la fecha señalada.

Una vez más, la literatura jurídica, y, sobre todo, las obras de los autores dotados de mayor sentido práctico, ayuda a resolver cuestiones que el solo manejo de los textos legales deja inexplicadas.

Veamos a continuación lo que uno y otro tipo de fuentes dicen sobre las exenciones al régimen de la prisión.

5. *Personas exentas de la prisión por deudas.*

Antes de entrar en la exposición de esta materia conviene hacer dos observaciones. Una, la de que, como es obvio, dada la fecha de concesión de cada privilegio de exención, el régimen del cual quedan exentas las personas varía con arreglo a lo ya dicho; así, el privilegio de los nobles, dado en plena vigencia de la prisión servidumbre, tiene un alcance mucho mayor que el otorgado por Carlos IV a los criadores de caballos en un momento en que sólo subsistía la prisión coactiva.

La segunda observación es que también en este punto se intenta combinar la exposición cronológica y la sistemática. Por ello, las exenciones se ordenarán por razón de la fecha de la primera concesión a cada grupo de personas privilegiadas; y dentro de cada uno de esos grupos —nobles, mujeres, procuradores, etc.— serán expuestos los problemas que la literatura trata, y las disposiciones legislativas a ellos pertinentes.

A) En primer lugar es necesario hablar de la exención gozada por los nobles. A este respecto, la legislación no ofrece ningún problema, puesto que desde 1348 reconoce y confirma, sin excepción, el privilegio nobiliario respecto a la prisión por deudas.

En las Cortes de Alcalá de 1347 los nobles pidieron al rey que les concediera ese privilegio, y Alfonso XI lo otorgó²⁹³. Desde entonces la disposición es recogida y confirmada por los siguientes reyes; así, por ejemplo, los Reyes Católicos en Toledo, año 1480, la mandan guardar. Y ambas leyes, la de 1348 y la de 1480, pasan a las Ordenanzas Reales.²⁹⁴ Luego, vuelve a repetirse el privilegio en la ley 79 de las de Toro, añadiendo tan sólo la excepción de si la deuda proviene de delito, en cuyo caso sí procede la prisión²⁹⁵; como Carlos I la vuelve a confirmar en Valladolid, la exención pasa a la Nueva Recopilación, y de ésta a la Novísima²⁹⁶.

Los juristas de los siglos XVI y XVII, y aun de los siglos XVIII y XIX, reconocen unánimemente dicha exención comentando la disposición vigente en su época de entre las arriba mencionadas. Desde 1348 hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no hay, pues, en este punto ninguna modificación legal ni tampoco polémicas doctrinales de importancia²⁹⁷.

293. *C. de L. y C.*, I, pág. 596. Cortes de Alcalá de 1348, petición 9: «Alo que nos pidieron merçed que los ffijosdalgo non ffuessen presos por debdas que deviessen a nos nin por otras debdas que deviessen a otros algunos.—A esto vos respondemos que lo tenemos por bien, salvo si fuer cogedor o arrendador de los nuestros pechos, porque el se pone alo que non es su mester e se quebranta su libertad mesma».

294. Cfr. OO. RR., IV, 2,4 y IV, 2,5.

295. Ley 79 de Toro, 1505: «Ordenamos e mandamos que las leyes destos nuestros Reynos que disponen que los hijos dalgo, y otras personas por deuda no puedan ser presos, que no ayan lugar, ni se platiquen si la tal deuda descendiere de delicto, o quasi delicto, antes mandamos que por las dichas deudas esten presos, como no fuesen hijos dalgo, o exemptos».

296. Cfr. NR., VI, 2,4 y ley VI, 2,2, NoR.

297. Cfr. AZEVEDO, *Op. cit.*, en comentario a la VI, 2,4 y IV, 21,19, de la NR. GUTIÉRREZ, *Op. cit.*, I, XVI, núms. 1 y sigs. HEVIA

No obstante, los juristas tratan, como siempre, de perfilar la interpretación de estas leyes, planteándose y resolviendo algunos problemas en torno a ellas.

El primero, y quizá el más profundamente estudiado, es el de si puede el noble renunciar a tal privilegio. Tratan de esto COVARRUBIAS, AZEVEDO, Juan GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ, YÁÑEZ PARLADORIO y HEVIA BOLAÑOS.

COVARRUBIAS opina que la renuncia no es válida, porque «iura vero sanguinis nec renuntiatione nec ulla humana lege tolli possunt»²⁹⁸. Pero este criterio debió parecer demasiado rígido a los demás juristas que prefieren establecer distinciones y perderse en un casuismo difícil de ordenar.

Quizá la opinión que más éxito tuvo fue la de GUTIÉRREZ, quien distingue entre renuncia sin juramento que no es válida, y la otorgada bajo juramento confirmatorio, que sí lo sería, «quia iuramentum confirmat actum, et omino est servandum, quoties potest servari absque interitu salutis aeternae»²⁹⁹.

Lo siguen expresamente YÁÑEZ PARLADORIO³⁰⁰ y AZEVEDO, quien además nos informa de que en este punto son contradictorias las sentencias de los Tribunales de Valladolid y Granada³⁰¹. Por su parte HEVIA BOLAÑOS alude a este problema, pero de modo muy confuso y sin tomar posición decidida y per-

BOLAÑOS, *Op. cit.*, II, 17,7 y siguientes núms. IBÁÑEZ DE FARIA, *Op. cit.*, pág. 137, núm. 24. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, fol. 104, núm. 41; VILLADIEGO, *Op. cit.*, cap. II, fol. 27 vto., y 28, núms. 88 y sigs. YÁÑEZ, *Op. cit.*, cap. fin., pars V & VI, núms. 11 y 12. Antonio GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1780, en comentario a la ley 79; LÓPEZ DE PALCIOS RUBIOS, J., *Glossemata legum Tauri*, en «Opera omnia», Antverpiae, 1616, en comentario a la misma ley; LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1827, en el mismo lugar. JORDÁN DE ASSO, I., y MANUEL, M., *Ilustración del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1792, pág. 330; SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.^a ed. Madrid, 1820, lib. 3.^o, tít. 15, núm. 7.

298. *Op. cit.*, tomo I, pág. 311, núm. 5.

299. *Op. cit.*, 1.^a parte, cap. 16, núm. 37 y sigs.

300. *Op. cit.*, cap. fin., pars. V & VI, núms. 11 y 12.

301. *Op. cit.*, comentario a la VI, 2,5, NR., núm. 14.

sonal, y Amador RODRÍGUEZ se remite cómodamente a lo dicho por HEVIA ³⁰².

Para que el noble gozara de su privilegio había de probar su condición de tal, como afirma AZEVEDO ³⁰³, y mientras se llevaba a cabo la prueba, el presunto noble permanecía preso. Así la dice GUTIÉRREZ, quien asegura haber visto nobles presos por deudas, si bien eran liberados tan pronto como conseguían demostrar su condición de tales ³⁰⁴. De ahí deduce VILLADIEGO que el «hijosdalgo no alegando serlo no goza de su privilegio, porque en duda no se presume serlo» ³⁰⁵.

Análogamente, si el noble negaba su condición de tal al tiempo de la celebración del contrato podía ser preso, «porque el que niega la calidad de su persona por que se da algún privilegio, no goza dél» ³⁰⁶. Tampoco gozaban de la exención los nobles que ocultasen bienes, a fin de perjudicar a sus acreedo-

302. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,14. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, folios 105 y 106, núm. 44.

303. *Op. cit.*, en comentario a la VI, 2,4, NR., números 68 a 73.

304. *Op. cit.*, I, XVI, núm. 5. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,15.

305. *Op. cit.*, cap. II, núm. 90. En las Cortes de Valladolid de 1542 (*C. de L. y C.*, V, pág. 211) los Procuradores de Madrid presentaron una Petición que decía así: «Otrosí, porque por leyes destes reynos está estatuido y ordenado que los hombres hijosdalgo no puedan ser presos por deudas, pedimos y suplicamos a vuestra Majestad que las dichas leyes se guarden, y porque so color de hacer las dichas probanzas los tienen presos y detenidos y reciben daños y vejaciones, vuestra Majestad mande que dando fianzas llanas y abonadas que dentro de nueve días probaran ser hombres hijosdalgo, y quel tal fiador se obligue de pagar la deuda llanamente o de volver a la cárcel dentro de los dichos nueve días que dando las dichas fianzas no sean presos ni detenidos». Al margen de esta petición se contesta lacónicamente, «no»; no hay duda, dado que ni siquiera se incluyó en el Cuaderno General de peticiones, que la iniciativa de los Procuradores de Madrid en favor de los nobles no produjo ningún resultado positivo. Muy análoga a ésta, es la Petición XXX de las Cortes de Madrid de 1579-1582, pero tampoco se hizo ninguna novedad en la legislación: cfr. *C. de L. y C.*, tomo VI, Pet. XXX.

306. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,11. GUTIÉRREZ, *Op. cit.*, *loc. cit.*, núm. 25. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, fol. 105, núm. 43. GÓMEZ, A., *Op. cit.*, su comentario a la ley 79 de Toro, núm. 4. AZEVEDO, *Op. cit.*, ley VI, 2,4, NR., núms. 29, 30 y 31.

res ³⁰⁷ o los que intentasen la fuga ³⁰⁸. Por último, según HEVIA, podía «el hijodalgo ser preso por deuda causada para rescate suyo y de sus parientes cautivos» ³⁰⁹.

Pero acaso la construcción más importante de la doctrina relacionada con el privilegio de los nobles es la de considerar asimilados a la nobleza a un gran número de personas que no lo eran, pero que en virtud del triunfo de esta opinión jurídica pasan a formar parte del grupo de los privilegiados.

En efecto; los juristas de los siglos XVI y XVII, obrando aquí en defensa de los propios intereses, consideran unánimemente que los Doctores y Licenciados en cualquier Universidad, los Abogados e incluso, según algunos, los Bachilleres, «de la misma manera y en los mismos casos que los hijosdalgos gozan del privilegio de la nobleza para no ser presos por deuda» ³¹⁰. El hecho es importantísimo, ya que elimina de la posible prisión a una clase social nutridísima. He ahí, pues, un paso grande en orden a la supresión de la prisión. Y no contentos con ello hacen lo mismo con los clérigos ³¹¹ y con los militares mientras estuvieren en expedición de guerra ³¹².

La prueba de que tuvieron éxito en esta tarea es que los autores de los siglos XVIII y XIX incluyen entre las personas exentas a los Doctores y Abogados, y aunque guardan silencio respecto a los clérigos, quizá en la práctica éstos estuvieran exentos ³¹³.

307. GUTIÉRREZ, *Op. cit.*, I, XVI, núm. 14. AZEVEDO, *Op. cit.*, comentario cit., en nota 306. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, fol. 105, núm. 43 in fine. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,10.

308. GUTIÉRREZ, *Op. cit.*, I, XVI, núm. 32.

309. *Op. cit.*, II, 17,8.

310. La frase es de HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,17. RODRÍGUEZ, A. *Op. cit.*, folio 106, núm. 48 y fol. 106 vto., núm. 49 y fol. 107 vto., núm. 52. YÁÑEZ, *Op. cit.*, cap. fin., pars. V & VI, núms. 20 a 23. VILLADIEGO, *Op. cit.*, cap. II, núms. 94 y 97.

311. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, fol. 109, núm. 58. LÓPEZ, G., en glosa a P. 1,6,23. YÁÑEZ, *Op. y loc. cit.*, en nota anterior, núm. 24. VILLADIEGO, *Op. y loc. cit.*, en nota anterior, núm. 97. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,20. GUTIÉRREZ, *Op. cit.*, I, cap. XVII, núm. 5.

312. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,17.

313. ASSO y MANUEL, *Op. cit. y loc. cit.*, en nota 297. SALA, *Op. y loc. cit.*, en la misma nota.

B) También desde el principio del período estudiado quedaron exentas de prisión por deudas las mujeres, si bien comenzaron por no poder ser presas tan solo por deuda o por fianza contraída por su marido ³¹⁴, y sólo a partir de la ley 62 de las de Toro gozaron de la exención por deuda propia ³¹⁵. Como todas estas leyes fueron recogidas por la Nueva Recopilación y la Novísima ³¹⁶, la exención del sexo femenino se cumplió y reconoció hasta bien entrado el siglo XIX ³¹⁷.

Sobre esta exención, los juristas discutieron solamente dos problemas. Uno, el de la renunciabilidad del privilegio, punto en el que todos quienes lo mencionan están de acuerdo en decir que no puede la mujer renunciar a su exención. Así pienson, por ejemplo AVILÉS, AZEVEDO, YÁÑEZ, Amador RODRÍGUEZ y HEVIA BOLAÑOS ³¹⁸.

El otro gira alrededor de la última frase de la ley 62 de Toro, donde se dice que la mujer no será presa «ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona.» AVILÉS, AZEVEDO, HEVIA y también IBÁÑEZ DE FARIA opinan a este respecto que la excepción abarca a la mujer soltera que hace comercio de su cuerpo o que, por lo menos, vive de modo deshonesto públicamente, «quod si occulte luxuriertur, non sufficiat», dice AZEVEDO. Pero añaden que, si aun viviendo dehonestamente, la mujer «de se est nobilis non perdit nobilitatem generis» y,

314. Juan I, en Briviesca, año 1387: «7. Acaesçe muchas vexes que por las debdas quel marido faze prenden ala muger asy commo ael, asy en las nuestras rentas e debdas, commo en otras quales quier. E por que tenemos que es syn razon, mandamos que de aqui adelante por la tal debda non ssea presa la muger». Pasa a las OO. RR., leyes V, 13,3 y V, 11,2; cfr. *C. de L. y C.*, II, pág. 371.

315. Ley 62 de Toro: «Ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delicto puede ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona».

316. Cfr. leyes V, 3,7; V, 3,8 y V, 3,10, de la NR. Y leyes X, 11,2 y X, 11,4, de la NoR.

317. ASSO y MANUEL, *Op. cit.*, pág. 330. LLAMAS y MOLINA, *Op. cit.*, págs. 198 y sigs, en comentario a esta ley 62.

318. AVILÉS, *Op. cit.*, proemium, fols. 7 y 8, núm. 27. AZEVEDO, *Op. cit.*, a la ley V, 3,10, de la NR., núm. 6. YÁÑEZ, *Op. cit.*, *loc. cit.*, núm. 13. RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*, folio 109, núm. 57. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,22.

por tanto gozará del privilegio «etiamsi sit meretrix» (según AVILÉS, a quien repiten los demás). De igual modo si la mujer deshonesto o incluso la meretriz está casada, no puede ser presa, porque ello sería atentar indirectamente contra el honor del marido; sólo si éste lo consiente, que es tanto como decir que admita la mala fe de su mujer, podrá ser ésta presa ³¹⁹,

Los comentaristas de las Leyes de Toro no añaden nuevos enfoques a los anteriores temas. Así, las glosas de PALACIOS RUBIOS y Antonio GÓMEZ a la ley 62 son más bien anodinas ³²⁰. LLAMAS Y MOLINA, que escribe ya en pleno siglo XIX, desiente un poco de la opinión dominante, pues piensa que si la mujer es públicamente escandalosa, aunque sea casada, pierde el privilegio de la exención, porque, ante el escándalo, el juez puede actuar de oficio, calificar de deshonesto a la mujer y privarla con ello del beneficio de la ley ³²¹.

Completamente contradictorio a éste es el criterio de ALVAREZ DE POSADILLA, quien comentando dicha ley 62 afirma: «Hoy (y escribe en 1804) cuidarás de no meter a mujer ninguna en la cárcel por deuda ni causa civil, sea quien fuere, porque no habiendo ramerías permitidas, ninguna mujer, por mala que sea, puede ser para el juez conocidamente mala de su cuerpo; por lo mismo, para acreditar la providencia en que decretase prisión por deuda civil, necesitaría hacer una justificación de ser conocidamente mala de su cuerpo la mujer que mandase prender, en lo que no se debe meter el juez; y así, hoy, que no hay permitidas ramerías públicas, viene a ser de ningún efecto la excepción de esta ley, y puede decirse que ninguna mujer puede ser presa por causa civil ^{321 bis}.

C) Ya Pedro I en 1351 protege a los Procuradores de las ciudades y villas mientras estuvieren en la Corte, prohibiendo que fueran demandados por nadie, salvo por razón de sus pro-

319. AVILÉS, *Op. cit.*, *loc. cit.*, en nota anterior. AZEVEDO, *Op. y loc. cit.*, en nota anterior. HEVIA, *Ibidem*. IBÁÑEZ DE FARIA, *Op. cit.*, tomo I, pág. 136, núms. 14 y 15.

320. *Cfr. Ops. cit.*, en nota 297.

321. *Op. cit.*, pág. 198.

321 bis. ALVAREZ DE POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro*, Madrid, 1804.

pios pechos y rentas ³²². Poco después se prohíbe expresamente que puedan ser presos por deudas del Concejo que representan, aunque podían serlo por deuda propia ³²³. La disposición pasa a las Ordenanzas reales y a la Nueva Recopilación, y es reconocida vigente y aplicada por HEVIA y VILLADIEGO, y en el siglo XVIII por ASSO y MANUEL ³²⁴.

D) Los labradores gozaron de exención desde 1476 ³²⁵, pero, al parecer, sólo aplicada a los momentos de faenas agrícolas más intensas.

322. NR., VI, 7,10: «Que el que viniere por Procurador de Cortes durante el tiempo que duraren y en ellas estuvieren, non puedan ser presos ni convenidos, excepto en los casos en esta ley contenidos.—Don Pedro, en Valladolid, año 1351.—Por quanto algunas vezes mandamos llamar a Cortes a las ciudades, y villas que han de embiar a ellas y embian sus Procuradores, y algunos hazen algunas acusaciones, y mueven pleytos a los dichos procuradores, mandamos que las nuestras justicias de la nuestra corte, no conozcan de las querellas, y demandas que ante ellos dieren de los dichos procuradores, durante el tiempo de su procuración, fasta que sean tornados a sus tierras, ni sean apremiados a dar fiadores, y si algunos ovieren dado, sean sueltos; lo qual mandamos se guarde assi, salvo por las nuestras rentas, pechos y derechos, o por malefizios, o contratos que en nuestra Corte hizieren, después que a ella vinieren, o si contra alguno avier seydo antes dada sentencia en causa criminab». Cfr. también *C. de L y C.*, II, pág. 62 y pág. 20.

323. OO. RR., II, 11,4: «El Rey don Enrique IV, en Toledo.—Que el procurador o mensagero de la ciudad o villa no pueda ser preso por deuda del concejo.—Mandamos que el Procurador o mensagero de la Ciudad o villa, que por nuestro mandado viniere a la nuestra corte, no pueda ser prendado por deuda que su concejo deba, salvo por la propia deuda del dicho Procurador o mensagero».

Análoga, la ley VI, 7,11, de la NR.

324. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,6. VILLADIEGO, *Op. cit.*, cap. II, núm. 87. ASSO y MAUNUEL, *Op. cit.*, pág. 330.

325. NR., VIII, 14,25: Los Reyes Católicos, en Cordova.—«Que no se puedan hazer prendas, ni represarias en bestias de arar, ni en los labradores que con ellas trabajaren mientras labraren.—Otrosi mandamos, que los bueyes y mulas y bestias de arar y los labradores que con ellas trabajaren, en tanto que labraren o se ocuparen en las labores de pan y vino, que gozen y puedan gozar de toda seguridad, y no se haga ni pueda hazer en los dichos labradores, ni bestias, prendas ni represarias, ni execuciones algunas, por ninguna ni algunas

Sobre estas personas decía YÁÑEZ que «rusticos etiam in re rustica occupatos, id est, tempore messium aut vendimiarum in carcerem pro debito civili deiciendos non esse»³²⁶. HEVIA repite más o menos lo mismo, pero añadiendo dos aseveraciones de interés: a) que tal beneficio era irrenunciable «por ser introducido por el bien público; y b) que «lo mismo se entiende en los mineros e ingenieros de ingenios de azúcar, mientras estuvieren ocupados en labor y beneficios de las minas e ingenios, por militar la misma razón de la utilidad pública»³²⁷.

El Consejo de Castilla, en contestación a la consulta que le hizo Felipe II en 16 de junio de 1618, fechada el 1 de febrero de 1619, aconsejaba que el privilegio de los labradores se ampliase «para que en ningún tiempo» pudieran ser presos, «pues vemos, dicen, que se amplía su necesidad y que es menester restaurarlos de la quiebra en que se hallan»³²⁸.

Pero el sano consejo dado a principios del siglo XVII no se transforma en ley hasta 1786. En esta fecha Carlos III da una pragmática por la que exime de prisión por deuda civil, sin limitación de fases o épocas del año, a los artesanos y a los labradores³²⁹. La exención es reconocida vigente en el siglo XIX³³⁰.

deudas, de cualesquier calidades que sean, aunque muy privilegiadas sean».

326. *Op. cit.*, cap. fin., pars. V & VI, núm. 25.

327. *Op. cit.*, II, 17,21.

328. Consejo de Castilla. Contestación del día 1 de febrero de 1619 a consulta de 16 de junio de 1618 (Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXV, pág. 455): «... que, sin embargo, que la ley tiene proveído que no puedan estar presos por deudas los meses de la labor, será conveniente que se amplíe el privilegio para que en ningún tiempo lo puedan ser, pues vemos que se amplía su necesidad y que es menester restaurarlos de la quiebra en que se hallan, limitándose esto para las deudas que debieran a vuestra majestad, y por las rentas de las tierras que tuvieran arrendadas; porque en estos dos casos no es justo que se entienda el dicho privilegio».

329. NoR., XI, 32,9: «A los artesanos y labradores no se arreste en las carceles por deudas civiles o causa livianas; ni se les embargue ni venda los instrumentos de su labor, oficios y manufacturas. Carlos III, por pragmática de 27 de mayo de 1786: «... Y he tenido a bien expedir esta mi pragmática sanción por la qual ordeno y mando

E) Otras personas que gozaron de este privilegio, según opinión doctrinal no refrendada directamente por disposiciones legales en las que de modo expreso se reconociera o concediese tal beneficio, fueron las siguientes:

a) Los herederos por deudas de la herencia aceptada a beneficio de inventario ³³¹.

b) Los menores de veinticinco años ³³².

c) Los ascendientes y descendientes o cónyuges, por deuda civil contraída entre ellos ³³³.

d) El tutor o administrador, por deuda no fraudulenta nacida de su tutela o administración ³³⁴.

e) El juez residenciado ³³⁵.

f) Los que contraen deuda por caso fortuito o por fuerza mayor ³³⁶.

g) El enfermo, mientras lo estuviese ³³⁷.

h) Otros casos de más dudosa aplicación ³³⁸.

F) A finales del siglo XVIII y por la vía legal se concedió también el beneficio de exención a los militares y a los criadores de caballos de raza ³³⁹.

que a los operarios de todas las fabricas de estos reynos, y los que profesan las artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las carceles por deudas civiles o causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados a sus respectivas labores, oficios o manufacturas; lo que quiero se entienda también para con los labradores y sus personas ...».

330. Cfr. ALVAREZ POSADILLA, *Op. cit.*, en comentario a la ley 64 de Toro; ASSO y MANUEL, *Op. cit.*, pág. 330; SALA, *Op. cit.*, lib. III, cap. XV, núm. 7.

331. AZEVEDO, *Op. cit.*, en ley IV, 21,19, de la NR., núms. 91 y 92. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,3.

332. RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, folio 107 vto., núm. 53. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,23.

333. VILLADIEGO, *Op. cit.*, cap. II, núm. 100. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,26.

334. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,4.

335. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,28.

336. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,29.

337. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,30.

338. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,24; II, 17,25; II, 17,27, y II, 17,31.

339. NoR., VI, 4,14, y VII, 29,11, respectivamente.

G) Además de estas exenciones generales hubo a veces privilegios concedidos a personas determinadas por razón del cargo para que no fuesen presas por deuda civil. Por ejemplo, los jurados de la ciudad de Toledo alegaron en un largo proceso gozar de este privilegio, el cual les fué nuevamente reconocido en sentencia de la reina doña Juana de Valladolid a 28 de febrero de 1511. Análogamente, el Emperador Carlos, a petición de la ciudad de Burgos, dió una Cédula en 1532 prohibiendo al Corregidor de dicha ciudad que «agora ni de adelante, por obligación alguna de dineros de juego, en ninguna manera que sea o ser pueda, hagays y consintays hazer execución en la persona o personas que ansí las ovieren hecho»³⁴⁰.

6. *Algunos datos sobre la aplicación del régimen legal.*

Para no romper el hilo sistemático de la exposición hemos dejado para este lugar el comentario de algunos textos que ayudan a comprender cómo se llevaba a la práctica el régimen hasta aquí estudiado acerca de la prisión por deudas.

La institución era propicia al abuso y no tiene nada de extraño que se cometieran con mucha frecuencia excesos contra los deudores, tanto por parte de sus acreedores como por las autoridades judiciales y penitenciarias. Parece ser que, al menos en el siglo xv, los acreedores, o quienes afirmaban serlo, solían apresar directamente a sus deudores, omitiendo todo procedimiento judicial y siguiendo las más primitivas reglas de tomarse la justicia por la propia mano; favorecía este es-

340. AGS., Diversos de Castilla, Legajo 41, folio 36 y siguientes: «Autos hechos en razón del derecho en que estaban los jurados de la ciudad de Toledo de no poder ser presos por deudas, según sentencia inserta. Año 1518». La sentencia a que se alude es la de doña Juana, de 28 de febrero de 1511, reproducida en el texto de estos autos, así como también las demás sentencias y cartas ejecutorias dadas en este proceso.

La Cédula de 1532 puede verse en el mismo Archivo y sección, legajo 1, folio 20; aunque se la titula «Cédula del Emperador para que no se ejecute a nadie por deudas contrahidas en el juego», y pese a que en el encabezamiento se le atribuye al Emperador, sólo va firmada por la reina doña Juana. Dada en Segovia, el 18 de octubre de 1532.

tado de cosas el hecho de poseer cárceles privadas en las cuales se daban duros tratos a los deudores presos ³⁴¹.

341. Cortes de Juan II, en Valladolid, 1447, *C. de L. y C.*, petición 59, tomo III: «Otrosy muy poderoso sennor, en tanto es ya venido el atrevimiento de personas e el poco temor que ha de vuestra justicia, que non se entiende ya por ome aquel a quien alguna cosa deven que por su propia abtoridad non prenda aquel que algo le deve, sy menos puede quel. E quando a el no lo puede aver, prende al fijo, e cada uno que puede entra en los bienes e heredades e lugares agenos por su propia abtoridad por fuerça sin mandamiento de juez, e el duenno non puede cobrar lo suyo, e sy lo ha de cobrar por pleyto, cobra lo tarde o nunca. E muchos otros des que ven que esto pasa, se atreven sin les dever cosa alguna, prendenlos e rescatanlos, e enlos bienes agenos se entregan e defiiendenlos fasta que les dan alguna parte. Lo qual todo, sennor, es vuestro gran deservicio, e vuestros subditos e naturales a vuestra justicia pereçe. Por ende, sennor, suplicamos a vuestra merçed que provea en ello poniendo contra tales malfechores penas corporales e confiscacion de bienes, e mandando a los concejos e justicias e juezes de los logares donde esto acaesciere que restituyan a los tales despojados en sus bienes sin llamar las partes e saquen delas prisiones alos que asy fueron presos e detenidos sin llamar a las partes, salvo avida su informacion de como las tales personas fueron presas e tomados sus bienes sin mandamiento de juez, e sean castigados gravemente los que tales atrevimientos a vuestra alteza fazen.—A esto vos respondo que vuestra petición es justa e conforme a todo derecho e razon natural, e por ende mando e ordeno que se faga e guarde asy, segund e enla manera e forma que por ella me lo suplicastes e pedistes por merced. E qual quier persona o personas ...» (a continuación señala penas a los que contravengan la disposición). El texto puede valer como una perfecta descripción del estado de la administración de justicia en la Castilla del siglo xv.

Juan II, en Burgos, 1430: (ley que pasó luego a las OO. RR., II, 14, 17), *C. L. y C.*, tomo III: «17. Et a lo que me pedistes por merçed que me pluguiese mandar que asi en la mi casa e corte dommo en la mi chancelleria e enlas mis çibdades e villas, que los alguaziles e merinos que ende fueren, que por mandado de los juezes que prendan a quien les fuere mandado, e que los lleven e estén presos enlas carçeles publicas que para ello fueren deputadas e que otras personas algunas de qual quier estado o preheminencia que sean, non se entremetan de tener carçeles ensus casas, nin deputar otros exsecutores para ello nin poner carçeleros publicos nin en otra parte alguna, salvo ende en las carçeles publicas, que fueren deputadas para tenerlos tales presos; poniendo mi merçed sobrello grandes penas por quanto rredundan en grant perjuyzio mio.—A esto voß respondo, que ami merçet plaze dello,

Pero quizá las mayores injusticias se cometían contra los presos precisamente en las cárceles públicas por desidia, incompetencia o mala fe de los carceleros, alguaciles y alcaides que debían custodiarlos y ocuparse de que su estancia fuese mínimamente soportable, así como de que pudieran gozar de las oportunidades procesales que les ofrecía la ley para poder salir de la prisión. Así vemos a las Cortes de 1528, 1542, 1559 y 1588-1590³⁴² pedir que se cumplan las leyes puntualmente

salvo quando yo enbiare alguno sobre algund caso sennalado e le mandare prender a alguna persona o personas».

Ordenamiento de las Cortes de Toledo, 1480 (*C. de L. y C.*, IV, pág. 141), ley 66: «Ninguno non sea osado de aqui adelante de receptor malfechores que ovieren cometido delitos ni deudores que fueren por no pagar a sus acreedores en fortalezas nin castillos nin en casas de morada nin en lugar de sennorio ni de abadengo, aunque digan que lo tienen por privilegio o por uso o costumbre; mas luego que fuere requerido el duenno dela fortaleza o del lugar o casa donde estobiere recebtado qual quier malfechor o deudor, o las justicias dél o el alcaide que lo rescibiere sea tenuto delo entregar por requisición del juez del delicto o del debdo, so las penas contenidas en las leys sobre esto fechas e ordenadas por el sennor rey don Iuan nuestro padre, cuya anima Dios aya; e demas, que esto sea caso de corte, para que sea demandado o acusado en la nuestra corte el recebtador o defendedor de tal deudor o mal fechor e sea tenuto e obligado alas penas que el mal fechor devia padescer por su delicto o a la deuda que el deudor deviere».

342. Cortes de Madrid, de 1528 (*C. de L. y C.*, IV, pág. 471), petición 52: «Suplican a V. M. que mande que los alcaldes y escrivanos en las audiencias de las carçeles cuenten publicamente con los presos los derechos e penas que les llevan, por que procuran de hazer esta cuenta secretamente por llevalles mas de lo que se les deve, lo qual çesaria sy les diesen la cuenta publicamente.—A esto vos respondemos que mandamos que los escrivanos de las dichas carçeles asynten en las espaldas de los procesos de los presos los derechos que los alcaldes y escrivanos e otras personas llevaren a los dichos presos, e lo firmen de su nombre, porque sy alguno se quexare se sepa lo que les llevaron, e syn otra averiguacion se pueda hazer sobrello lo que sea justicia, lo qual les mandamos que hagan e cumplan, so pena de pagar lo que asy llevaron con el dos tanto para nuestra camara e fisco».

Cortes de Valladolid, 1542, petición 42 (*C. de L. y C.*, V): «Otro si, porque en algunas ciudades de estos reinos uno o dos regidores están presentes con la justicia en la visita de los presos de la cárcel y muchas veces conocen que las justicias agravian a los tales presos en no

y con celo, que se contase a los presos el tiempo que llevarán en la prisión, que no se les cobrasen excesivos derechos carceleros, que los pusieran en libertad tan pronto como dieran fianzas de saneamiento, que no les colocasen cadenas y argollas demasiado pesados, etc. También hay frecuentes disposi-

los soltar o en les condenar en mayor pena de la que merecen y los presos por salir de la cárcel lo consienten y los dichos regidores no lo pueden remediar, suplicamos a vuestra majestad dé orden como esto se remedie y que la justicia vote la dicha visitación en presencia de ellos, y los dichos regidores puedan requerir a la justicia que no les hagan agravio.—A esto vos respondemos que mandamos que no se haga novedad».

Cortes de Toledo, 1559 (*C. de L. y C.*, tomo V), petición CII: «Otrosi decimos que porque es cosa conveniente y necesaria y que toca mucho al servicio de Dios nuestro Señor, que cada semana o cada mes se nombren en los Ayuntamientos de cada ciudad o villa destos reynos dos regidores los cuales se hallen a la vista y visitas de cárcel con el corregidor, porque dello se seguira gran provecho en la republica y muy bueno y breve despacho en los negocios. Suplicamos a V. M. lo mande proveer así.—A esto vos respondemos, que cerca desto los del nuestro Consejo den las provisiones que les pareciere convenir».

Cortes de Madrid, 1588 a 1590 (*A. C. C.*, tomo XI), petición 23, pág. 532: «De haberse vendido las alcaldías de las cárceles en algunas ciudades y villas se siguen muchos inconvenientes, y uno de ellos es que no puedan hacer los corregidores justicia a las partes con prisión, porque cuando piensan que los tienen presos los alcaides los sueltan, y aunque se les aperciba que no lo hagan con penas, toman resguardos secretos de ellas, o de las partes, y a las horas que tiene expiadas las execuciones y que no pueden visitar los presos o después de visitados, y con otras trazas que buscan, dejan ir a dormir y a comer a las partes a sus casas, y hay hombres que se dejan estar presos por la comodidad que los alcaides les hazen y sin pagar las deudas; y para todo esto cometen mucho cohechos los dichos alcaides, de mas de que tienen aprovechamientos destas prisiones largas y favorecidas de ellos, de dar camas y mantenimientos a precios excesivos. Suplicamos a V. M. mande que en los lugares donde están por vender estos oficios no se vendan, y que queriéndolos tomar por el tanto las ciudades y villas donde se han vendido, lo puedan hacer y queden a provisión de los Ayuntamientos, pues ellos pondrán en ellos las penas que convengan, y siendo amovibles vivirán con cuidado y no harán lo que no deban.—A esto vos respondemos que en las que estan por vender se tendrá mano como nos lo suplicais».

NR., III, 4,34: (equivalente a NoR., XI, 28,8): «No se den man-

ciones en las que se prohíbe a los jueces eclesiásticos que prendan a ningún deudor civil u otras sancionando con dureza a quienes voluntaria o negligentemente favoreciesen la fuga de presos³⁴³.

damientos para la execucion de obligaciones, sin que el Juez los examine, y vea si la traen aparejada; y los executados presos, dando fianzas carceleras sean sueltos.—Dos Carlos y Doña Juana en la nueva instrucción de leyes para los alcalde mayores de los adelantamientos en Alcalá, a 3 de marzo de 1543: «... ..; y porque nos somos informados que los dichos alcaldes mayores, especialmente en el Adelantamiento de León, quando tiene algunos presos por causa de execucion por falta de fianzas de saneamiento, los tiene con muchas prisiones, y no se las quieren quitar, aunque dan fianzas carceleras de no salir de la carcel, y que pagaran lo juzgado; lo qual diz que hacen a efecto de poder más brevemente cobrar sus derechos con las molestias y vexaciones que resciben los executados con tantas prisiones de que ha sucedido morirse muchas personas en las cárceles a causa de las muchas prisiones; por ende mandamos, que dando los dichos presos, las dichas fianzas, les quiten las prisiones».

NR., II, 4,58 (equivalente a NoR, XII, 28,13): Don Carlos y Doña Juana, *ibidem*: «Formalidades que han de observar los carceleros para recibir los presos, teniendo libro de asiento de ellos: «Porque los alguaziles traen o envian presos a la carcel y acaesce no venir en un mes o dos, y por no saber la causa de su prision no los sueltan, aunque ofrecen paga, o fianza de saneamiento; por ende mandamos, que ninguno de los carceleros reciba preso alguno, sin que el alguazil le dé o envíe cédula de la razón por qué aquél viene preso; y se diga, si pagare o diere fianza de saneamiento hasta la cantidad de la deuda y costas, le suelten; y que para asentar esto, cada uno de los dichos carceleros tenga un libro, donde asiente el día que viene el tal preso, y la causa y razón por que le traen, y quién le prendió».

343. Ordenamiento de Alcalá, 1348, ley V, del título XX (pasó luego a OO. RR., II, 14,12, y a NoR., IV, 30,14): «Que pena merecen los guardadores de los presos si los soltaren o no los guardaren bien.—Si los monteros o los omes de los alguaciles dela nuestra corte, o los otros que guardan los presos, los soltaren o los non guardaren bien, como deben; si el preso mereciere muerte, mandamos Etsi el preso non merecia pena corporal, e era tenuto a pagar debda, o pena de dineros, e se fuere con el que lo guardaba o lo soltare a sabiendas, sea tenuto a pagar e a pechar, todo lo que el peso era tenuto, e yaga medio anno en la cadena. Et si por mengua se fuere, que sea tenuto a pagar, e a pechar lo que el preso era tenuto a pechar, e yaga tres meses en la cadena».

Cfr., también sobre la prohibición a los jueces eclesiásticos, OO.

Las corruptelas para incumplir las disposiciones legales ya estudiadas por nosotros debían ser muy numerosas. Por ejemplo, con relación a la exención de que gozaban los nobles, se puede pensar que muchas veces no se respetaba dicho privilegio, pues los Procuradores de las Cortes piden con cierta frecuencia «que se guarden las leyes que disponen que los hidalgos no estén presos por deudas» ³⁴⁴. En otras ocasiones los deudores presentaban a sus mujeres como principales acreedoras, el juez les entregaba a ellas y los acreedores verdaderos quedaban plenamente burlados; por eso en 1558 y 1559 las Cortes piden al rey que sustituya el régimen de cesión de bienes por la pena de galeras o que haga cumplir con mayor severidad las leyes acerca de la cesión; en ambos casos Felipe II contesta que no conviene hacer novedad ³⁴⁵.

RR., I, 3,7; NR., IV, 1,14 y NR., IV, 1,15; provienen de una ley de Enrique II, en Toro, 1371.

344. Cortes de Valladolid, 1555 (*C. de L. y C.*, V, pág. 651), petición 50: «Que aya carcel para cavalleros.—Otrosí suplicamos a V. M. E también suplicamos a vuestra Magestad mande que se guarden las leyes que disponen que los hidalgos no estén presos por deudas.—A esto vos respondemos que mandamos que se guarden las leyes que sobre esto disponen».

Cfr., también sobre este particular, los textos transcritos en la nota 305.

345. Cortes de Valladolid, 1558 (*C. de L. y C.*, V, pág. 757), petición 46: «Sobre los que hazen cesión de bienes.—Otrosí dezimos, que los tratantes y arrendadores e deudores han hallado una nueva manera de alçarse con lo que deven, e gastar y comer las haziendas ajenas y holgarse con ellas, que es manera de hurtarlas e robarlas e de esconder e conservar las suyas, dexandose prender por las tales deudas. Y han venido en tan gran desvergüença y poco temor de Dios que luego piden que quieren hazer cesión de bienes e renunciar la cadena, e hazen para ello citar a sus acreedores, e oponerse sus mugeres contra ellos, diciendo que por sus dotes e arras con que estan prevenidos, que son falsos y simulados, procurando que ellas se prefieran e que ellos sean entregados a sus mugeres, porque en su poder no traen argollas: y desta manera se quedan con las haziendas ajenas, burlando de sus acreedores: Y si temiessen que los habían de dar una pena corporal y de vergüença o echarles a las galeras ninguno haría la dicha cesión de bienes. Y aunque se ha pedido y suplicado otras veces por el remedio desto, no se ha proveydo hasta agora; y conviene mucho que se provea. Supplicamos a vuestra Magestad mande que los tales tra-

Pese a las mañas que muchos se daban para eludir el régimen de la cesión de bienes y la prisión servidumbre, eran muchos los que, como dicen los Procuradores de las Cortes de 1573, «se destruyen y mueren y mueren en las cárceles»; por ejemplo, a veces los señores obligaban a sus vasallos a salir fiadores por ellos, y como los dichos vasallos no tenían bienes con que responder de las deudas del señor, eran presos; otras veces los mercaderes «y otros hombres de malos tratos y conciencias» abusaban de la «gente pobre» dándoles cosas fiadas y ejecutándoles luego rápidamente no sólo en los bienes, sino también en las personas, de lo cual se derivaba que «pierden su libertad y padescen sus personas, porque aviendoles llevado sus haciendas les prenden los que se las an dado a ellos y a

tantes, arrendadores o deudores que dixeren que no tienen bienes para pagar lo que deven y se metieren en la carcel, y dixeren que quieren hacer la dicha cesión de bienes e renunciar la cadena se le dé una pena corporal o de vergüença o de galeras, o se les ponga la argolla que manda la pragmática: e que aquella tenga un palo de hierro que salga fuera de todos los vestidos (que por encubrirla los usan altos) y que si se entregaren a sus mugeres sea con esta mesma argolla. Porque desta manera no se alçaran con lo ageno, ni comeran ni beveran ni encubriran.—A esto vos respondemos, que en esto está proveydo lo que conviene por leyes e pragmáticas: y que no aya novedad».

Cortes de Toledo, 1559 (*C. de L. y C.*, tomo V, pág. 829), petición 43: «Otrosi dezimos que por esperiencia se ha visto que muchas personas hazen cession de bienes porque despues de hecha andan libres como si no oviessen devido nada, y muchas veces se haze debaxo de fraude y cautela, escondiendo los bienes y haziendo contratos finxidos. Ay necesidad de mandar ordenar otra manera de castigo que ponga más escarmiento. Suplicamos a vuestra Magestad assi se haga; y lo que parece cosa hazedera seria que el que hiziere la dicha cesion de bienes no sean entregados a su muger ni a los otros acreedores conforme a la ley, sino que si fuere hombre de cinquenta años abaxo sea echado a las galeras por toda su vida, y si tuviese mas edad sea obligado a traer sobre la capa o vestidura una señal amarilla o de otro color en el hombro derecho, y con esto se remediarian los grandes daños que en esto se hazen.—A esto vos respondemos que se guarden las leyes que cerca desto hablan, y que no conviene que se haga novedad».

sus fiadores y muchos mueren en las cárceles por tales deudas» ³⁴⁵ bis.

La situación de los presos en las cárceles de la corte y en:

³⁴⁵ bis. Cortes de Madrid, de 1566 (ACC, II, pág. 437), petición XXIX: «Otrosi: dezimos que por ser tan grande el daño que los súbditos de vuestra Magestad en estos reynos resciben con las muchas mohatras de mercaderías y cosas fiadas que en ellas han introducido mercaderes y otros hombres de malos tratos y conciencias, con las cuales se destruyen y consumen en breve tiempo los que las toman, y lo que es peor es que no sólo consumen sus haziendas, pero pierden su libertad y padescen sus personas, porque aviendoles llevado sus haziendas les prenden los que se las an dado a ellos, y a sus fiadores, y muchos mueren en las carceles por tales deudas. El reyno ha suplicado diversas veces se diese orden como cesen tantos inconvenientes y trato tan en ofensa de Dios nuestro Señor, y ninguno hasta agora se a dado que suficiente sea; y porque lo que más importa en esto remediar es la gente pobre que es la que más acostumbra tomarlas, y se las dan con esperanza de que si no pagaren los pondrán en la cárcel y por los librar della sus deudos y amigos y otras personas, lo pagarán, y a los hombres de estado principales y cavalleros no se las dan sin que un hombre llano a quien puedan hechar en la carcel se obligue; suplicamos a vuestra Magestad que para remedio desto mande que de aquí adelante en estos sus Reynos, por ninguna deuda que descienda de mercadería, u otra cosa que se vendiere fiada no pueda el deudor ni su fiador ser presos, no embargante qualesquier simulaciones o causas que se den en las escrituras que sobrello se hizieren, sino que tan solamente puedan executar en los bienes de los obligados, porque con esto las tales cosas no se daran sino a personas abonadas y que tengan muy segura hazienda, y los tales son los que muy raras veces las toman.—A esto vos respondemos que en cuanto a las deudas que proceden de mercaderías y otras cosas fiadas, no conviene que se haga novedad, y mandamos que en ellas como en las demás se haga justicia a las partes, guardando las leyes destos reynos».

Cortes de Madrid, 1573, ACC, IV, pág. 484, petición 94: «Los señores destos reynos, como vuestra magestad sabe, están tan adeudados y empeñados con censos y con deudas sueltas, que ni a lo que les es forzoso de la sustentación de sus casas, ni a servir a vuestra Magestad en las ocasiones que se ofrecen y les encarga, pueden bien acudir; lo qual procede y es causa de que, quando no se les quieren dar facultades para obligar sus mayorazgos a censos o a otras deudas, dan forma y traza que sus vasallos particularmente se obliguen a ellas como sus fiadores, y si lo hazen, los vasallos se destruyen y unden y mueren en las carceles por no tener los que los hazen obligar, como por la mayor parte no:

otras del reino debía ser tan lamentable a finales del siglo XVI, que las Cortes a veces votaban una limosna para repartir entre los presos por deudas con la idea de pagar las obligaciones de algunos deudores cautivos. En este mismo sentido, en 1598-1599 los Procuradores pidieron a Felipe III que diera perdón a los presos por deudas en las cárceles del reino, y obtuvieron éxito, al menos en lo concerniente a los presos de las cárceles de Madrid ³⁴⁶.

tienen, bienes libres de que pagar; y si no lo hazen, es causa para que, con muy pequeño o con ningún color, los maltraten y persigan a ellos y sus cosas en las ocasiones que se les ofrecen, o los necesiten a dexar la tierra. Y porque en quanto fuere posible, demás del alivio de los susodichos es justo excusar las desordenes y excesos de los dichos señores, con quitarles la ocasión de hallar dinero que gastar, y quien los fie por ello: suplicamos a vuestra Magestad mande que de aquí adelante, directe ni indirecte, ni por persona interposita, ningun vasallo pueda obligarse ni quedar por fiador, ni salir por deuda de su señor; y que los contratos y obligaciones que contra esto se hiziesen, sean ningunos y de ningún efecto.—A esto vos respondemos: que no conviene por ahora hazer novedad».

346. Cortes de 1592 a 1598, ACC, XIII, 29 de marzo de 1594, pág. 226: «Haviendose tratado que sería bien dar una limosna para soltar presos por deudas de las carceles de la corte y de la villa, se voto sobre lo que en ello se haría, y se acordó por mayor parte, que se den mill reales de limosna, quinientos reales para repartirlos entre los pobres presos que estuvieren en la carcel de la corte y otros quinientos para los de la carcel de la villa, siendo pobres naturales destos reynos, y que se halle presente don Gerónimo de Barrionuevo con los diputados de las dichas dos carceles a repartir la dicha limosna».

Cortes de 1598 a 1601, ACC, XVIII, pág. 346: «Habiendo entendido que al tiempo que el rey nuestro señor sucedió en estos reynos mando soltar los presos que había en las carceles de esta corte por deudas, que por ser pobres no las podían pagar, y por delitos sin parte, como no fuesen contra la autoridad de la justicia, y que esto se acostumbra hacer en semejantes ocasiones generalmente en todas las carceles destos reynos, habiendose votado se acordó por mayor parte que don Lope Cerón y don García de Ledesma hagan un memorial para su Magestad pidiendo que ahora se haga lo mesmo y le traigan al reyno para que habiéndole visto, hablen sobre ello al señor Presidente y le den el dicho memorial, y hagan sobre ello las demás diligencias que convinieren».

Ibidem, pág. 350, 21 de agosto de 1599: «Viose un memorial para su Magestad del tenor siguiente: Señor: el reyno dice que los señores re-

También son interesantes, como disposiciones modificativas del régimen general, la ley de 1476 (luego pasó a ser la VIII,3,25 de las Ordenes Reales), que quitaba el privilegio de exención de prisión por deudas a los judíos, y una ley de la Nueva Recopilación que prescribía que los arrendadores de las rentas reales no gozasen del beneficio de cesión de bienes³⁴⁷.

yes de gloriosa memoria predecesores de vuestra Magestad al tiempo que entraron a reinar en estos reynos acostumbraron a hacerles merced de mandar soltar todas las personas que estuviesen presas en todas las cárceles de las ciudades, villas y lugares dellos, por deudas que no tuvieren de que las pagar, y las que estuviesen presas por causas criminales sin parte, excepto las que fuesen en ofensa de la justicia, y vuestra Magestad continuando esta loable costumbre, mandó lo mesmo luego que sucedió en estos reynos, y solamente se envió orden para que se executase en las cárceles desta corte, como se hizo. Suplica humildemente a vuestra magestad sea servido de mandar se despachen sus cédulas reales para que lo susodicho se cumpla y execute en todas las demás ciudades, villas y lugares destos reynos, en que recibirá muy particular merced.—Y visto el dicho memorial lo aprobó el reyno y acordó se dé al señor residente como está acordado».

347. NR, IX, 9,5: «Que los arrendadores y fiadores y abonadores de rentas reales no puedan hacer cesion de bienes.—Por quanto muchos arrendadores y recaudadores mayores que arriendan las rentas reales, las cobran y no pagan lo que deven dellas, antes gastan y distribuyen lo que cobran de las dichas rentas en otras cosas, y si los prenden por ello hacen cesión de bienes, diciendo que no tienen de qué pagar lo que deven; que por evitar esto se entienda que las nuestras rentas se arriendan como condición que ningún arrendador que las arrendara ni sus fiadores, ni abonadores, ni alguno dellos, no pueda hacer ni haga la dicha cesion de bienes, y juren de no la hacer, ni pedir relación del juramento, y si la hicieren, que no les valga y que ayan de estar presos hasta tanto que cumplan y paguen lo que deven y fueren obligados de pagar de las dichas rentas».

OO. RR., VIII, 3, 25, (proviene de las Cortes de Madrigal, de 1476, en contestación a la petición 11 de dichas Cortes; cfr., *C. de L. y C.*, IV, pág. 68). «Revocanse las leyes que los judíos no pueden ser encarcelados o presos: El rey y la reyna en Madrigal, año de 1476: «Comoquier que el rey don Alonso nuestro progenitor, ordenó que judío no pudiese ser encarcelado por deuda, ni por causa de alguna obligación que fiziese, salvo por nuestros pechos y derechos reales; Nos veyendo la dicha ley ser contra razón y derecho revocamos y mandamos que no haya fuerza de ley, ni sea guardada; y que en esta parte se guarden las leyes del Derecho común». Cfr., antes la nota 207 y siguientes.

En los autores de los siglos XVI y XVII encontramos aún algunos textos destinados a aclarar cómo ha de prenderse al deudor³⁴⁸, o a insistir en que la cárcel es un medio de custodia, no de castigo, para éste³⁴⁹. Ninguno de ellos aporta datos nuevos, pero colaboran a formarnos la impresión de que la práctica no iba acorde con la ley.

7. *Extinción de la prisión por deudas.*

Es llegado el momento de recapitular y extraer las últimas conclusiones de todo lo dicho en orden a la desaparición de la prisión en las dos formas históricamente aplicadas de prisión servidumbre y prisión coactiva.

Respecto a la prisión servidumbre ya se vió que, pese a la vigencia formal de las leyes que la permitían y regulaban hasta la redacción de la Novísima Recopilación, mucho antes, en concreto hacia la primera mitad del siglo XVII, desapareció de la vida jurídica práctica. En el oportuno lugar se expusieron las razones y causas de tal desuso y se adujeron las pruebas y consideraciones necesarias para apoyar tal afirmación.

Pero la simple prisión coactiva del deudor sobrevivió a la prisión servidumbre, tanto en el aspecto de la vigencia formal de la institución como en el de uso. En el primero, porque la pragmática de Felipe II de 1566 (estableciendo las fianzas de saneamiento y, en su defecto, la prisión) y la pragmática del mismo rey de 1590 (fijando la prisión de quien solicitase la cesión de bienes o el beneficio de espera hasta el final de ambos procesos)³⁵⁰, se excluyeron en la Novísima y, portanto, formalmente estuvieron vigentes hasta la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En efecto, hasta ese texto legal, de cuyo articulado queda excluída la prisión por deudas, han de considerarse formalmente en vigor las pragmáticas de 1566 y 1590, pues ningún precepto legal desde 1805 hasta 1855 deroga expresa o tácitamente la prisión del deudor.

348. HEVIA, *Op. cit.*, II, 17,33. AZEVEDO, *Op. cit.*, comentario a la ley VIII, 12,2, de la NR, núms. 154 y siguientes.

349. AVILÉS, *Op. cit.*, cap. XVIII, fol. 191 vto., núm. 7.

350. Cfr. notas 260 y 261 y el texto correspondiente a ellas.

Ni siquiera se oponen a ella los textos constitucionales, si bien de modo indirecto dan a entender el poco uso que se hacía de dicha institución ³⁵¹.

Ahora bien, ¿se aplicó la prisión por deudas hasta 1855? Es fácil demostrar que no.

Desde luego en los siglos xvii y xviii es seguro que aún se aplicaba, como lo prueban los hechos siguientes: a) las exenciones a los labradores y artesanos y a los criadores de caballos, hechos en 1786 y 1789 ³⁵²; b) el hecho de que juristas como ASSO y MANUEL, ELIZONDO y SALA la reconozcan vigente en la práctica ³⁵³.

Pero seguramente a finales del siglo xviii, aunque quizá no de modo simultáneo en toda Castilla (*lato sensu*), se extinguió la prisión por deudas. La razón fundamental de que así fuese hay que verla en el régimen de exenciones.

Desde 1348 el número de las personas que por privilegio no podían sufrir prisión por deudas fué en constante aumento, según ya se ha visto. Y así, a finales del siglo xviii, ya gozaban de tal beneficio los nobles, los clérigos, los Doctores y Licenciados en cualquier Universidad y materia, los Abogados, los militares, las mujeres todas, los Procuradores de las ciudades, los labradores y artesanos, los menores de veinticinco años, los criadores de caballos... ¿A quién, pues, se iba a aplicar la prisión por deudas? O, preguntado de otro modo, ¿quién no estaba exento de la aplicación de tal medida? En lu-

351. Cfr., artículo 287 de la Constitución de Cádiz, 1812: «Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito que se le notificará en el acto mismo de la prisión».

Artículo 2.º de la Constitución de 1869: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito». (Este artículo no es innovador, pues ya estaba vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855).

352. Cfr., notas 329 y 339.

353. ASSO y MANUEL, *Op. cit.*, pág. 330. ELIZONDO, F. A., *Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 5.ª impresión, tomo I, pág. 116, y tomo II, pág. 44; SALA, *Op. cit.*, pág. 304 del tomo II.

gar de derogar bruscamente y de modo general la institución, el legislador la fué matando poco a poco hasta que por consunción se extinguiera.

La consulta de las obras de los procesalistas de principios del siglo XIX nos confirman tal idea. En 1806 LUCAS GÓMEZ NEGRO escribe en Valladolid estas palabras: «El depósito (de bienes) y la fianza de saneamiento apenas están en uso, porque como su efecto sólo es liberar de la prisión al deudor, y las leyes han extendido tan excesivamente el privilegio de no poder ser presos por deuda civil, que alcanza, además de los nobles y los que gozan el privilegio de tales, a los labradores, artesanos, mujeres y menores de veinticinco años...; y como la servidumbre que nuestras antiguas leyes decretaron del deudor al acreedor que no le podía pagar, que era la causa principal de encarcelar al primero, se han abolido por las modernas (?), apenas interesan ya para nada la prisión ni la fianza y depósito, y los acreedores tampoco la piden»³⁵⁴. El párrafo es tan claro y razonado que sirve de justificación a nuestras anteriores reflexiones.

Pero además no es el único en el mismo sentido. En 1840 Juan María RODRÍGUEZ, al hablar de la cesión de bienes, dice que «se llama beneficio (a esta institución) porque, en efecto, por la cesión se libraba el deudor de la prisión en los tiempos en que podía ser preso por deudas». Lo que claramente quiere decir que en Sevilla y en 1840 ya no se apresaba por deudas a nadie³⁵⁵.

Análogamente ORTÍZ DE ZÚÑIGA dice en 1852, después de definir qué es la cesión de bienes, que «no estando ya autorizada en la práctica la prisión por deudas, sino de los comerciantes y mercaderes cuando interviene dolo o engaño, es in-

354. GÓMEZ NEGRO, Lucas, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1806, pág. 181. El interrogante es nuestro, pues ni él cita ni nosotros conocemos qué «leyes modernas» puedan ser esas, como no se refiera a los principios constitucionales de la libertad individual.

355. Juan M.^a RODRÍGUEZ, *Apuntes sobre la práctica forense*, Sevilla, 1840, cuaderno 5.^o, pág. 34.

significante para las demás clases aquel beneficio (el de cesión de bienes) dispensado por la ley de Partida»³⁵⁶.

Citemos por último el testimonio de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, principal autor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855³⁵⁷. Al explicar las razones de las reformas introducidas por la Ley procesal de 1855 dice que si se incluyeron en dicha ley muy escasas excepciones respecto a los bienes ejecutables, fué por «la consideración importante de que no tenía lugar ya la prisión por deudas: cuanto más suave sea el Derecho respecto a las personas de los deudores, más riguroso debe de ser el relativo a los bienes, que son el único medio que tiene el acreedor para reembolsarse»³⁵⁸.

La responsabilidad personal ha quedado, pues, eliminada; sólo vale la patrimonial, y en este aspecto ya no se utiliza tampoco ninguna personal medida coactiva contra el deudor, pues la ejecución por vía de apremio se hace en todo caso directamente, sin intervención del deudor.

Y después del párrafo transcrito, GÓMEZ DE LA SERNA añade la siguiente aclaración: «Y se abstuvo (la Comisión redactora de la Ley de Enjuiciamiento) de propósito de tratar de la cuestión de la prisión por deudas, porque cualquiera que fuera la opinión individual de los que componían la Comisión estaban todos de acuerdo en que no cabía su *restablecimiento* dentro de los límites que fijó la ley³⁵⁹ al otorgar al gobierno

356. ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Elementos de práctica forense*, Madrid, 1852, tomo II, pág. 55.

357. Sobre él, cfr., FAIREN GUILLÉN, V., *Estudio histórico crítico de la ley procesal de 1855*, Comunicación al I Congreso Iberoamericano-filipino de Derecho Procesal. Cfr., también nuestro *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, «Rev. de Derecho Procesal», 1960, 1, págs. 39 a 138, en especial, págs. 123 y sigs.

358. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, pág. 158.

359. Se refiere a la ley de Bases de la Ley de Enjuiciamiento. El Proyecto de dicha ley se presentó a las Cortes el 31 de enero de 1855, se modificó y se estudió, y la Comisión empezó a redactar la ley el 13 de mayo del mismo año, presentándola a las Cortes el día 5 de octubre. Cfr., sobre esto, nuestro trabajo ya citado, pág. 124. La Ley de Bases

la autorización para la compilación y arreglo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas son las razones —concluye— por que no se reprodujo los privilegios concedidos en otros tiempos a los labradores, criadores de ganado caballar, fabricantes y mineros. *Ante la ley que protege a todos por igual deben desaparecer los privilegios concedidos a clases determinadas*»³⁶⁰.

Es decir: la ley de 1855 deroga las leyes permisivas de la prisión, pero no la elimina de la práctica, puesto que ya no se aplicaba; por eso habla el legislador de que hubiera tenido que ordenar el *restablecimiento* y no la simple continuación de la misma. Y derogadas aquellas leyes primitivas huelgan ya las que establecían las causas de exención.

Así, pues, la prisión coactiva del deudor desaparece en la práctica a fines del siglo XVIII o principios del XIX, y es desterrada definitivamente del campo legislativo por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

V. LA PRISION POR DEUDAS EN EL DERECHO ARAGONES

I. Consideraciones generales.

Las peculiares características del desarrollo histórico del Derecho aragonés obligan al historiador de cualquiera de sus instituciones a realizar una periodificación acorde con aquellos caracteres y no con datos o hechos meramente externos de la Historia política aragonesa ni con fenómenos generales de la historia jurídica. Así, por ejemplo, una cesura entre época de Derecho local medieval y época de Derecho territorial en la misma Edad Media, es poco adecuada al Derecho de Aragón, reino en el que la aparición de fuentes de Derecho real territorial, como el Código de Huesca y sus adiciones posteriores, no determina la inmediata pérdida de vigencia de los Derechos locales³⁶¹.

puede verse en la RGLJ, año 1855, junto con la discusión parlamentaria; cfr., págs. 310 y sigs.

360. *Op. y loc. cit.*, en nota 358. El subrayado es nuestro.

361. GARCÍA GALLO, A., *Manual*, I, 2.º, pág. 398.

Por otra parte, «el esclarecimiento de la historia jurídica aragonesa en sus orígenes tropieza con grandes inconvenientes»³⁶², sólo en parte reducidos merced a los trabajos y ediciones de fuentes llevadas a cabo por RAMOS LOSCERTALES³⁶³. Además, es de tener siempre en cuenta que el Derecho aragonés se caracteriza por su homogeneidad interna y suave continuidad de desarrollo, no observándose en él cambios bruscos al comienzo de la Baja Edad Media³⁶⁴.

Teniendo en cuenta todo ello se puede dividir la Historia del Derecho aragonés en tres grandes fases sin importantes diferencias entre la primera y la segunda en orden a las fuentes de creación de Derecho y a su orden de prelación, y considerando la tercera como una fosilización de la anterior. Estos tres períodos comprenderían. 1.º Desde esos oscuros orígenes ya aludidos hasta el siglo xv, concretamente hasta 1437. 2.º) Desde 1437 en que se concluyen las Observancias de DÍAZ DE AUX hasta los Decretos de Felipe V en 1707 y 1711. 3.º) Desde esta última fecha hasta la codificación, o, más exactamente por lo que respecta al Derecho civil, hasta la publicación del Apéndice de 1926.

No es este lugar adecuado para la explicación de los motivos de esa periodificación ni para exponer con detalle el orden de prelación de fuentes en los sucesivos sistemas³⁶⁵. Si hemos traído a colación estas consideraciones ha sido para justificar someramente la división que vamos a hacer en el estudio de la prisión por deudas en Aragón y que, en general, se amoldará al esquema antes citado.

En el primer período incluimos todas las fuentes anteriores a la redacción y publicación de las Observancias de DÍAZ DE AUX. Así, pues, las Recopilaciones privadas aragonesas, el Código de Huesca de 1247 y los Fueros de Cortes cele-

362. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G., *Curso...*, pág. 93.

363. Cfr. sus redacciones de las Recopilaciones privadas aragonesas en AHDE, I, pág. 400 y sigs.; II, pág. 491, y V, págs. 389 y sigs. Cfr. su estudio precediendo al texto del Fuero de Jaca por él editado.

364. Cfr. GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, pág. 396.

365. Cfr. GARCÍA GALLO, *Op. y loc. últimamente cit.*, págs. 396 a 403.

bradas entre 1247 y 1436 constituirán el nudo fundamental de fuentes territoriales de esa época. Pero junto a ellas hay que estudiar también los cuerpos del Derecho local, en especial el Fuero de Jaca, ya que los demás Fueros locales que regulaban la prisión por deudas —los de Teruel, vigente hasta 1598³⁶⁶, Albarracín, Daroca y Alfambra— fueron estudiados en otro lugar. Como obra de enorme valor para la interpretación del Código de Huesca se examinará la de VIDAL DE CANELLAS³⁶⁷.

Al excluir, por las razones que en su momento quedaron expuestas, los Fueros del Bajo Aragón, y como quiera que en las redacciones privadas (publicadas por RAMOS LOSCERTALES³⁶⁸ no hay preceptos relativos a la prisión por deudas, las únicas fuentes de esta fase en que se regula la institución aquí estudiada son: el Fuero de Jaca de 1064³⁶⁹, las Constituciones de las llamadas Cortes de Huesca de 1188³⁷⁰, la última redacción del Fuero de Jaca publicada también por RAMOS LOSCERTALES, los Fueros de 1247³⁷¹, y, aunque no como fuente de creación, el «Vidal Mayor»³⁷²; finalmente, entre la legislación de Cortes desde 1247 a 1436, sólo se refieren a la prisión por deudas, y de modo indirecto, los Fueros de 1381 y 1428, que en su lugar comentaremos.

Los años de 1436 y 1437 son el comienzo del segundo período. Y ello es así por dos razones: una, la ya expuesta de la publicación de las Observancias, y otra, la de que en 1436 y en las Cortes celebradas en Alcañiz se dan unos Fueros que

366. Cfr. la renuncia a los Fueros de Teruel, hecha en el año 1598, en GARCÍA GALLO, *Manual...*, fascículo dedicado a textos, núm. 361.

367. Se citará siempre como VIDAL MAYOR.

368. Cfr. nota 363.

369. Cfr. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección...*, pág. 235 y sigs.

370. Cfr. AHDE, I, pág. 398 a 400.

371. Hemos consultado la versión editada por Gunnar TILANDER sobre el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid; la edición que incluyen SAVALL y PENEN en el tomo I de su edición de los Fueros; y la versión editada por LACRUZ BERDEJO, sobre el manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza.

372. VIDAL MAYOR, Traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei thesauris*, de VIDAL DE CANELLAS, G. Tilander, Lund, 1956, tres tomos.

modifican el tratamiento del deudor en orden a su prisión. Razones de índole general y ésta íntimamente relativamente a nuestra institución, justifican sobradamente que configuremos ese segundo período como comprendido entre 1436-1437 y 1707-1711. En él se estudiarán las Observancias de DÍAZ DE AUX³⁷³, los Fueros de las Cortes celebradas entre 1436 y 1646 (último año en que se ocupan de legislar sobre la prisión por deudas) y las obras de literatura jurídica, cuyos autores tanto ayudan a la comprensión y recta interpretación de las fuentes de creación, indicando además hasta qué punto y de qué modo están éstas en uso.

Para el tercer período se utilizan preferentemente fuentes de literatura jurídica que permitan conocer la aplicación o desuso del Derecho anterior a los Decretos de Felipe V.

2. *La prisión por deudas en el Derecho aragonés anterior a 1436.*

A). Los textos más antiguos concernientes a la prisión por deudas pertenecen al Fuero de Jaca, 1064. En uno de ellos se preceptúa que nadie pueda ser preso «dando fianzas de vuestro pede»³⁷⁴. En el otro, más complejo y más extenso, se establecen los siguientes principios: a) cualquier hombre que deba ser preso por deudas (*pro avere quod debeat*) ha de serlo con intervención del merino real; b) el deudor tendrá por cárcel no la casa del acreedor, sino la prisión pública, siendo el carcelero real quien custodie al preso; c) al cabo de tres días de prisión el acreedor debe alimentar diariamente a su deudor, y si no hace, el carcelero pondrá en libertad al preso³⁷⁵.

Es difícil interpretar estos preceptos tanto por el incompleto dibujo de su contorno como por no haber en el Derecho

373. Van incluidas en el tomo II de la edición de SAVALL y PENEN.

374. FJaca, 1064, MUÑOZ, *Colección...*, pág. 237: «Et quod nullus ex vobis sedeat captus, dando fianzas de vestro pede».

375. FJaca, 1064, *Ibidem*, pág. 238: «Et si aliquis homo est captus pro avere, quod debeat ille qui voluerit capere illum hominem cum meo merino capiat, et in palacio meo mittat, et meus carcerarius servet eum, et tribus diebus transactis, ille qui cepit eum det ei quotidie unam obulatam panis, et si noluerit facere, meus carcerarius ejicit eum foris».

de este período otros textos que puedan servirnos de ayuda o complemento. RAMOS LOSCERTALES advirtió ya ³⁷⁶ que el Fuero primitivo de Jaca y las sucesivas confirmaciones formaron siempre un cuerpo independiente de las redacciones privadas del Derecho del Alto Aragón, y aun de la última redacción del Fuero de Jaca. Y, en efecto, este caso es un ejemplo de tal independencia, pues ni en la redacción última del Fuero de Jaca ni en la de los Fueros de Aragón de 1247, hay ningún fragmento análogo a estos dos del Fuero de Jaca de 1064. Por consiguiente hemos de limitarnos forzosamente a lo que en ellos se dice, para intentar comprenderlos.

Parece claro que en el primero de ellos se alude a la existencia de una garantía personal distinta a la prisión efectiva y que, incluso en el nombre «fidanzas de vestro pede», sería análoga a la que en otro momento llamamos prisión aparente, o, como los Fueros castellanos decían, garantía de «meter el pie» ³⁷⁷. Pero dado el laconismo del texto, cualquier intento de configurar con más precisión su contenido y alcance sería una mera especulación imaginativa.

En cuanto al segundo párrafo no hay duda de que se refiere a prisión por deuda impagada («pro avere quod debeat»), y no a una prisión para asegurar la comparecencia en juicio. Lo demuestra el hecho del deber de alimentación por parte del acreedor, y, sobre todo, el hecho de que el preso quede en libertad si no se le da de comer, pues si se tratase de una prisión preprocesal desembocaría tarde o temprano en el juicio y no inmediatamente en la libertad («ejiciat eum foris») del preso.

Este es, pues, un deudor que, o no discute la deuda, o ha sido vencido en juicio. Y es, además, insolvente, pues si no lo fuese se alimentaría probablemente a su costa y no a la del acreedor. Ahora bien, pese a todo ello, la prisión ¿se transformaba en servidumbre del deudor? Es decir: si a partir del tercer día el acreedor alimentaba al deudor preso, ¿adqui-

376. Cfr. su estudio previo a la edición de FJaca, pág. XV.

377. Cfr., anteriormente, notas 15 y 54 el texto correspondiente en cada caso.

riría con ello algún derecho sobre la persona o al menos sobre su trabajo? Cualquier conjetura para responder a estas preguntas ha de estar montada en el aire, pero aun con plena conciencia de ello se puede aventurar la idea de que, si el preso era insolvente, la alimentación a costa del acreedor sería un absurdo mientras el preso continuara en la cárcel del rey, pues ya que, dada la insolvencia, el acreedor no podía esperar a que el transcurso del tiempo mejorara la situación del deudor, alimentarlo y tenerlo preso sería un gasto inútil. Es, pues, posible que la salida normal de esa prisión del deudor fuera la servidumbre, y que sólo cuando el acreedor no quisiera alimentarlo, la posibilidad de servidumbre se extinguiera y el deudor fuese puesto en libertad.

Más de un siglo posterior al Fuero de Jaca de 1064 es el único texto que contiene preceptos similares a los ya citados. Se trata del párrafo 10 de las Constituciones de las Cortes (?) de Huesca de 1188³⁷⁸. En él se establece que las autoridades judiciales de cada ciudad deben obligar al demandado a que cumpla lo que deba («... faciant fieri clamanti directum»), o deben satisfacer directamente al demandante con las cosas del demandado («de rebus illius de quo fit querimonia»). Estas palabras equivalen a una admisión, bien que imprecisa de la ejecución patrimonial. Pero con ser esto muy importante lo son aún más para nuestro tema las palabras siguiente: «set si non habuerit, reddant corpus illius conquerenti».

Según esta norma, la prisión del deudor es admitida cuando éste es insolvente, cuando no tiene cosas. Y parece lógico que no fuera una mera prisión, pues siendo el deudor insolvente, la entrega de su cuerpo al acreedor demandante sólo podía ser valiosa para éste si le daba derecho sobre la persona y la actividad del deudor. El texto es, pues, muy importante y

378. Cfr., nota 370: pfo. 10: «Nulla civitas, nec aliqua villa, faciat marcham in aliam villam postquam in illam qua fuerit fideiussor vel debitor, set veniat ille qui conqueritur ad illum locum ubi fuerit ille de quo fiet querimonia, et ostendat querimoniam suam justiciis, merinis, zavalmedinis, iudicibus, et alcaldibus et illi faciant fieri clamanti directum, vel satisfaciant illi de rebus illius de quo fit querimonia, set si non habuerit reddant corpus conquerenti...».

bastante claro. Pero ¿hasta qué punto lo aceptarían y cumplirían las ciudades aragonesas, ¿Cuál sería su ámbito de vigencia y la intensidad de su aplicación práctica? De momento no es posible contestar a estas preguntas; luego, el examen de algunos párrafos de los Fueros de Aragón de 1247 (edición de TILANDER) y del «Vidal Mayor» podrá auxiliarnos para encontrar respuesta.

B) Se ha dicho que los preceptos comentados aquí, pertenecientes al Fuero de Jaca de 1064, no pasan a la redacción lemosina o catalana del Fuero de Jaca. En esta «última redacción» (así la llama RAMOS LOSCERTALES en el subtítulo de su edición) la posibilidad de apresar al deudor aparece tan sólo en relación con las garantías de estar a derecho, las llamadas en Derecho aragonés «fianzas de derecho» en sentido amplio.

Con este tipo de garantías se pretende asegurar la comparencia en juicio del demandado, pero también el cumplimiento de la sentencia para el caso de que ésta fuese adversa para el demandado. Pues bien, en el Fuero de Jaca se mencionan tres formas de garantizar esa comparencia y quizá la ulterior sentencia, pero los párrafos en que se establecen esas garantías no tienen un sentido pleno y suficiente. Veámoslos.

En una ocasión se dice que cuando el acreedor demandante no pueda obtener satisfacción del demandado, ha de proceder a tomar las medidas oportunas. Y así, si el demandado tiene «prendas vivas», el acreedor las toma como garantía; y en caso negativo, señala la heredad o las casas del demandado sucesivamente, esto es, primero una, y si pasados tres días el demandado no ha comparecido a dar satisfacción a su acreedor, éste señala otra casa y así hasta que estén todas señaladas³⁷⁹. Pero,

379. FJaca, 183: «De metre synnal en portes de casses.—Quant algun home aura clams daltre per dines o per altres coses et non puyra auer dreyt del, si non ha peynnora biua qual manda lo for aquel que fa tort, lo çalmedina o altre bayle de la uila faga metre seytnal en les heredatz o en les cases daquel que fa tort, quar lo çalmedina o altre bayle puyt oya lo clam et es manifesta cosa que fa tort, de razon es et de dreyt que mostria seytnal ad aquel que tort ten en la manera que sobre dit es; mas pero si aquel que ten tort a cases en aya dos portes o tres o mas, lo bayle lo primer dia fara seytnal ad aquel que ten tort

¿en qué consiste la acción de señalar la puerta de las casas, qué significado tiene? Ni éste ni otros párrafos del mismo Fuego aclaran esta cuestión.

En otro lugar se examina la posibilidad de que el demandado que tenga «peynnora biva» la escondiera en su casa para impedir que el acreedor la tomase en garantía. Si así sucede, el acreedor debe colocar un hombre suyo a la puerta de la casa del demandado, desde la mañana hasta la noche («del maytin troa que pareyscan les estreles»), para prender a la bestia cuando saliese de la casa; y si no lo consigue, se procede al cabo de tercer día a señalar casas del demandado o, si éste no tiene casas, el señor de la villa coge el cuerpo del deudor-demandado y lo apresa³⁸⁰.

en la mayor porta; et si per aventura troa tres dies apres passatz non fa dreyt al clamant deu metre altra seynnal en l'altra porta, et assi de tres en tres dias deu seynnalar les portes troa que totes sien seynnalades».

380. F. Jaca, 188: «De peynnorar o mostrar seynnal.—Quant sobre algun clam uoldra algun peynnorar son deudor, et lo deutor aura peynnora biua qual mostra lo for, si la escont en casa deu metre la crededor son home a la porta de son deudor por tres dies, del maytin troa que pareyscan les estreles, et si la bestia del deudor no ysc de fora dintz aquetz tres dies, lo seynnor de la uila pot metre seynnal en les cases o el cos del deutor».

FJaca, 233: «De qui escont sa peynnora en casa.—Quant sobre algun clam uoldra algun peynnorar son deutor, et lo deutor aura peynnora biua qual mostra lo for, si la escont en casa per que non la y peynnoria, deu metre la crededor son home a la porta de son deutor per tres dies, del maytin entroa que pareysquen les estreles, que si la bestia del deutor ysc de fora que la peynnoria; et si dintz aquetz tres dies la bestia del deudor no ysc de fora lo seynnor de la uila pot metre seynnal en les cases o el cos del deutor si cases non ha».

Como se ve los pfos. 188 y 233 son casi idénticos y no difieren en nada relativo al fondo del precepto. Esta duplicidad de textos se da también en otros casos; así, como veremos, entre el 206 y el 246. El redactor de FJaca tenía a la vista otras redacciones de las que iba tomando los textos complementarios; sin embargo en alguna ocasión copia preceptos que aun estando ya en la otra redacción, tienen una forma más minuciosa en la segunda. Esta es una hipótesis para explicar lo ocurrido, pero es posible que la dualidad se deba a razones ocultas para nosotros.

Así, pues, queda claro que en defecto de prendas vivas, se acudía a vincular de alguna manera las casas, y que en defecto de ambas garantías el deudor era apresado. Pero no se nos dice cómo se realizaba la prisión, en qué consistía, ni hasta cuándo duraba. No sabemos si terminaba simplemente con la celebración del juicio, o si en algún caso se prolongaba hasta transformarse en prisión del deudor vencido en juicio.

Hay también otro texto, en el que se acude, en última instancia, a la prisión del demandado. Se trata del caso en que éste promete dar fiador de derecho. Si consigue encontrar un fiador de la misma ciudad, el acreedor lo acepta y no insiste más en exigir otros medios de garantía; pero si las gestiones del demandado no tienen éxito en su propia ciudad, se le permite que dé fiador «de la primera crotz», o de la segunda o, en último término, de la tercera; expresión ésta quizá equivalente a la primera o segunda o tercera villa. Y si en ninguna de las tres hallase fiador, el Fuero le ordena que se entregue «en poder de la iusticia et complyscá dreyt»³⁸¹. Sólo aparece clara la subsidiariedad de la prisión del demandado, pero también quedan oscuros los puntos que en la anterior ocasión permanecieron sin explicación.

Esto es todo lo que el Fuero de Jaca dice sobre la prisión civil. Cuando la regla parece que trata de la prisión del demandado, pues se toma a éste preso en un momento en el que aún no ha sido vencido en juicio; es una medida subsidiaria, a la que se recurre en defecto de fianzas reales o de fiador personal. Y no sabemos nada más, porque los textos no especifican otra cosa ni añaden nuevos detalles³⁸².

381. F. Jaca, 203: «De fiança de dreyt sobre peynnora.—Qui per peynnoria ad altre sobre algun fayt et lo qui es peynnorat promet fiança de dreyt, lo qui peynnora deu demandar en que uoz o en que li uol donar fiança si en uoz de nec o com, pero prenga fiança de sa porta ço es de sa uila. Mas si lo qui uol dar fiança non la pot donar daquela uila, iurant que daquela uila non la pot auer, dongala de la primera crotz et si non de la segonda, et si non de la tercera, et si de ninguna destes crotz no ne pot auer rendasse en poder de la iusticia et complyscá dreyt».

382. De interés secundario o más bien indirecto son los pfos. 206 (el 246 es igual al 206), 238 y 240. En el primero se establece que los

Pero esta insuficiencia y oscuridad de los preceptos del Fuero de Jaca puede ser suplida, en parte, comparándolos con algunos Fueros de las redacciones de 1247. La ya conocida relación entre el Código de Huesca y el Derecho de Jaca³⁸³ se pone también de manifiesto en esta ocasión, pues los párrafos del Fuero de Jaca mencionados poseen textos equivalentes en las redacciones de los Fueros de 1247 (especialmente en la editada por TILANDER), y son comentados en el Vidal Mayor.

No obstante, aunque en los Fueros de Aragón (TILANDER) están todos los párrafos equivalentes a los del Fuero de Jaca relativos a la prisión de deudor, no ocurre lo mismo a la inversa, pues algunos muy importantes preceptos de los Fueros de 1247 no tienen ningún párrafo correspondiente en el Fuero de Jaca. Por eso ha sido expuesto primeramente en su totalidad lo que el Fuero de Jaca establece sobre prisión civil, y se examinará a continuación y separadamente esta misma materia en los Fueros de Aragón de 1247³⁸⁴, si bien haciendo mención de aquellos puntos del Fuero de Jaca que resulten iluminados con el estudio de las redacciones del llamado Código de Huesca; todo ello a riesgo de incurrir en algunas repeticiones que estimamos no serán del todo ociosas³⁸⁵.

fiadores han de procurar que el deudor pague; en el 238 y el 240 se permite a los fiadores que antes de responder con sus patrimonios particulares por el incumplimiento del deudor, puedan poner la heredad del deudor en mano de corredor, y venderla para pagar con el precio al acreedor. Aluden, pues, a formas de garantizar las obligaciones que no tiene relación con la prisión.

383. Cfr. G. SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 94; GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, pág. 355. Y RAMOS LOSCERTALES, a lo largo de la introducción a su ed. de F. Jaca.

384. De las tres ediciones manejadas de los Fueros de 1247, la que posee un mayor número de Fueros relativos a la prisión es la romanecada editada por Gunnar TILANDER. Muchos de sus párrafos faltan tanto en la versión romance publicada por JACRUZ como en la versión latina de SAVALL. Por eso se toma, en general, como base la de TILANDER, que es la que está, además, más de acuerdo con «VIDAL MAYOR», hasta el punto de encontrarse entre ellos conexiones que no se dan entre la obra de CANELLAS y las otras redacciones.

385. Una posible fuente de aplicación de la prisión por deudas en Aragón sería el Liber iudiciorum en la medida en que éste fuese cono-

C a) El párrafo 17 de los Fueros de Aragón (TILANDER)³⁸⁶ examina el caso ya contemplado en el Fuero de Jaca, referente al demandado que oculta sus animales dentro de su casa para evitar que su oponente en el proceso pueda tomarlos en prenda. Si al final del tercer día de estar un mensajero del demandante guardando la puerta de la casa del demandado no ha sido posible tomar «prenda viva», se recurre a otra garantía. En este punto, precisamente de importancia para nosotros, las redacciones de los Fueros de 1247 difieren entre sí, ya que mientras en las versiones de TILANDER y LACRUZ BERDEJO no se menciona la prisión del demandado³⁸⁷, en la

cido y utilizado en dicho territorio. RAMOS LOSCERTALES, en la breve introducción a su edición de una de las recopilaciones privadas aragonesas (AHDE, V; pág. 389 y 390) explica que el manuscrito en que se halla tal recopilación contenía también numerosas disposiciones de la Lex Wisigothorum, las más de ellas adaptadas a las necesidades jurídicas de la época y la tierra. Como el manuscrito es del siglo XIII («de la francesa de principio del siglo XIII»), quíérese decir que en esa época al menos se aplicaba en Aragón parte del Liber, pues si no se explica para qué habían de copiarse tales leyes, y menos aún adaptarlas al tiempo y lugar. Sin embargo, ninguna de las cuarenta y cinco leyes del Liber incluidas en este manuscrito guardan relación con la prisión del deudor.

386. F. ARAGÓN (TILANDER), 17: «Quando algun omne quiere pendrar a otro sobre algun clamo et aquest a qui quieren pendrar a pendra uiua, segun que iutga el fuero, e la tiene en so casa por que aquel qui se clama d'el non lo pueda pendrar, deue el querellant embiar so mesatge a la puerta d'aquel de qui recibe tuerto, e deue seer aquel mesagero ad aquella puerta por tres dias de la manana troa que paresca la estrela, que ueya si ixira aquella pendra de fueras, que la pueda pendrar. E si non exiere en aquellos III dias de fueras, el sennor de la ujlla con raçon e sin tuerto nenguno podra meter sennal depues en las casas e en las heredades d'aquel omne, si non oujere casas».

Equivale a F. Jaca, 188 y 233 —cfr., nota 380—, F. Aragón, LACRUZ, pagfo. 16, Vidal Mayor, II, 20, y ya incluido en la rúbrica de «pignori-bus» de la versión latina (SAVALL, II, pág. 96).

387. F. Aragón (LACRUZ), pagfo. 16, *in fine*: «... pora meter senyal en las ditas casas o en las otras cosas».

388. SAVALL, *Loc. cit.*: «... signale mittere in casas, aut in corpore de illo homine nisi habuerit casas».

versión latina ³⁸⁸, acorde aquí con el Fuero de Jaca, 188 y Fuero de Jaca, 233 ³⁸⁹, se establece que en defecto de prendas vivas y de casas, se prenda el cuerpo del demandado.

La lectura de Vidal Mayor ³⁹⁰ hace pensar que en la práctica sí se acudía a la prisión del demandado cuando éste no daba bienes semovientes que pudieran tranquilizar al demandante. De modo que la prisión del demandado se aplicaba en defecto de la garantías reales que él mismo hubiera podido presentar; si daba prendas vivas o señalaba sus casas no era preciso, y en caso contrario, se procedía a «emparança de su persona».

También en el párrafo 206 de los Fueros de Aragón (TILANDER) y en la versión latina de los Fueros de Aragón ³⁹¹ se

385. Cfr. nota 380.

390. VIDAL MAYOR, I, 20: «De eodem: Sj qui deue ser peyndrado dixiere que ha biuos peynnos, l'alcalde non puede passar contra eilla emparança de la persona o de las cosas o de las otras posesiones d'eill entoaque sea peydrado eill o sea sabido que no a peynnos biuos, segunt la forma que se siegue de iuso. Establescemos que, quando alguno contradize que non deve ser feyta emparança de sus cosas, afirmando que ha peynnos biuos; deue mostrar la puerta por ont entran et saillen aquellos peynnos biuos; maguer que aqueilla casa aya muitas puertas, una puerta deue mostrar, por quoral suelen entrar et saillir aquellos peynnos biuos. Et esto feito, el creedor ho el qui faze quereilla d'eill deue ser en aqueilla puerta por si o por otro de la maynnana entoa las estreillas continuadament, e si en aquellos tres dias por aqueilla puerta no entraren et saillieren los peynnos uiuos o otras cosas que ualgan mas que aqueillo por que la peyndra se faze que sean d'aqueil de qui aqueilla puerta mostro, que pague LX sueldos adaquieil que aqueilla puerta mostro et deue ser puynnido por aqueilla misma pena, si los peynnos que entran et saillen por aqueilla puerta reueillare por si o por otro. Et l'alcalde deue passar contra eill a emparança de la persona o de las casas o de las cosas mouibles, segunt la orden del fuero en estos casos entrambos. E la goarda que fue puesta en aquellos tres dias en la dita puerta sera creydo en susimple palaura sin iura que peynnos non entraron nin saillieron por aqueilla puerta, et si por auentura el que assigno la puerta non prouare abastadament el contrario».

391. «Si aquel qui fore pndrado por alguna cosa promete fiança de dreito ad aquel qui lo pndra, aquest qui pndra deve demandar al pndrado si porpara a el fiança en uoç de niego, negando le so demanda, o en qual uoç. Enpero guarde se aquest qui pndra que reçiba fiança d'aquel logar ont es aquella cosa sobre qui es el pleito, si fore la demanda feita sobre sedient, e si la demanda fore feita sobre cosa

permite al demandado dar fiador de derecho. Ha de procurar que sea de la misma villa, pero se le permite que lo dé hasta de la «tercera cruz». Si no lo encuentra, el demandado «metasse en poder de la cort troa que aya cumplido dreyto al clamant, e con tanto deve seer oydo». Hasta aquí la coincidencia de los Fueros de 1247 y la última redacción del Fuero de Jaca es completa. Por su parte, Vidal de CANELLAS, en el párrafo V, 45 del «Vidal Mayor», interpreta el Fuero últimamente citado de los de 1247, sin añadir ninguna idea de interés ³⁹².

b) Pero en la obra de Vidal de CANELLAS hay un extensísimo fragmento en el que se expone una visión de conjunto

mueble, deve recibir fiança d'aquel logar ont es aquel a qui la demanda es feita. Enpero, si aquest pendrado non puede dar fiança del logar o biue aquel qui lo pendra de fiança de primera cruç, e si non la puede auer, iurando que non la puede auer, de fiança de segunda cruç, iurando que non la puede auer, de fiança de tercera cruç. E si non puede auer fiança de nengun logar, meta se en poder de la cort troa que aya cunplido dreito al clamant, e con tanto deve seer oydo». Equivale en versión latina al párrafo copiado por SAVALL, *Op. cit.*, II, pág. 107, cuyo final es el siguiente: «... tradat se custodiae Curiae, quosque ius compleat conquerenti». Equivale también a FJaca, 203. Falta en F. Aragón (LACRUZ).

392. VIDAL MAYOR, V, 42: «De eodem.—El peyndrador deve demandar al peyndrado qui offresce fiador sobre su peynno de estar a dreito si da aqueill fiador en uoz de niego sobre aqueillo que dize o firma que non deve aqueillo que li es demandado o si da aqueill fiador por alguna otra razon; et si segunt su respuesta deve ser recebido el fiador, deve lo recibir de su puerta, et es assaber que sea d'aqueill logar o es aqueilla cosa de que se lieva el pleito, si aqueill pleito es de cosa non mouible, o si de cosa mouible, d'aqueill logar o mora el qui sostiene a la partida del reo. E si aqueill peyndrado iurare que non puede auer fiador abastant d'aqueill logar, deve dar de la primera cruz, et si de la primera cruz iurara que non puede dar, deve dar de la segunda cruz, et si iurare que de la segunda cruz non puede dar, deve dar de la tercera cruz. Et si tal non podiere dar en ninguna guisa, rendiendo la su persona a la cort, sera oydo en el pleito, como si ouiesse dado fiador. Et esto, que es dito de fuerça de fuero, et estas cosas que son escriptas aqui sean demandadas mas fuerment, empero de igoaldat et de mesura, d'aqueill mismo fuero. Fiador abastant de estar a dreito es aqueill en qui es conoscido los dreitos de la cort que sean salvos, segunt que es declarado mas complidament en la rubrica De satisfando».

sobre la citación y las formas de castigar la contumacia del demandado. Los párrafos del Fuero de Jaca y de los Fueros de Aragón que hasta aquí se nos mostraban inconexos, son explicados por el gran jurista con bastante claridad e incluso con cierto orden en la exposición. No es que aluda a los Fueros antes citados, pero leyendo despacio este fragmento del «Vidal Mayor» empezamos a entender el sentido y la aplicación de aquellos Fueros que por sí solos se mantenían en un claro-oscuro de difícil comprensión ³⁹³.

Se trata del párrafo I, 69 del «Vidal Mayor», titulado «De citando et in possessione mittendo et contumacia punienda» ³⁹⁴.

a') El primer supuesto en él examinado es el de la demanda de cosa inmueble que está en posesión del demandado, quien dice tener plena titularidad sobre ella. En éste, como en los demás casos siguientes, si el demandado comparece en juicio al primer día de haber sido citado no se toma ninguna garantía pre-procesal, puesto que su presencia en juicio las hace por completo inútiles ³⁹⁵. Pero si no comparece se toman medidas de seguridad, todas ellas recayentes sobre la cosa inmueble litigiosa, pasando ésta a poder del demandante al cabo de año y día, y a ser de su plena propiedad al fin de treinta años y un día. Es decir, la contumacia del demandado se transforma en pérdida del proceso, y las medidas sobre la cosa

393. Como puede observarse tenemos constantemente cuidado de no simplificar con una exposición en exceso sistemática, las dificultades internas de los textos. Creemos preferible interpretarlos sin disimular nunca sus problemas y exponer esta interpretación de un modo dinámico, tal como se va avanzando en ella, al tener en cuenta nuevos elementos. La exposición en que se eludieran estos obstáculos que, paso a paso, vamos salvando sería, sin duda, de más fácil y cómoda lectura, pero perdería en veracidad lo que ganase en sencillez. Tanto como el resultado casi, importa señalar los problemas y el modo como se resuelven.

394. El párrafo es extensísimo. Por ello hacemos un resumen sistemático de su contenido, intercalando entre comillas las frases de más importancia.

395. Hecho éste que hay que tener siempre en cuenta, y sobre el que se volverá más adelante. En el mismo sentido, cfr., F. Aragón (TILANDER), pág. 51; Fuero *De dilationibus*, en SAVALL, II, pág. 98, y pfo. I, 52, del Vidal Mayor.

litigiosa, en ejecución de forma específica de la sentencia «non nata».

b') Si la demanda es «sobre deuda de dineros» y el presunto deudor no comparece, pasado el primer día, se le señala una casa. Y a los diez días de estar la casa señalada y de no haber comparecido el demandado, «los oficiales de la cort, entrando en la casa seynnalada, si algunas cosas failaren de cosas mouibles paguen aqueill deudo, empero si non failaren cosas mouibles o si failaren non que abasten ad aqueilla paga, *la casa o otra possession deube ser dada a vender por la cort*», devolviendo el sobrante al demandado, o vendiendo otros bienes si los primeros fuesen de valor insuficiente. Y concluye advirtiendo que los oficiales deben hacer estas operaciones «mesuradament et piadosament», y perjudicando lo menos posible al deudor contumaz.

Ya sabemos, pues, en qué consistía y qué finalidad tenía ese señalamiento de las casas del demandado de que nos hablaban el Fuero de Jaca y los de Aragón de 1247. Análogamente la prenda de cosa viva³⁹⁶, previa al señalamiento de casa acababa sirviendo para lo mismo que la prenda de la casa o de las cosas en ésta contenidas.

396. F. Aragón (TILANDER), pfo. 7: «... E si aquel qui sera pendrado quisiere que la bestia pendrada se venda, sea tenuto aquel que la pendró de meter la en mano de corredor publico e sea vendida, et el precio sea dado ad aquel qui lo pendro tro al conplimiento de so deuda, et aquello que sobrare sea rendudo ad aquel qui sera pendrado. Et si, feita la vendida d'aquella pendra, el precio no bastare a pagar el deudor, pennore de cabo tantas vezes troa que cobre so deudo o so dreyto, segun la forma que es dita de suso, troa que sea pagado».

Vidal Mayor, I, 34: «De eodem.— ... Empero establecido es del seynnor rey et de la general cort loado que, cuoando quiera que el peyndrado quisiere que el peynno sea vendido et d'aqueill precio sea pagado el creedor, luego deve ser dado el peynno en mano de corredor, qui deve trayer el peynno por la villa, si es en tal logar que tales cosas a pro puedan ser vendidas ailli, et si no es tal logar, levando lo a la cibdat o al mercado o a otros logares o se pueda vender la cosa a pro et que la venda leyalment, et sacadas las messiones del corredor et de la bestia que son feytas con razon, et lo al que sea entregado en paga del creedor, et si algo finqua, que sea todo rendido al deudor. Empero, si el precio del peynno vendido non conpliere a toda la paga, el creedor podrá peyndrar por lo que finqua».

Aunque acaso parezca extraño para una mentalidad moderna, lo que en Derecho aragonés sucedía es que la simple no comparecencia llevaba consigo la pérdida del proceso. Por eso si la primera finalidad que se persigue es forzar al demandado a acudir al juicio, y para eso se retienen las prendas o se señalan las casas, si aquél persiste en su contumacia, las medidas que sólo intentaban asegurar la celebración del juicio se transforman en medidas ejecutivas. Se procede, pues, a la venta forzosa de las cosas muebles o inmuebles del deudor demandado.

Algo parecido ocurría con las prendas o garantías contractuales, pues los bienes dados como garantía real del cumplimiento de una obligación, vinculados a ésta en el momento de la celebración del contrato, eran ejecutados por los fiadores personales del deudor, haciendo constar éstos que puesto que el deudor no cumplía voluntariamente la obligación, ni los liberaba de la responsabilidad subsidiaria propia de la fianza personal, se veían obligados a poner en manos del corredor aquellos bienes del deudor que éste había señalado como garantía real del contrato cuando lo celebró³⁹⁷. Sólo si la venta de estas garantías contractuales (venta que se hacía, pues, sin necesidad de intervención judicial) reportaba un beneficio insuficiente para pagar la deuda, se acudía a «emparança de la persona o de las cosas del deudor por iudicio de la cort»³⁹⁸.

397. Cfr. F. Aragón (TILANDER), pfo. 10, equivalente a F. Aragón (LACRUZ), pfo. 8, y a F. Jaca, pfo. 238 y 240. Igualmente, cfr., F. Aragón, (TILANDER), pfos. 35 y 36, equivalentes a F. Aragón (LACRUZ), pfo. 39, y a *Vidal Mayor*, I, 8.

De la complicada mecánica interna de estas finanzas, en las que se combina siempre la garantía real sobre un bien del deudor y la garantía personal de los fiadores, sólo nos interesa señalar aquí la facilidad con que se vendían los bienes señalados del deudor.

398. *Vidal Mayor*, I, 11: «De eodem.—Si el creador tiene en peynnos algunas possessiones a cierto plazo, passado el plazo, puede peindrar al fiador o al deudor que li quiten la dita possession, et si el creador rendiere el peinno ad aqueill de qui lo tomo o a otro, quoando quiere lo puede cobrar aqueill peynno, nin tiempo de iunio loy podra embargar. Empero, si el deudor non puede pagar o non quiere, puede peindrar al fiador si lo tiene, e si el fiador quisiere, puede peindrar al deudor de peinnos mouibles o biuos, lo quuales peynnos el fia-

Es decir, que el cumplimiento de la obligación contractual, o bien se garantizaba en el momento de la celebración del contrato, o, en caso negativo o de insuficiencia de la garantía contractual, se aseguraba cuando el deudor era citado a

dor puede uender por mandamiento de la cort et pagar la deuda et redemir aqueill peinno en quoanto aqueill pretio conpliere a la deuda. E si non conpliere el pretio antedito a la paga, podra peindrar por lo que finqua et uender el peinno, segund que dito es de suso. Et si non faila peinnos al deudor, deue demandar a la cort que pueda uender aqueilla possession, toda ho en partida, segunt la quantitat de la deuda. Empero, et si el deudor peinos biuos o mouibles no ouiere, el creedor et el fiador, demandando a la cort que sean emparados, los bienes del deudor o la persona, non deuen ser oydos entroa que aqueilla possession empeynnada sea uendida en la forma que se sigue. E la possession uendida et dado pretio al creedor, por la paga que finqua, a la demanda del creedor o del fiador, deue ser feita emparança de la persona o de las cosas del deudor por iuditio de la cort, si d'aqueilla et d'aqueillo que finqua, entroa que firme la uendition de la su possession uendida. E quoando aqueilla possession deue ser uendida por tal cosa por iuditio del alcalde, deue ser dada al corredor a uender publicament. Et si, sacados los domingos et los dias de Santa Maria, ata XXX dias non pueda ser uendida aqueilla possession, l'alcalde deue recibir conuenible plazo del creedor, en quoyal plazo puede ser uendida la dita possession, el quoyal plazo passado, el deudor o el fiador non deuen auer mas de plazo, empero el creedor passara contra el fiador por peynnos, et si peynnos no ha, fara demanda que sean emparadas sus cosas e la persona, assi como la fiança fuesse principal deudor, que, passado el plaço que fue assignado por el alcalde, el fiador es tenido por la deuda, como si fuese el mismo deudor. Et si el creedor quisiere, puede constreyner al deudor, non perdonando al fiador por el deudor, et constreinner los ensemble. Et es assaber que, quoando aqueilla possession empeinnada es a uender, es en su mano del fiador que eill la uenda por auctoritat et mandamiento del alcalde o que eill la de al corredor que la uenda segunt que dito es de suso. E porque el fiador deue uender la dita possession, como dito es, deue dar fiador de saluedat de la uendition. Et si la cort, uendiere aqueilla possession, deue cobrar la carta d'aqueilla deuda o la firmeza et deue dar fiador de saluedat de la uendition, et la cort deue agoardar de dainno al dicho fiador. Et es assaber, que, si aqueilla possession fuere uendida por el fiador o por la cort, siempre deue ser feita aqueilla uendition por iuyzio del alcalde, en el quoyal iuyzio deue ser contenido por quoyal razon et por quoyal cosa et en quoyal guisa es feita aqueilla uendition, lexada et dada conuenible sustentation al deudor».

juicio. En el primer caso, pasado el día del vencimiento de la obligación, eran ejecutados dentro de ciertas formalidades los bienes dados en garantía. En el segundo, se tomaban en prenda los bienes del deudor demandado y, si éste no comparecía, se pasaba al cabo de diez días a la venta de dichos bienes para pagar con el precio obtenido al acreedor demandante ³⁹⁹.

c') Volvamos al fragmento I, 69 del «Vidal Mayor». El tercer caso que allí se examina es el de que la demanda sea de cosa mueble. Pasado el día posterior de la citación, esto es, comenzada la contumacia, se procedía a «seyunnalar las casas o las otras cosas non mouibles et fazer vender las cosas mouibles et non mouibles, assi como si fuesse la deuda por dineros». La solución es, pues, idéntica a la que se acaba de ver para las deudas de dinero.

d') Finalmente se resuelven dos especiales situaciones: la de que el demandado sea forastero y la de que sea infanzón.

Si es forastero e intenta huir para evitar así el proceso, «el demandador o sus amigos ueyendo a eill fazer tales cosas (esto es, viendo que intenta burlar al acreedor) podran retener a eill et ad aqueillas cosas» que el fugitivo llevara consigo. Y con la venta de tales cosas se daba satisfacción al demandante. Lo cual quiere decir que la tentativa de huída hace innecesario el proceso, pues se interpreta como signo de que el demandado no tiene nada que oponer. Una vez más la no comparecencia equivale a la pérdida del proceso y, por consiguiente, se acude inmediatamente a la ejecución patrimonial para satisfacer al acreedor. Si el demandado-forastero no intenta huir, pero tampoco comparece, se toman también sus «peynnos o bienes por la cort», se venden y con el precio se paga al acreedor demandante.

En cuanto al demandado-infanzón se siguen las mismas conductas ya estudiadas para cada caso sin más particularidad que la de que «tres uezes deve ser feita citación con espaios de plazo attemprados por l'alcalde cuerda ment». Se trata simplemente de un aumento en el tiempo que se le concede para compare-

399. Luego se verá qué sucedía si el demandado comparecía y era vencido.

cer, pero no se fija ninguna variación en orden a las garantías.

e') Así, pues, el principio fundamental que late por debajo de los distintos textos estudiados de los Fueros de 1247, relativos a la comparecencia de juicio, es el de transformar automáticamente en medidas ejecutivas las que en un principio sólo aseguraban la comparecencia. La contumacia equivale a la pérdida del proceso. El acreedor es satisfecho con los bienes muebles o inmuebles tomados en garantía en el momento de la citación, si es que no había ya bienes específicamente señalados desde el momento de la celebración del contrato.

c) Ahora bien; pese a la provechosa lectura de este párrafo del «Vidal Mayor» y de los con él relacionados, quedan todavía cuestiones por resolver. Una, muy sencilla, es la de encuadrar dentro de estas situaciones descritas al fiador de derecho. Otra, más compleja, la de aclarar la utilización de la prisión del demandado, punto éste sobre el que nada dice el párrafo I, 69 que hemos desmenuzado.

El fiador de derecho de que se habla en el párrafo 206 de los Fueros de Aragón (TILANDER)⁴⁰⁰ se prestaba tan sólo cuando el demandado se oponía a la pretensión del demandante. Se constituía entonces, como dice uno de los Fueros de la versión latina⁴⁰¹, la *litis contestatio* entre el demandado y el actor, quien por su parte, y en este mismo momento, había de dar «fianza de riedra»⁴⁰². El fiador de derecho respondía de que el demandado estaría presente en el juicio hasta su final y de que cumpliría la sentencia si ésta le era contraria⁴⁰³. De ahí que Vidal de CANELLAS no hable de él al tratar de la garantía de

400. Cfr., nota 391.

401. Cfr., SAVALL, II, pág. 108, bajo la rúbrica *De fideiussoribus*: «Cum receptis hinc inde fidantiis iuris, et de riedra, fit litis contestatio inter duos... ..».

402. Las fianzas del Derecho aragonés de este período forman una maraña intrincadísima. Es muy difícil desentrañar el contenido de cada una de ellas, y más aún estudiarlas por separado. Así la fianza de riedra y la de derecho forman un par de instituciones absolutamente inseparables.

403. *Vidal Mayor*, V, 33 y siguientes.

la comparecencia, puesto que se presta precisamente cuando el demandado ya ha comparecido al juicio dentro de ese plazo normal de un día aludido en todos los supuestos del párrafo I, 69 del «Vidal Mayor».

D) Sólo ahora, tras este largo y penoso, pero imprescindible rodeo, estamos en situación adecuada para comprender la aplicación de la prisión del deudor demandado.

Vimos al principio del apartado C) que el demandado era apresado cuando no daba prendas vivas ni tenía cosa que señalar ⁴⁰⁴, o cuando intentaba dar fiador de derecho y no lo conseguía ⁴⁰⁵. Pero ahora sabemos ya qué alcance tenían las medidas de aseguramiento en cuyo defecto se apresaba al demandado, y conocemos también qué papel desempeñaba el fiador de derecho. El minucioso análisis de los textos últimamente estudiados no ha sido, pues, ocioso, sino que nos ha proporcionado unos elementos de juicio indispensables para conocer en qué consistía la prisión del demandado y cuál era su papel dentro del sistema general del Derecho aragonés.

Ya podemos afirmar fundadamente que la prisión del demandado se daba sólo cuando éste era insolvente. En efecto, si tenía bienes constituidos en garantía desde el momento de la celebración del contrato, o si en el momento de iniciarse la situación de contumacia se le podían tomar en prenda sus propios animales o las cosas encerradas en las casas señaladas, o, en último extremo, estas mismas casas; si cabía cualquiera de estas posibilidades no se nos dice ni en los Fueros de 1247 ni en el «Vidal Mayor» que se recurriera a la prisión. Sólo si no eran posibles estos procedimientos se apresaba al demandado; es decir, cuando no tenía bienes.

Del mismo modo, el demandado que se oponía al demandante y buscaba fiador de derecho lo encontraría sin duda cuando tuviese patrimonio propio. Pero si el vecino a quien se pidiera que accediese a presentarse como tal fiador sabía que el demandado era insolvente no admitía ser él fiador, pues eso sería tanto como condenarse anticipadamente al cumplimiento de

404. Cfr., notas 386 y siguientes.

405. Cfr., notas 391 y 392.

la sentencia adversa. Luego si el demandado era apresado porque no daba fiador de derecho quiere decirse que en tal caso era preciso porque era insolvente.

Pero entre ambos casos de prisión hay una diferencia esencial. El demandado preso por carencia del fiador de derecho tiene por delante todo el proceso, en el que será oído como si hubiese dado fiador ⁴⁰⁶; lógicamente así había de ser, ya que el demandado no había rehuído el proceso, sino que su conducta es la de oponerse al demandante ⁴⁰⁷. Es pues, la suya la prisión del deudor demandado, quien puede resultar todavía vencedor del proceso.

Pero cuando el demandado era contumaz y caía en prisión ésta ya no era un medio de asegurar la comparecencia en juicio, puesto que éste se da por terminado en contra del demandado por causa de su rebeldía. Y la prisión es así la del deudor vencido e insolvente.

A esta misma clase de prisión se llega si el demandado comparecía, se oponía al demandante y era vencido en el juicio por instrumento público que el demandante presentara a su favor. Siempre y cuando, por supuesto, el demandado-vencido careciese de otros bienes en los que hacer «emparança». Por tanto, el deudor que comparece en juicio y se opone al demandado, pero carece de fiador de derecho por ser insolvente, si era derrotado en el proceso o manifestaba en él ser cierta la deuda, quedaba en situación de deudor vencido y preso por deuda ⁴⁰⁸.

406. Cfr., *Vidal Mayor*, V, 42, en nota 392, y los textos de la nota 391.

407. Por eso, presenta, o intenta presentar al fiador (como dicen los textos) «en voz de niego».

408. *Vidal Mayor*, I, 56: «De pactis. De los paramientos.—Non deue ser dado plazo al deudor qui manifesto en iuditio su deuda, la quoyal li es demandada, ni ad aqueill qui niega, si instrument publico fuere mostrado en iuditio de la deuda que es demandada, ante sin ningun alongamiento luego deue passar l'alcalde contra eill dando al creedor licentia de peyndrar o peyndrando el alcalde por si, si esto mas plaze al creedor, el quoyal creedor encara sin licentia puede peyndrar, et los peynnos deuen ser goardados, si quiere por l'alcalde, si quiere por el creedor, et ser tenidos assi como peynnos que son peyn-

¿Cómo se regulaba esta prisión del deudor insolvente? ¿Daba lugar a la servidumbre? ¿Qué dicen los Fueros de 1247 y Vidal de CANELLAS sobre esta figura concreta? Podemos asegurar que, al menos en la época en que se redactan los Fueros de 1247 y el «Vidal Mayor», la prisión por deudas en Aragón se extinguía con la cesión de bienes hecha por el deudor preso.

En efecto; según el párrafo 99 de los Fueros de Aragón (TILANDER), «nengun omne non sera preso por deuda de dineros o por nenguna otra demanda que non meresca iusticia, despues que priesto es por desemparrar quanto ha, iurando sobre libro e cruç que más no ha»⁴⁰⁹.

La fundamentación expresa de este precepto radica en que

drados que uiengan en iudicio, nin deuen ser uendidos si non por uoluntad del deudor. Et queriendo el deudor que sean uendidos aquellos peynos, et non queriendo el creedor et contradiziendo, deuen ser uendidos segunt la forma que es de suso escripta et declarada «De distractione pignorum, ço es: De uendida de los peynnos» (se refiere al pfo. I, 11, copiado en la nota 398).—Et si el creedor, de que fuere mostrado o manifestado publico instrumento abastant ante el creedor ho ante otro por eill que queria e pueda conplir sus uezes, no apareciendo ninguna deffension abastant del deudor, demandare que sea feita atestation de las cosas ho de la persona, el deudor puede allegar segunt fuero que ha uiuos peynnos, et mostrando la casa et la puerta, deue ser oydo, el quoyal caso, en el feito de la puerta et de las otras cosas, será de passar segunt que es dito de suso en la rubrica «De los peynnos». Et si el deudor no allegare que a uiuos peynnos, luego deue ser feyta atestation segunt fuero».

409. F. Aragón (TILANDER), pfo. 99: «Ninguna persona non deue ser presa por deuda ninguna quando no la puede pagar: Por reuerencia et ondra de Dios qui fizo todas las cosas e formo el ome a so ymagen et a so semblança e quiso que fosse sennor e mas ondrado entre las creaturas otras, metiendo los de iuso el sennorio e poder del omne, establescemos que nengun omne non sea preso por deuda de dineros o por nenguna otra demanda que non meresca iusticia, despues que priesto es por desemparrar quanto ha, iurando sobre libro e cruç que mas no ha; non sea preso ni retenudo de nenguno, por que la creatura qui representa la figura de Ihesu Christo et aquella misma forma et ymagen que ha el pricep de la tierra, non sea presa ni retenuda en nenguna manera, e sea lexada francament por servir ad aquel qui lo formo».

Es interesante comparar este texto con la ley XXI del Ordenamiento de Pedro I en Sevilla en el año 1360; cfr. la nota 246.

Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza, y se considera como ofensa a Dios el retener presa a la criatura que representa la figura de Jesucristo. Son confusas estas palabras justificativas de la decisión normativa, pero parece claro que lo que piensa el redactor es que va contra la dignidad humana el hecho de la prisión por deuda civil. No es, pues, un argumento de técnica jurídica el que esgrime el redactor del citado Fiero, sino una idea de tipo religioso o más bien antropológico. Lo indudable es, que con apoyo en este razonamiento, se prohíbe la prisión por deuda.

Sin embargo, la prohibición no es tan tajante como en un principio parece, pues sólo se desecha tal figura cuando el deudor «priesto es por desemparar quanto ha». Es decir, que el preso por deuda queda en libertad haciendo lo que las fuentes aragonesas llaman «desemparar los bienes»; esto es, hacer cesión de bienes en favor de los acreedores ^{409 bis}.

El párrafo siguiente de la misma redacción ⁴¹⁰ puntualiza con más detenimiento la forma y requisitos de la cesión o re-

^{409 bis}. Quizá pueda estar relacionada esta prohibición con el precepto antes estudiado dado en las Cortes de Huesca, de 1188. Si aquella norma se aplicó tal como lo hemos interpretado y se difundió por todo Aragón (al menos por parte de él), es posible que al redactarse los Fueros ahora comentados se pretendiera, precisamente, eliminar la costumbre nacida al amparo del citado precepto de 1188.

⁴¹⁰. F. Aragón (FILANDER), pfo. 100: «Quando alguno desempara sos bienes por que non puede pagar: Qui quiere que sea tenuto de pagar deuda de dineros o de otras cosas e fore uenido a tanta pobreza que no podra pagar, e sera priesto por desemparar ante la iusticia todos sos bienes quantos ha, por reuerencia de Dios o por piedat de natura que deue ome auer de so cristiano, sea oydo en tal manera que iure sobre libro e cruç ante la iusticia que non ha on pueda pagar aquellas deudas, e que faga fer buena carta por escriuano de conçello como desempara todos sos bienes e que sea puesto en aquella carta como se obliga por pagar aquella deuda luego que Dios le de azina de pagar, segunt que so azina podra soffrir, ço es qu'en pague una partida si podiere o todo, si tal consello e tal merce le ouiere Dios feita. E quando Dios le ouiere feita tanta merce que pueda pagar, costrenga lo la iusticia por pagar lo que deue, assi enpero que, si muitos foren los clamantes, sea egualada la paga por sueldo e por libra. E quando aura renunciado ço es desemparado sos bienes, assi como dito es de suso, lexen lo yr so carrera franca mientras sin contraria nenguna».

nuncia. El deudor ha de jurar sobre la Biblia y la Cruz que no tiene bienes con que pagar aquellas deudas, y seguidamente ha de obligarse en instrumento público a que pagará parte o toda la deuda tan pronto como llegue a mejor fortuna. Y termina el párrafo con estas clarísimas palabras: «E quando aurá renunciado, ço es desemparado sos bienes, assi como dito es de suso, lexen lo yr so carrera franca mientras sin contraría nenguna»⁴¹¹.

Por lo que respecta a Vidal de CANELLAS, los párrafos II, 20 y II, 21 del «Vidal Mayor»⁴¹² son casi idénticos a los párrafos 99 y 100 de los Fueros de Aragón (TILANDER).

411. Los párrafos 99 y 100 u otros análogos no aparecen en F. Aragón (LACRUZ); sin embargo, en la redacción latina, el Fuero *De iureiurando*, que en su primera mitad equivale al párrafo 127 de F. Aragón (TILANDER) (parte en la que no nos interesa), concluye de modo casi idéntico al pfo. 100 de F. Aragón (TILANDER): «Et si non habuerit (el deudor) hereditates, aut bona alia, iurando quod non habet unde solvat, et renunciando bonis cum publico instrumento, sit libera persona, et tamen in ipso instrumento obliget se, quod quando dominus dederit unde solvat quod solvet: et tunc compellatur solve-re in parte, vel intoto secundum quod poterit. Et si plures fuerint creditores, priori creditori solvat primitus: et ex tunc per ordinem. Et si fuerint eiusdem temporis, fiat solutio per solidum, et libram».

412. *Vidal Mayor*, II, 20: «Nec libera persona pro debito pecuniario puniatur. Que la persona que es franca non deue ser presa por deuda de dineros nin por pan que deua.—Por reuerentia de Dios, qui a ssu semeillant del su ymagin formo el omne, qui es sobre todas las otras criaturas, establescemos que ninguna persona yfançona por deuda de dineros o por otra deuda ciuil, depues que es priesto de renunciar sus bienes segunt dreito, nunca deue ser preso ni embargado, assi como criatura el formamiento del quoral et la sobrescription representa la figura de Dios, por razon de condemnation peccuniaria o de moneda que ha seynnal o figura de seynor terrenal nunca deu ser embargado, mas leyxen lo que pueda seruir a ssu criador francament».

Vidal Mayor, II, 21: «De renuntiatione bonorum. Es assaber: del renunciamiento de los bienes: Qui quiere que sea obligado por deuda de dineros, apremiado de pobreza, porque no ha que pagar, se offresciere ante l'alcalde que es priesto por renunciar todos sus bienes, deue ser recebido a esto por honra de Dios et por la humanal piedat. Et si dixiere ante l'alcalde que no a dont pagar con su iura, faziendo hy publico instrumento, en el quoral instrument parezqua manifestament que eill ha renunciado sus bienes expressament, et otrosi en el quoral

E) Como resumen de todo lo dicho en los apartados 3 y 4, y remitiéndonos globalmente a los razonamientos y a los textos ya expuestos, podemos enumerar las siguientes conclusiones sobre la prisión por deudas, según las Fueros de 1247 y las demás fuentes contemporáneas también citadas:

Primera. La prisión del demandado como simple garantía de su comparecencia se da cuando el demandado intenta eludir el proceso por medio de contumacia; para evitarlo, y fracasadas otras medidas de garantía real, el demandado es apresado.

Segunda. También, pero con carácter distinto, podía ser preso el deudor-demandado que no lograra dar fiador de derecho; en este caso la prisión cambiaba de naturaleza si el simple demandado era vencido en juicio, transformándose así (como en el caso anterior) en prisión del deudor vencido e insolvente.

Tercera. La prisión del deudor insolvente no da lugar a la servidumbre del deudor, sino que desemboca en la renuncia de bienes y en el solemne compromiso de pago futuro.

F) La legislación de Cortes inmediatamente posterior a 1247 no añade ningún precepto nuevo referente a la prisión por deuda civil. El primer Fuero en el que de modo incidental se encuentra un detalle sobre dicha institución es de 1381, y el dato es tan sumamente accidental que sólo sirve para demostrar que seguía existiendo la prisión «per fet civil»⁴¹³.

instrument se obligue con su iura que pagara tan ayna como ouiere poder es assaber, ququando podiere, que pague una partida, et ququando todo podiere, que pague todo. Et encara, tan aina como eill despues fuere ajudado de millientura, sea constreynnido de pagar sus deudas ququando li compliere el poder, e assi empero que, si muitos fueren los creadores, qui primero fuere creador, primero sea pagado. Et assi de cada uno, segunt que cada uno fue primero creador, sea pagado ante que ninguno, et si muitos creadores fueren de I tiempo, sean pagados ygoalmente por sueldos o por liuras. E feita la renunciacion de sus bienes, segunt que dito es de suso, lexen lo yr al deudor francament).

413. SAVALL, I, págs. 57-58. Es un Fuero de las Cortes de Zaragoza, en 1381, en tiempo de Pedro II; sólo interesan las frases siguientes: «... .. e volem que aquestes totes differenties (se refiere a diferencias sobre el encarcelaje y formas de prisión) li sien fetes, la pri-

Casi cincuenta años después, el Fuero «De censualibus», dado en las Cortes de Teruel de 1428⁴¹⁴, declara que las pensiones que hayan de cobrarse de los censales deben ejecutarse «en las personas e bienes, nombres, dreytos e acciones de los obligados», sin que puedan impedir o dilatar tales ejecuciones cualesquiera «dilaciones, alegaciones o excepciones de nulidades». El Fuero exige el importante requisito formal de que para que los censales tenga fuerza ejecutiva han de constar en albarán público o en carta pública certificada, signada por Notario.

Tanto uno como otro texto son a todas luces insuficientes para montar sobre ellos una interpretación de cómo se aplicaba la prisión por deudas en Aragón después de 1247 y antes de 1436. Queda así un gran bache que no es posible rellenar por falta de datos.

G) Ahora bien; el Fuero de 1428 que se acaba de comentar está íntimamente relacionado con disposiciones forales posteriores y con preceptos concretos de las Observancias de DÍAZ DE AUX. Encaja, pues, sistemáticamente con la forma de regular la prisión por deudas, y la cesión de bienes por las fuentes posteriores a 1436. Lo cual demuestra (como luego se volverá a ver) que las disposiciones de las Observancias de 1437 o de los Fueros de Alcañiz de 1436 no son radicalmente nuevas, sino que se introdujeron poco a poco en la práctica y en la ley. Si dispusiéramos de suficientes fuentes de conocimiento para estudiar el siglo XIV y primeros años del XV, podríamos sin duda reconstruir los paulatinos cambios que se fueron incrustando en el tratamiento de la prisión contenido en los Fueros de 1247.

Para llenar esta laguna serían de un valor insustituible las obras de los juristas de la segunda mitad del siglo XIII y de todo el siglo XIV. Las Observancias de Martín SEGARRA, JIMÉNEZ DE AYERBE, PÉREZ DE SALANOVA, las obras de PÉREZ DE PATOS, y sobre todo las Observancias de Jacobo DEL HOSPI-

mera si es pres per fet civil, sia pres meyns de cadena, ab grillons ...
... E si es pres per fet criminal ...».

⁴¹⁴. SAVALL, I, pág. 210: «De censualibus et aliis debitis. Alfonso Primus, Turolii, 1428».

TAL ⁴¹⁵ contendrían seguramente abundantes datos para reconstruir la historia de la institución que nos ocupa durante el siglo XIV. Hasta qué punto se aplicaron los Fueros de 1247 relativos a ella; de qué forma la costumbre y las decisiones judiciales fueron confirmando lo establecido en los Fueros o modificando sus disposiciones; cómo, en una palabra, fué cambiando el panorama acerca de nuestra institución... Todas estas y otras cuestiones encontrarán sin duda contestación en las obras de estos juristas.

Pero mientras permanezcan como hasta ahora perdidas o inaccesibles para el investigador, por falta de las debidas ediciones críticas, ese siglo XIV tan importante para la historia jurídica aragonesa, quedará incomprendido o, más bien, desconocido.

3. *La prisión por deudas durante los siglos XV, XVI y XVII: estudio de los Fueros, de las Observancias y de la literatura jurídica.*

A) Estos tres tipos de fuentes deben ser combinados para nuestro propósito. Con una simple exposición por orden cronológico de los Fueros, o incluso con un estudio a fondo de ellos y de las Observancias, pero sin el examen de las obras de los más famosos juristas de esta época, sería imposible aprehender la complicada realidad que se oculta tras la letra de los Fueros aragoneses relativos a la prisión por deudas.

Pero las obras de los juristas son de una utilidad extraordinaria para resolver esas dificultades. Quizá entre todas ellas destaca la de Miguel de MOLINO, por lo menos con relación al tema objeto de nuestro trabajo ⁴¹⁶. Este autor, en su «Repertorio», cita y pone en contacto todas las disposiciones vigentes sobre la prisión por deudas y sus problemas inseparables. Como MOLINO escribe en los primeros años del si-

415. Cfr. GARCÍA GALLO, *Manual...*, I, 2.º, pág. 399.

416. MOLINO, Miguel del, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 3.ª ed. 1585. Lleva un prólogo en el que el propio autor dice haber escrito la obra en 1507 en Sobrabiell.

glo XVI y entonces hacía ya tiempo que estaban en vigor los Fueros dados en Alcañiz en 1436 y que se publicaron las Observancias de DÍAZ DE AUX, todas estas fuentes son comentadas por él no como mera letra muerta, sino como normas que él a visto aplicar y cuya problemática él mismo ha vivido. Por ello su obra tiene el importante valor de referirse no sólo a textos legales, sino a problemas candentes detrás o al margen de dichos textos. Y precisamente puede observarse en más de una ocasión cómo la práctica *praeter legem*, que MOLINO describe y aprueba como justa, pasa poco después a los textos legales sin modificación de importancia. Con lo cual comprobamos, junto al prestigio de MOLINO, el acuerdo profundo que se da en Aragón entre el Derecho vivido y el que se recoge en los Fueros, yendo éste en ocasiones detrás de aquél, siguiendo sus huellas.

Por estas razones en conjunto opinamos que un buen procedimiento (quizá el más adecuado) para conocer dentro de qué límites y con qué alcance se aplicaba en Aragón la prisión por deudas al principio del siglo XVI, es leer con pausa y orden la obra de MOLINO. Valga esto como justificación de la insistencia con que serán citados textos de su «Repertorio»⁴¹⁷.

B) En rigor de Derecho hay que considerar válidas para estos tres siglos las palabras de MOLINO cuando afirma que «regulariter in Aragonia nemo potest capi pro debito civili»⁴¹⁸.

Puede defenderse tal idea con varios argumentos. Uno (esgrimido precisamente por MOLINO), el de hacer ver que en todos los casos en que se permite la prisión del deudor se hace de modo especial y concreto, nunca como normal general. Otro argumento a favor del carácter excepcional de la prisión

417. Una rápida valoración de su obra puede verse en SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G., *Op. cit.*, pág. 180, y GARCÍA GALLO, *Op. cit.*, pág. 403.

418. *Op. cit.*, fol. 55: «Et est notandum quod regulariter in Aragonia nemo potest capi pro debito civili quia secundum foristas omnes fori et observantiae disponentes quod quis possit capi pro debito civili ponunt casus speciales; et sic firmannt regulam in contrarium. Ergo regula est quod nemo potest capi pro debito civili». Cfr., en general, folios 55 vto., 56 y 56 vto.

por deudas en Aragón es el de la vigencia general del Fuero «De cessione bonorum» de las Cortes de Alcañiz de 1436 en el que tácitamente se admite la cesión de bienes con la consiguiente libertad del deudor cedente. Quizá pudiera alegarse también un tercer argumento, valedero tan sólo hasta finales del siglo xv y principios del xvi: el de que no habiéndose derogado formalmente los Fueros de 1247 que establecían la cesión de bienes y prohibían la prisión del deudor civil, éstos constituían la normal legal general. Sin embargo, este razonamiento no es seguro para todo el período, ya que si en la práctica se aplicaba indudablemente la cesión de bienes con la libertad del deudor insolvente, tal y como la estipularon los Fueros de 1247, lo cierto es que el Fuero «De iureiurando», único que copia la versión latina de los Fueros de 1247 relativos a la prisión por deudas, aparece incluido desde la Recopilación de 1552 entre los «Fori, quibus in iudiciis nec extra ad praesens non utimur»⁴¹⁹.

Es decir; aunque quizá sin el apoyo de los Fueros de 1247, sino acaso basándose en el Fuero «De cessione bonorum» de 1436 y en la Observancia del mismo título, en Aragón el deudor insolvente hacía cesión de bienes y quedaba exento de prisión. Por tanto, la regla general aducida por MOLINO puede considerarse cierta.

Por otra parte, hay que hacer constar que ni en las Observancias ni en los Fueros de esta época se admitió la prisión por incomparecencia en la forma en que se regulaba en el período anterior. Solamente el deudor fugitivo (como se verá más adelante) podía ser preso sin juicio, y ello por razones no idénticas a las que vimos con relación a los Fueros de 1247⁴²⁰.

Así, pues, suplidas las garantías preprocesales del período anterior con otras medidas que no es éste el lugar oportuno para exponer, el ámbito posible de la prisión por causa civil queda reducido al del deudor que o es vencido en juicio o reconoce ser cierta la deuda que se le reclama.

Y en este terreno preciso (único en el que desde ahora vamos a ver encuadrado la prisión civil) nos encontramos en

419. Cfr. nota 411.

420. Es decir, no por razones de técnica procesal.

principio con la norma general de que «nemo potest capipro debito civili».

Pero no hay que dejarse impresionar demasiado por una afirmación tan rotunda como engañosa. Pensemos que desde un punto de vista realista poco importa la existencia de una norma general prohibitiva, si se admiten excepciones permisivas que numéricamente abarcan casi todos los casos englobables dentro de la norma general. Siendo así (y esto es sin duda lo que ocurría en Aragón con la prisión por deudas), el único valor de la regla general es el de atraer hacia sí todos los casos que no estén expresamente comprendidos en cualquiera de las excepciones.

Ello impone la necesidad de un enfoque casuista al estudiar el tema. En consecuencia, expondremos en primer lugar, lo relativo a la cesión de bienes y a la situación del deudor cedente, constituyentes de lo que llamaremos normal general. Y luego se estudiarán los casos excepcionales, que son aquellos en los que de modo expreso estaba admitida la prisión del deudor ⁴²¹.

C) Los preceptos fundamentales sobre la cesión de bienes son el Fuero «De cessione bonorum» de 1436 y las Observancias 2 y 3 de la rúbrica del mismo título ⁴²².

⁴²¹. Como se ve, también en esta ocasión amoldamos el orden de exposición a la estructura interna de la realidad estudiada. Tal como indicamos en la nota 393 huímos de simplificaciones, que aunque facilitarían una rápida lectura de nuestro trabajo, lo alejarían en la misma medida de captar la materia en él estudiada. Una sistemática uniforme daña y fuerza siempre a la realidad histórica, que, desde luego, no posee tal uniformidad.

⁴²². SAVALL, I, pág. 275: «De cessione bonorum.—Ioannes Rex Navarrae, locumtenes. Alcañiz, 1436: Como por la facilidad de las cessiones de bienes, muytos creedores son agravados:e los deudores por transportaciones fictas fincan en su malicia:querientes cerca de aquesto preveyr :de voluntad de la dita Cort estatuyamos, e ordenamos, que qualquiere persona de qualquiere ley, estado, o condicion sia, que fara cession de bienes, en el caso do por Fuero, e costumbre del Regno cession aura lugar :que tal cediente haya a yr publicament de la Cort, o casa, do la dita cession se fara, e con la solemnidad devida, con la cadena al cuello, e una mitra en la cabeça, e cabalgado en un asno por la Ciudad, Villa o Lugar publicandolo por voz de pregón, a fin

El citado Fuero comienza declarando que, «dada la facilidad de las cesiones de bienes», muchos acreedores se ven perjudicados en sus intereses. El fraude a que alude consistiría en que como el deudor cedente quedaba en libertad seguiría contrayendo obligaciones, y los nuevos acreedores cuando fuesen a cobrar se darían cuenta de que el deudor era no sólo insolvente, sino que además había hecho cesión de sus bienes a acreedores anteriores, con lo que su posible patrimonio quedó desde entonces vinculado en favor de los primitivos acreedores. Para evitar estos engaños, el Fuero arbitra una medida: dar la máxima publicidad al hecho de la cesión. En virtud de esta decisión legal, el deudor cedente debía ir por la ciudad cabalgando en un asno y ataviado con una cadena al cuello y una falsa mitra en la cabeza, «fin que las gentes sepan las sobredichas cosas (es decir, la cesión de bienes) e de allí avant se guarden de contractar con tal cedient».

El principal valor de este Fuero es el de darnos a conocer que en su día, 1436, la cesión se hacía con demasiada facilidad y frecuencia. Y es que los casos en que no cabía la cesión eran todavía muy pocos.

Las Observancias y el «Repertorio» de MOLINO nos proporcionan nuevos datos sobre la forma de celebrarse la cesión y acerca de las obligaciones que pesaban sobre el cedente. La cesión sólo podía tener lugar cuando el deudor era por completo carente de bienes⁴²³. Debía hacerse en instrumento pú-

que las gentes sepan las sobreditas cosas e de allí avant se guarden de contractar con tal cedient».

O. R. A. *De cessione bonorum* (SAVALL, II, pág. 66), núms. 2 y 3: «Si quis cedat bonis, quod non habet unde solvat:postea creditor si vult quolibet mense vel septimana faciet ipsum iurare si habeat unde solvat». 3: «Item, debitor qui non habet unde solvat, si tale debitum sit propter quod non debeat capi, debet renuntiare bonis, et renuntiatio debet scribi in libro Curiae:sed si citatus noluerit venire, reputabitur contumax, et capietur quousque det fidantiam iuris, vel assignet bona, vel renuntiet bonis:et si est fugitivus, antequam citetur capietur».

423. MOLINO, *Op. cit.*, fol. 65, voz *Cessio*: «Cessionem bonorum si aliquis facit, debet iurare quod non habet unde solvat, et debet fieri cum instrumento, in quo se obliguet, quod quando Deus dederit,

blico en el que el deudor se comprometiera a pagar total o parcialmente cuando Dios le diera mejor fortuna. A tal fin, después de la cesión, el acreedor podía hacer jurar al deudor cedente cada mes o cada semana que seguía sin tener de qué pagar. Además de la publicidad ordenada por el Fuero de 1436 y del instrumento público, se toma otra medida de información pública o de preconstitución de prueba: la de inscribir la cesión «in libro Curiae». Y si en algún momento el deudor estaba en situación de pagar y los acreedores cesionarios fuesen varios, había de satisfacer sus créditos por orden de antigüedad, o abonarlos a prorrata si fuesen todos del mismo tiempo.

Si comparamos estos preceptos de la Observancia con los párrafos 99 y 100 de los Fueros de Aragón de 1247⁴²⁴ se comprueba fácilmente la enorme semejanza entre unos y otros respecto a los requisitos fundamentales. La pobreza del cedente y la libertad del mismo posterior a la cesión se exigen y admiten, respectivamente, tanto en los textos del siglo XIII como en estos del XV. Y los caracteres formales y la obligación de pagar en el futuro también coinciden en uno y otro tiempo. También en MOLINO pueden hallarse recogidos todos estos requisitos y caracteres como vivos todavía a principios del siglo XVI.

La semejanza también se da con el Fuero «De iureiurando» de la versión latina de los Fueros de 1247⁴²⁵, si bien en menor escala.

Es decir: que fuese por efectiva aplicación de los preceptos 99 y 100 de la redacción que TILANDER nos da a conocer de los Fueros de 1247, o fuera por conocimiento de la obra de Vidal de CAMELLAS, lo indudable es que en el siglo XVI la cesión de bienes seguía aplicándose con los mismos caracteres que en el XIII.

ei bona, unde solvere possit, quod solvet suis creditoribus. Et tunc solvet in toto vel in parte, secundum quod poterit. Et si plures fuerint creditores, priori creditori prius solvi debet, et si fuerint plures creditores eiusdem temporis fiet eis solutio per solidum et libram». Compárese con los textos de la nota anterior.

424. Cfr. notas 409, 410 y 412.

425. Cfr. nota 411.

Y aún podemos añadir que tampoco en el siglo XVIII se habían introducido modificaciones en la práctica. Pedro de MOLINOS, que escribe su «Práctica judicial» hacia 1625⁴²⁶, da a conocer puntualmente la forma de la cesión de bienes tal como se practicaban en su tiempo. Los mismos caracteres ya vistos en épocas anteriores se recogen nuevamente en este texto del siglo XVII. Así había de ser, puesto que estaban vigentes sobre esta materia las mismas fuentes, y sólo ellas, que desde mediados del siglo XV. El tradicionalismo típico del Derecho aragonés se nota en este caso, en el que vemos cómo la práctica respeta escrupulosamente durante siglos las disposiciones legales.

Sólo observa Pedro de MOLINOS la tendencia a prescindir del requisito de la publicidad impuesto por el Fuero de 1436. Según MOLINOS tal forma de cesión, «que se llama comúnmente ignominosa», se ejecutaba pocas veces. Pero hace constar que si los acreedores exigieran el cumplimiento de tal formalidad habría de observarse, ya que está vigente el Fuero de 1436 que la establece y ordena. Y aún aconseja Pedro de MOLINOS a los jueces que manden guardar este requisito, «y mas en estos tiempos (los suyos, siglo XVII) en los quales tan frecuentemente se usa el hazerse estas cesiones». Por donde indirectamente nos enteramos de que, pese al aumento, ésta seguía siendo un remedio utilizado en la práctica con mucha frecuencia⁴²⁷.

426. MOLINOS, Pedro de, *Práctica judicial del Reyno de Aragón*. Tercera impresión, Zaragoza, 1649. No consta la fecha de la primera edición, pero tuvo que ser antes de 1626, pues en esta tercera edición se pone al día la obra «según la práctica y nuevas disposiciones forales de los años 1626 y 1646». Lo que sean modificaciones de los editores se hará constar, en su caso, expresamente. Cfr., para este caso cit. en el texto, las págs. 376 y sigs.: «Processo ad tradendum ad custodia creditorem».

427. En la O. R. A. *De fideiussoribus*, párrafos 5, 19 y 31, se regula la situación del fiador de un deudor insolvente. Si se trata de un fiador de derecho no está obligado más que a la responsabilidad patrimonial, pero no puede ser preso a no ser que no quiera renunciar a los bienes. Si es un «fideiussor contractus», «simpliciter obligatus», tampoco puede ser apresado.

Ahora bien; téngase en cuenta que esta constante aplicación de la cesión de bienes con los caracteres ya indicados es la mejor arma para combatir la prisión por deudas. Piénsese que si bien en Castilla el deudor cedente era entregado en servidumbre a sus acreedores, en Aragón, a lo largo de los siglos XIII, XIV, XV, XVI y XVII, el deudor insolvente que hacía cesión de bienes quedaba en libertad. Esta es, al margen de otras diferencias derivadas de los caracteres sistemáticos de cada Derecho, la más esencial divergencia en orden a la situación del deudor insolvente que se da entre el Derecho aragonés y el castellano.

Por esta razón en la literatura jurídica aragonesa no se plantean aquellos sutiles problemas sobre la renunciabilidad del beneficio de la cesión que los autores castellanos estudiaban y que la pragmática de los Reyes Católicos⁴²⁸ resolvió por su cuenta. En Castilla el deudor insolvente que estaba preso dudaba entre permanecer preso en la cárcel pública o darse en servidumbre a sus acreedores, pues ambas soluciones tenían sus ventajas y sus inconvenientes. Pero en Aragón, puesto que la cesión llevaba consigo la adquisición de la plena libertad, sin más obligación que la de pagar cuando se tuviese fortuna, los deudores hacían la *cessio bonorum* «con mucha facilidad» (como decía el Fuero de 1436), «muy frecuentemente» (como indica Pedro de MOLINOS).

Otra diferencia muy importante en la forma de aplicar la cesión de bienes, es que mientras en Castilla el deudor cedente había de estar preso para poder hacer la cesión, y según la tan citada pragmática de los Reyes Católicos, a los seis meses de liquidada la deuda se consideraba hecha automáticamente dicha cesión, en Aragón ningún texto legal exige que el deudor cedente estuviera previamente preso, ni tampoco se establece el automatismo de la cesión, pues, por las consideraciones apuntadas, no haría falta llegar a ese extremo.

Así, pues, aunque (como se verá en seguida) una forma de salir de la prisión fuera la cesión de bienes, cuando el preso lo fuera por aquellos casos en que la cesión estaba permiti-

428. Cfr. antes la nota 256.

da ⁴²⁹, hay que suponer que la cesión podría también hacerse por el deudor que se declara insolvente, sin necesidad de proceso previo. Lógicamente así sería, puesto que al deudor le interesaría ceder los bienes cuanto antes para evitarse posibles molestias; si no tenía nada que oponer a la validez de los créditos esgrimibles contra él, los reconocería extrajudicialmente, declararía ser pobre, y haría cesión de bienes en favor de los acreedores insatisfechos. A esto alude seguramente el Fuero de 1436 cuando se refiere a «la facilidad» con que se hacían entonces las cesiones de bienes ^{429 bis}.

D) Pero podía suceder que el demandado se opusiera a la pretensión del que se decía su acreedor, y se entablara entre ellos el correspondiente proceso. Si en éste resultaba vencedor el demandado, no habría lugar a ninguna ejecución voluntaria o forzosa.

Mas en el caso de que la sentencia condenase al demandado a pagar, por considerar cierta, válida y exigible la obligación reclamada por el demandante, entraba entonces en funcionamiento el peculiar mecanismo ejecutivo aragonés.

Si conociéramos las Observancias y obras de los juristas anteriores a DÍAZ DE AUX, es muy probable que se pudiese reconstruir el comienzo de la ejecución patrimonial en la forma que vamos a ver. A falta de tales obras, el más antiguo testimonio (que, por lo demás, es el que con mayor frecuencia citan MOLINO y los autores posteriores a él) de tal procedimiento de ejecución es la Observancia 3, de la rúbrica «De rerum testatione seu emparamento» ⁴³⁰.

429. Cfr. Pedro DE MOLINOS, *Op. y loc. cit.*, en nota 426.

429 bis. Así lo da a entender también la O. R. A. *De cessione bonorum*, 3, copiada en nota 422, cuando dice que al citado-contumaz se le apresa hasta que dé fiador de derecho, asigne bienes o haga cesión. Esta forma de prisión del demandado-contumaz, probablemente, cayó pronto en desuso, pues los juristas posteriores no la mencionan como practicada.

430. O. R. A. *De rerum testatione seu emparamento*, SAVALL, II, págs. 7 a 9: pfo. 3: «Item nota quod si quis non habeat pignora, vel casas ad debita in quibus possit distringi: si citatus ad assignandum bona non assignaverit, potest capi eius persona donec fecerit Forum, hoc est, cesserit bonis».

Su texto recoge, en síntesis, en fórmula condensada, la práctica judicial sobre esta cuestión. Pero MOLINO describe con mayor minuciosidad en qué consistía y cómo se practicaba dicha Observancia. Y, finalmente, puede comprobarse que un Fuero de las Cortes de Monzón, de 1510⁴³¹, coincide por completo con la detallada descripción de MOLINO, lo que quiere decir (como ya advertimos) que estamos ante un caso en que las Cortes elevan a la categoría de Fuero una práctica judicial conforme con las Observancias, pero que desarrollaba lo que en ellas estaba insuficientemente regulado.

Combinando las tres fuentes (Observancia: «De rerum testatione», textos de MOLINO, que en cada caso serán citados, y Fuero de Monzón, 1510), es posible reconstruir las líneas generales de la ejecución de sentencias, hasta llegar al punto de la prisión del deudor vencido en juicio.

Si el deudor demandado perdía el proceso y era condenado en la sentencia a pagar, podía suceder que, previamente, en el momento de celebración del contrato se hubiesen vinculado como garantía real del mismo, determinados bienes del deudor; si así se había hecho, eran embargados esos bienes, siempre y cuando el deudor no cumpliera voluntariamente la sentencia⁴³².

431. Fernando II, Monzón, 1510 (SAVALL, I, pág. 261): «Item, por dar mas breve expedicion para que los deudores paguen las cantidades en que son condemnados: por tanto de voluntad de la Corte statuymos e ordenamos, que después que alguno sera condemnado a pagar alguna cantidad y por no fallarsele bienes sera citado a assignar bienes, y haura assignado algunos bienes que no seran suyos sea mandado proceyr a capcion de su persona, sin mas citarlo a assignar otros bienes: y sea detuvido en la cárcel fasta que pague la cantidad del deudo. Y en caso que el dicho condemnado assignara bienes suyos, y aquellos no seran suficientes para la cantidad en que es condemnado, sea tuvido assignar otros bienes suficientes. E sino los assignara, o no seran suficientes, que passados los dichos términos, sin otra citación ni assignación, sea mandado proceyr a capción de su persona: e sea preso detuvido como de suso es dicho. E lo sobre dicho haya lugar en las causas y condenaciones que de aquí adelante se empeçaren por virtud de deudas, contracto o obligaciones que de aquí adelante se faran, o contractaran y no en otra manera».

432. Cfr. el principio de la *Observancia cit.*, en nota 430.

Pero si no había bienes vinculados en concreto, y él no cumplía por su propia iniciativa la sentencia, se iniciaba el procedimiento ejecutivo propiamente dicho.

El deudor vencido era citado para que señalase qué bienes suyos quería que fuesen embargados y vendidos («citatio ad assignandum bona»). Lo normal era que los bienes señalados fuesen de valor suficiente para satisfacer al acreedor con el precio de su venta. Pero si el deudor no quería señalar bienes o éstos eran de valor inferior al del crédito, ¿qué sucedería? En este punto la Observancia es insuficiente: ella declara que si no se asignan bienes debe ser apresado el deudor; pero no aclara en qué momento, ni qué ocurría cuando el deudor sí indicase bienes pero éstos valiesen menos de lo debido.

MOLINO ⁴³³ explica con su peculiar detallismo todos los problemas aludidos. El condenado por sentencia civil debía asignar bienes al ser citado para ello. Si vendidos los bienes resultaban insuficientes, era citado por segunda vez para que ofreciese otros bienes (siempre inmuebles en defecto de prendas contractuales muebles: «bonis sedentibus loco bonorum mobilis») valientes por la diferencia aún no cubierta. Y si en esta segunda ocasión tampoco resultasen bastantes los bienes, el acreedor podía pedir al juez que apresara al deudor «non obstante tertia assignatione».

El problema surgía en la práctica sobre si el deudor debía ser preso en el momento en que los bienes asignados por segunda vez fuesen vendidos por precio inferior al montante del crédito; o si debía paralizarse la prisión hasta ver el resultado de la tercera asignación.

Sobre esto MOLINO describe el proceso concreto en el cual el Consejo del Justicia de Aragón tuvo que resolver acerca de esta cuestión ⁴³⁴. Fué el proceso «intitulado Ximinis Fatas, super iuris firmas», y la sentencia se dió el 14 de mayo de 1498. El deudor condenado asignó bienes inmuebles insuficientes en primera y en segunda citación, y al citarlo para tercera asig-

433. Cfr. voz *Executio*, folio 129 vto. Las frases entrecomilladas pertenecen a este lugar.

434. Cfr. voz *Citatio ad assignandum bona*, folio 65 vto., 2.^a columna. Las frases entrecomilladas pertenecen a este lugar.

nación, el acreedor pidió la prisión personal del deudor por si tampoco eran bastantes los bienes que asignara. Los miembros del Consejo, «omnes concordés», decidieron «quod si in tertia assignatione petatur per creditorem procedi ad captionem personae condemnatae in non assignando bona sufficientia, quod in hoc casu, ne curia deludatur, et ne executio dilatetur, quod dictus locumtenens debebat mandare procedi ad captionem personae condemnati, non obstante tertia assignatione».

Esta doctrina establecida por el Consejo del Justicia Mayor y descrita por MOLINO, fue poco después, concretamente en 1510, transformada en Fuero por las Cortes celebradas en Monzón. En este Fuero se daban dos disposiciones; la primera, que cuando el condenado que debía asignar bienes, señalase unos que no fuesen los suyos, había de precederse a la inmediata captión de su persona sin citarlo a asignar otros bienes. En este caso la prisión no tiene propiamente naturaleza civil, pues aunque su causa remota sea una obligación civil, la causa próxima por la cual es apresado el deudor es su conducta fraudulenta en el momento de señalar bienes, y ésta entra más de lleno en el campo penal que en el civil.

Pero la segunda parte del mismo Fuero resuelve precisamente el problema que trataba MOLINO. Se declara aquí que cuando el condenado en sentencia civil asigne bienes para la ejecución y éstos sean insuficientes, «sea tuvido assignar otros bienes sufficientes». Y si no los asigna o los señalados son de valor insuficiente, debe procederse sin más dilación a prisión de su persona ⁴³⁵.

En resumen: si había bienes vinculados a modo de garantía contractual, se ejecutaban éstos. En defecto de ellos se embargaban y vendían los bienes muebles ⁴³⁶. A falta de éstos se citaba por dos veces como máximo al deudor para que indicase

435. Cfr. nota 431.

436. Es dudoso si la ejecución en bienes muebles no vinculados contractualmente se haría sin necesidad de asignación por parte del deudor, o si éste debía señalar bienes muebles primero y, en su defecto, los inmuebles. Los textos no lo dan a entender inequívocamente: cfr., los de notas 430, 431, 432 y 433.

en qué bienes inmuebles suyos prefería que se hiciese la ejecución. Y si tales bienes resultasen insuficientes en la segunda ocasión, se procedía a la prisión del deudor.

¿Qué clase de prisión sería ésta? En realidad podía ser diversa según el caso de que se tratase. La Observancia «De rerum testatione» dice: «...potest capi eius persona, donec fecerit Forum, hoc est cesserit bonis»⁴³⁷. El Fuero de 1510: «...y sea detruvido en la carcel fasta que pague la cantidad del deudo».

Es decir, que como para hacer cesión de bienes el deudor había de ser persona «pobre y miserable», si aunque no asignara bienes suficientes el deudor los tenía, no se le permitía hacer cesión de bienes, sino que se le retendría preso hasta que pagase. He aquí, pues, una prisión por deudas de tipo coactivo, pues lo que se quiere con ella es forzar al deudor a que dé bienes con los que pagar al acreedor. Existe esta forma de prisión por causa del sistema ejecutivo aragonés, esto es, por esa necesidad de que el deudor asigne los bienes inmuebles, requisito sin el cual aquéllos no pueden ser ejecutados. La ejecución patrimonial forzosa es regulada de modo distinto en Castilla y en Aragón, y de ahí la presencia de esta prisión coactiva aragonesa, que, en realidad, dejando al margen diferencias provenientes del sistema jurídico de cada país, es análoga, por su finalidad complementaria de la ejecución forzosa patrimonial y por su carácter coactivo, a la prisión castellana que se daba en defecto de fiador de saneamiento, tal como lo estableció Felipe II en su pragmática de 1566.

Hemos, pues, desembocado, por la vía de la ejecución patrimonial de bienes, en la prisión coactiva del deudor.

E) También era apresado el deudor fugitivo, si bien con una diferencia fundamental.

En la Observancia 3 «De cessione bonorum»⁴³⁸ se dice que si «debitor est fugitivus, antequam citetur, capietur». Respecto a este punto (no ampliado por ningún Fuero posterior) están de acuerdo MOLINO y FERRER⁴³⁹ en que cuando el mismo acreedor

437. Cfr. notas 430 y 431.

438. Cfr. nota 422.

439. M. EDL. MOLINO, *Op. cit.*, voz *Debitor*, folio 87 y 87 vto.

aprese a su deudor fugitivo, ha de mostrar que el preso es efectivamente su deudor, así como también que éste no tiene bienes, y que fue capturado en trance de fuga. Basan estos autores la exigencia de tales requisitos en la frase arriba transcrita de la Observancia 3, «De cessione bonorum».

Sin embargo, el requisito de que el deudor no tuviera bienes no aparece en modo alguno en la citada Observancia, y es por tanto probable que si un deudor huía, aunque tuviese bienes fuese apresado por su acreedor.

Estimamos por ello que la prisión del deudor fugitivo podía ser de las siguientes formas: a) Si el deudor no tenía bienes y reconocía ser cierta la deuda, una vez preso, haría cesión de bienes y quedaría así nuevamente libre; b) si reconocía ser cierta la deuda, pero tenía bienes, FERRER dice⁴⁴⁰ que puesto que no puede hacer cesión de bienes por no ser pobre, esté preso «donec solverit» (lo cual confirma la idea antes apuntada de que también podía ser preso el deudor solvente, si era fugitivo; c) si el fugitivo no reconocía la deuda y daba fiador de derecho, se celebraba el correspondiente proceso, con lo que su prisión era, de momento, meramente procesal⁴⁴¹.

MOLINO añade algunos detalles accesorios acerca de la prisión del deudor fugitivo. Así, que podía ser capturado por su acreedor en cualquier día, aunque fuese festivo; que no se admitía la prisión «per parvam quantitatem debitis», ni se presumía ser cierta la fuga en tal caso si no había prueba suficiente; y que «pro debito conditionale, vel in diem, non poterat capi debitor suspectus de fuga»^{442 443}.

FERRER, Miguel de, *Methodus sive ordo procedendi iudiciarius iuxta stylum et foros Regni Aragonum*, Zaragoza, 1579, 1.^a ed., folio 77 vto.

440. *Op. y loc. cit.*, en nota anterior.

441. *Op. y loc. cit.*, en nota 439. MOLINO, *Loc. cit.*, nota 439.

442. *Op. cit.*, voz *Debitor*, folio 87 vto.

443. Según las *Observancias* 8 y 11: *De emptione et venditione*, y la 18: *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* (SAVALL, II, págs. 27 y 28, y II, pág. 46, respectivamente), cabía también la prisión del que vendiera una misma cosa a dos personas o vinculase en favor de un acreedor una cosa ya dada antes en garantía o «quando aliquis est condemnatus in calonia foris». Pero en los dos primeros casos, como dice MOLINO (*Op. cit.*, folio 55 vto. y 56) «posset dici quod

F) Veamos ahora cuál era el régimen de la prisión coactiva; es decir, la del deudor civil condenado en sentencia y que o no asignaba bienes o los señalados eran de valor insuficiente; y también la prisión del deudor fugitivo que tuviera bienes.

Casi todos los caracteres que se van a enumerar son negativos. El primero es que «manifestari non potest quis pro debito civili»⁴⁴⁴. El hecho de que el proceso especial de manifestación no pudiera esgrimirse en el caso del deudor preso, no está escrito en los Fueros, pero desde antiguo puede decirse que tal principio estaba (como dice MOLINO) «in capitibus prudentum».

PORTOLÉS, el comentarista de MOLINO, repite en su obra, escrita medio siglo después que el *Repertorio*, de MOLINO, la norma general de que «nam licet regulariter nemo pro debito civili captus manifestari potest»⁴⁴⁵. Sin embargo, expone a continuación tres casos en los que sin necesidad de manifestación propiamente dicha, sino obrando «breviter», el preso podía ser liberado por intervención del Justicia Mayor. Estos tres casos eran: a), cuando el deudor fue preso en día feriado; b), cuando la prisión lo fue «pro debito iam soluto»; c), cuando ésta fue nula, ya que (y la idea puede interpretarse como norma general) «existente captione ex aliquo defectu nulla, captus simpliciter relaxari debet»⁴⁴⁶.

Un segundo principio (afirmado también por MOLINO con apoyo en prácticas un tanto contradictorias que debilitan por ello la fuerza de la aseveración), es el de que el deudor que debiera ser preso por no haber asignado bienes suficientes, no podía serlo estando en su casa, «quia pro debito civili, non potest quis extrahi captus a domo sua». Sin embargo, el mis-

non capitur pro debito civili, sed potius pro crimine stelionatus»; y en el tercero también sucede algo análogo, pues se trata de prisión por impago de multas o por obligación derivada de delito (cfr. O. R. A., SAVALL, II, pág. 46, y MOLINO, *Op. y loc. cit.*).

444. Cfr. MOLINO, *Op. cit.*, fol. 219 vto., voz *manifestatio*.

445. «Scholia sive adnotationes ad Repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum», Zaragoza, II, 1587 y 1590. Cfr., pág. 314.

446. *Op. cit.*, págs. 362 y 363.

mo MOLINO se refiere líneas más abajo, a un proceso del año 1464, en el cual se permitió la captura en casa del deudor, siendo éste preso precisamente por no haber asignado bienes ⁴⁴⁷.

Uno de los Fueros «De custodia reorum», dado en las Cortes de Alcañiz, de 1436, ordenaba que si alguien era preso por causa civil no se le pudieran poner sino «grillones tan solament», y aun estos de los más ligeros que hubiera en la cárcel ⁴⁴⁸.

Pero, sin duda, el principio más importante sobre la prisión coactiva consistía en la calificación que tenía de ser «carcer toedialis». A este respecto, MOLINO dice que «carcer dicitur toedialis quando aliquis est captus pro debito civili. Et idea dicunt foristae, quod si aliquis est in carcere pro debito civili, non potest ei dari domo sua pro carcere, nec potest dari ad caplieutam» ⁴⁴⁹. Es decir, que ni se le da la cómoda prisión de la propia casa, ni se permite ponerlo en libertad bajo la responsabilidad de un fiador o «caplevator». La razón de ello la declara el mismo MOLINO: «talis captio est toedialis, ut, tedio affecto, debitor solvat» ⁴⁵⁰. Se trata, pues, de una prisión coactiva, en la que se persigue forzar al deudor a que pague, y lógicamente no se le dan facilidades para liberarse de dicha prisión de otra forma que no sea pagando.

MOLINO, en otro lugar de su obra, insiste en esta afirmación, y añade que «talis est practica et consuetudo regni». Sin embargo, indica que pese a ello, el juez puede dejar libre al preso civil bajo su propia responsabilidad, y siempre que el preso encuentre fiador ⁴⁵¹.

PORTOLÉS, en su comentario a MOLINO ⁴⁵², insiste en la regla de que nadie puede ser liberado de prisión civil aun dando fiador, por la misma razón ya expuesta. Y siendo esto así, PORTOLÉS hace ver que la afirmación de MOLINO, referente a que el juez podía dejar al deudor preso en libertad, resulta

447. *Op. cit.*, fol. 66.

448. Cfr. SAVALL, I, pág. 313.

449. *Op. cit.* voz *Carcer*, folio 58 vto.

450. MOLINO, *Op. cit.*, voz *Caplieuta*, fol. 54 vto., 1.^a columna.

451. *Op. cit.*, fol. 56 vto.

452. *Op. cit.*, pág. 302 y sgs., núms. 20 y sigs.

contraria a la norma general, y que por ello la liberación del deudor preso por el juez sólo se admite en determinados y excepcionales casos.

Según él, eran los siguientes: *a*), si la deuda por la cual se llega a la prisión era líquida; así se interpretó en la Curia del Justicia en el proceso de Andrea Celaio, del año 1579; *b*), cuando el preso es deudor por razón de comanda y por cantidad inferior a los doscientos sueldos; *c*), si el deudor preso afirma poder demostrar que el acreedor no cumplió algunas esenciales condiciones del contrato; así se dictaminó en los procesos de Juan Tagüenza contra Juan de la Muela, en 1586, y de Francisco Pérez de Calatayud contra Juan Luis Vives, en 1581; *d*), si el mercader es preso «ob chirographum suum guarentigiatum», y afirma que tal instrumento es falso; tal sucedió en el proceso de Francisco Passamar contra Jacobo Serra, en 1582; en el de Andrea Morales, de 1586, y en el de Catalina Sarrial, en 1586⁴⁵³. En todos estos casos puede el juez dejar en libertad al deudor preso; pero siempre que éste presente fiador, y sólo hasta que se aclare la situación dudosa que ha de resolverse por vía incidental (falsedad del documento, liquidación de la sentencia ...).

G) Se ha visto, pues, en qué casos el deudor era preso por deuda con la intención de forzarle al pago, y se ha expuesto también el régimen y modo de aplicarse esta prisión coactiva en la práctica. Antes ha quedado dicho todo lo relativo a la cesión de bienes del deudor insolvente. De modo que el cuadro general está representado por la norma general de no poder ser preso el deudor insolvente que hace cesión de bienes; y por el otro principio tácito de que sí cabe la prisión coactiva del deudor solvente que tiene bienes pero no los asigna a su debido tiempo para que sean ejecutados.

Además, había en Derecho aragonés unos casos especiales, en los que por causa de la naturaleza de la obligación, o por la forma solemne con que ésta estuviere protegida desde su constitución, no se admitía que el deudor hiciera cesión de bienes aunque fuese realmente insolvente. Se procuraba con

453. *Op. y loc. cit.*, núms. 28 a 34.

esta medida asegurar la ejecución de la obligación de que se tratara, evitando así tajantemente cualquier fingida o fraudulenta operación del deudor; por ejemplo, la de ocultar sus bienes y hacer luego fingida cesión en favor de otro acreedor que simulase serlo con prioridad temporal. Desde luego, este peligro de empleo doloso de la cesión existía siempre, fuese cual fuese la naturaleza de la obligación, y por eso ya vimos las medidas que se tomaron en precaución de tales o semejantes abusos. Pero en los casos especiales que vamos a exponer se adopta la más radical medida en contra de la posible conducta fraudulenta del deudor; tal decisión estribaba en prohibir la cesión de bienes.

Por tanto, si el deudor que lo fuera por alguna de las obligaciones contra las cuales no cabía cesión de bienes, intentaba huir, o, vencido en el proceso, no asignaba bienes suficientes para la ejecución, caía en prisión coactiva. Pero si era insolvente, no podía en estos casos (como lo hubiera hecho en los demás) recurrir a la cesión, por lo que surge así la prisión del deudor insolvente.

Las obligaciones por razón de las cuales no se admitía al deudor cesión de bienes eran: a) el pago de las pensiones derivadas de los censales⁴⁵⁴; b) las derivadas de «comandas», según la Observancia 1, «De cessione honorum»⁴⁵⁵; c) los al-

454. Cfr. nota 414. Este es el Fuero que aunque encuadrado cronológicamente en el período anterior, significa por su contenido el primer paso para las modificaciones admitidas luego —o más bien desde ese año 1428— como excepciones contra el régimen de ocasión.

455. Observancia núm. 1: *De cessione honorum*, SAVALL, II, pág. 66: «Nota hic, quod in Commanda non habet locum cessione honorum, nec admittitur, sed solum in mutuo admittitur, est autem consuetudo Regni, quod si debitor commandae, captus defineatur per iudicem, quia non reddi depositum, si petat se tradi custodiae creditoris, est sibi tradendus; prius tamen creditore assecurante vitam, et membra et quod dabi sibi commestionem sufficientem, et tenebit eum captum in loco decenti: si autem depositarius noluerit eum recipere, et de praedictis cavere, iudex debet ipsum a captione liberare. Si plures creditores sint, ille cui tradetur debitor debet dare fideiussorem, quod dictum debitorem tenebit quousque sibi sit satisfactum per servitium debitoris, vel aliter de illo deposito seu commanda: et satisfacto sibi, reddit eum in carcerem ubi prius erat, et si dictum fideiussorem non

balas de los mercaderes, desde el Fuero de Carlos I en Zaragoza en 1528; d) las cédulas de mercaderes, desde un Fuero dado por Felipe, aún Príncipe, en las Cortes de Monzón de 1547. Es decir, en todos los casos que por ser considerados como «instrumentos guarentigios» se decía que llevaban «*executionem paratam*»⁴⁵⁶.

El obligado «*pro debito censualis*» podía ser preso sin necesidad de haberse comprometido previamente a ello; pero el obligado «*in debito depositi seu commandae*» sólo era apresado si expresamente se hubiera puesto en el contrato la cláusula de que lo fuera aún antes de acudir a la ejecución de bienes; si tal cláusula no se ponía, sólo podía ser preso en defecto de bienes⁴⁵⁷.

Adviértese también que tanto en la Observancia «*Commodati*» como en la primera «*De cessione bonorum*»⁴⁵⁸, se hace constar que el no admitir la cesión en tales casos es costumbre del Reino; y como el Fuero de 1428 establece la misma prohibición para el caso de débito censual, no hay duda de que al menos a fines del período anterior se venía admitiendo la no aplicación de la cesión de bienes a todos los casos.

Ahora bien; si el preso era solvente la prisión era coactiva y tenía como fin el pago de lo debido. Pero si el deudor por las obligaciones antedichas era insolvente, como no podía

dederit, non traditur sibi, nec etiam aliis creditoribus: nisi dantibus dictum fideiussorem».

O. R. A., *Commodati*, SAVALL, II, pág. 27. «Secundum Regni consuetudinem homo pro deposito vel comanda, bene potest per iudicem capi in persona, etiam si specialiter non se obliget: et si non potest reddere depositum vel comandam, traditur illi a quo depositum recepit captus, et ille potest tenere eum captum, quousque ei depositum reddat; tamen tenetur ei providere sic quod nec fame, nec siti, nec frigore moriatur, et iustitia aut dominus loci non tenetur eum tenere captum».

456. Cfr. sobre ello, MOLINO, *Op. cit.*, fol. 65 y, en general, sobre tales instrumentos y sus garantías procesales, Gregorio ROCASOLANO Y TURMO, Carlos, *El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias de Aragón*, ADA, 1946.

457. Al menos, así lo dice MOLINO, *Op. cit.*, fol. 56 y 56 vto. Cfr., de modo análogo, FERRER, *Op. cit.*, folio 74 vto.

458. Cfr. nota 455.

hacer cesión de sus bienes, ¿qué tipo de prisión sería la suya? Como era lícito sospechar nos encontramos ante la prisión servidumbre.

El Fuero «De custodia debitorum» de 1436⁴⁵⁹ declara que en los casos en que no cabe cesión de bienes solamente ha lugar la liberación en poder del acreedor o sucesivamente el de los varios acreedores. Así, el deudor insolvente preso hasta entonces en la cárcel pública es entregado al acreedor para que éste lo tenga en su casa sin permitirle salir fuera de ella.

Según las Observaciones⁴⁶⁰, cuando el acreedor recibía bajo su poder al deudor insolvente había de asegurar su vida y sus miembros, comprometiéndose a darle alimento suficiente y a tenerlo en lugar «decente» para que «nec fame, nec siti, nec frigore moriatur». Y si el acreedor no quería recibir al preso bajo estas condiciones, el deudor era entregado al acreedor siguiente en antigüedad, o liberado de la prisión por el juez si no tenía más que un acreedor.

¿Qué hacía el deudor mientras estaba en poder de su acreedor? La Observancia primera, «De cessione bonorum» lo dice claramente: «Si plures creditores sint, ille cui tradetur debitor debet dare fideiussorem, quod dictum debitorem tenebit quous-

459. SAVALL, I, 275-276: «De custodia debitorum.—Ioannes Rex Navarrae, locumtenes. Alcañiz, 1436: Como por experiencia se demuestra que muytos fictos creadores por seyer primeros en tiempo son preferidos en la custodia del deudor; e los verdaderos creadores segundos o terceros en tiempo son defraudados, ansi en la liberación del deudor, como en los bienes del dito deudor: querientes proveyr sobre las sobreditas cosas. De voluntad de la dita Cort statuymos y ordenamos, que alguna persona de qualquiere ley, estado o condicion sia, que sera presa por cartas de comanda o semblantes deudos, do cesion de bienes no ha lugar por Fuero, mas solament ha lugar liberación en poder del creador: e dos, o muytos corredores concurreran, que aquel creador a qui por Fuero el dito deudor preso sera librado lo haya de tener preso en la carcel, o en su casa: e non permeterlo salir de fuera por tal que los otros creadores no sian defraudados. Excepto si por el dito primero creador e los otros creadores en otra manera fuesse concordado. E en caso que el primer creador no lo tenera en la manera sobre dita, que sia tenido de liurarlo al segundo, e dalli adelant por sus grados».

460. Cfr. las copiadas en nota 455.

que sibi sit satisfactum per servitium debitoris.» El deudor, pues, prestaba servicio al acreedor y era alimentado por éste hasta que con su trabajo le recompensara por un valor similar al del crédito impagado. Entonces el acreedor entregaba el deudor a los otros acreedores, o, si sólo había un acreedor, satisfecho éste, el deudor recuperaba su primitiva libertad ⁴⁶¹.

A fines del siglo XVI, Ferrer describe ⁴⁶², de manera muy precisa, la forma de entregarse a la custodia de los acreedores. Comienza haciendo constar que este procedimiento sólo es válido cuando se trata de obligaciones contra las cuales no se permite la cesión de bienes. El deudor preso por tales deudas y que además fuese pobre, alegando su situación de insolvencia, solicitaba del juez ser entregado a sus acreedores. Si el primero de éstos no quería recibirlo pasaba al siguiente; si sólo había uno, quedaba en libertad. Pero si el acreedor lo aceptaba había de asegurar el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por las Observancias referentes al trato y cuidado del deudor preso. Y si había varios acreedores, el primero había de dar fiador de que tan pronto como «per servitium aut alio quovis modo, debitum fuerit sibi solutum», entregaría al deudor para que pasase a poder de los restantes acreedores. Y advierte FERRER al fin de su exposición, que se tasaban los alimentos que consumía el deudor preso y se incrementaba con su valor el de la deuda base, y que consuetudinariamente se tasaba cada día de alimentación a razón de ocho denarios.

Todos los detalles que ofrece este autor contribuyen a formarnos la idea de que está hablando de una realidad viva, de algo que ve practicar cotidianamente. Y la práctica de entonces, de 1579 que es cuando escribe FERRER es idéntica a la descrita por las Observancias.

El último autor de este período que describe el proceso «ad tradendum ad custodiam creditorem» es Pedro de MOLINOS, que escribe, como se sabe, hacia 1625 ⁴⁶³. La primera parte del

461. Cfr. también MOLINO, *Op. cit.*, fol. 56.

462. *Op. cit.*, fol. 78.

463. Cfr. *Op. cit.*, págs. 376 y sigs.

proceso que él narra es en esencia idéntica a la descrita por FERRER, pero en el resto da noticia de puntos importantes.

Si, solicitada la entrega a custodia de los acreedores por el deudor, aquéllos se negaban a recibirlo y alegaban que tal deudor tenía bienes, el juez mandaba que permaneciera en la cárcel hasta que pagase o asignara bienes (ello en el supuesto de que previamente los acreedores demostrasen la verdad de su alegación). Y allí, en la cárcel, continuaba el régimen de prisión coactiva.

Pero «*probata paupertate*», el juez intimaba al acreedor o acreedores a que recibiesen al deudor bajo su custodia, tras haber asegurado el cumplimiento de los ya consabidos requisitos. Si el acreedor —o ninguno de ellos— no quisiera recibir al deudor, el juez debía ponerlo en libertad; pero en tales casos era costumbre, dice Pedro de MOLINOS, que el deudor continuase en la cárcel sin ser entregado a los acreedores ni puesto en libertad por el juez, si bien desde entonces era alimentado en la cárcel a costa de los acreedores.

El hecho de que Pedro de MOLINOS preste mucha más atención a la posibilidad de que los acreedores no quisieran recibir al deudor, y el dato de que se admitiera por costumbre mantenerlo en la cárcel y no darlo a los acreedores o ponerlo en libertad, da a entender que la entrega en servidumbre empezaba a caer en desuso. Por lo demás, el resto del proceso se amolda a las disposiciones ya entonces centenarias que hemos descrito.

En resumen: que en Aragón se aplicaba la prisión por deudas como prisión coactiva y como prisión servidumbre, amén de la forma y ámbito de vigencia propios de la cesión de bienes.

H). Vamos a contemplar seguidamente las excepciones a este régimen descrito, que derivaban no de la naturaleza o de la forma de la obligación, sino de la personal condición del deudor. En otras palabras, contemplemos aquí quiénes eran en Aragón las personas que no podían ser presas por deudas.

a) En primer lugar, las mujeres. Un Fuero del año 1442, cuyo título es síntesis de su contenido («*Quod mulieres pro de-*

bitis civilibus non capiatur») ⁴⁶⁴ eximía a las mujeres de prisión por «contracto o deudo civil», por causa de «compasión del linage femenil», y sin más excepción expresa que la de cuando la mujer hiciese fraudulenta enajenación de todos o la mayor parte de sus bienes.

MOLINO, que trata con pormenor de esta exención personal ⁴⁶⁵, repite el contenido del Fuero de 1442, y estudia a continuación dos cuestiones importantes, y que precisamente en Castilla hicieron cavilar mucho a los juristas.

La primera es la de la renunciabilidad del beneficio de exención. MOLINO opina que tal renuncia sería posible y válida, apoyando su afirmación (que no desarrolla ni razona) en un texto de BARTOLO.

El segundo punto estudiado por MOLINO es el de si la meretriz podía o no ser presa por deuda civil. Comienza MOLINO refiriendo la opinión de CINO DE PISTOYA, según el cual podía apresarse a la mujer que fuese ramera pública. Pero MOLINO opina lo contrario y arguye en su favor las siguientes razones: en primer lugar, que en Aragón la mujer está exenta de prisión por causa de la fragilidad del sexo femenino, como el mismo Fuero del año 1442 declara, y que, por tanto, «qualitas sexus non potest alterare propter infamiam, nec propter questum corporis publicum». Y en segundo lugar, estima que el Fuero establece la exención «generaliter», y que, por tanto, «si Forus non distinguit, nec nos distinguere debemus».

PORTOLES, aunque en general repite lo dicho por MOLINO, añade que la mujer puede ser presa no sólo, como dice el Fuero de 1442, cuando enajenase sus bienes o no quisiera señalarlos para la ejecución, sino también cuando fuese sospechosa de

464. SAVALL, I, pág. 213: «Quod mulieres pro debitis civilibus non capiantur. Maria Regina locumtenes, Caesaraugustae 1442: Item querientes haver compassion del linage femenil, en virtud del dito poder, statuecen e ordenan, que muller alguna, por contracto o deuda civil que de aqui avant se fara, o se contractara, no pueda seyer presa o presa detenida, sino que ante del dito contracto o deudo o apres, haviessse feyto transportación o alienacion de todos sus bienes o de la mayor parte de aquellos».

465. Cfr. *Op. cit.*, fol. 55 y, sobre todo, fol. 229 y 229 vto., al que pertenecen las frases entrecorilladas.

fuga. Además dice que el caso de la meretriz es de aplicación dudosa, y que sobre él las opiniones doctrinales y las prácticas no son en modo alguno unánimes ⁴⁶⁶.

b) Según MOLINO ⁴⁶⁷ del mismo privilegio que las mujeres gozaban los clérigos. Pero en realidad sólo cita en apoyo suyo una referencia de obras de JUAN ANDRÉS. En contra de esta opinión de MOLINO, si bien posterior al año en que él escribe, es un Fuero de 1547 ⁴⁶⁸, en el que se prohíbe que los clérigos («los coronados») que estén «detenidos por deudas en la Cárcel Real» puedan ser puestos en libertad sin fiadores de derecho o sin cumplir lo que el Derecho establece y es conforme a justicia. De donde se deduce que los clérigos eran también presos por deudas.

Algo análogo cabe decir respecto a la exención, según MOLINO, de los «impuberes et infantes», pues sólo se apoya en BARTOLO, pero no en ningún Fuero u Observancia, ni cita tampoco ninguna sentencia del Tribunal de Justicia, como vimos hacía en otros casos; los juristas posteriores a él tampoco recogen esta excepción ⁴⁶⁹.

c) En el Fuero «De officio Iustitiae Aragonum» de 1442 ⁴⁷⁰ se declara que la persona del Justicia de Aragón «aun por causa civil» no puede ser presa sino por mandamiento del Señor Rey y de la Corte. Lo cual, en realidad, no es una exención de la prisión por deudas, sino tan sólo el establecimiento de una competencia restringida al Rey para tal caso.

d) El último tipo de personas de cuya exención hay que hablar es de los nobles.

En Aragón (y el hecho contrasta con lo sucedido en Castilla a este respecto) los nobles sólo obtuvieron la exención respecto a la prisión por deudas en el siglo xvii.

Molino ⁴⁷¹ cuenta el caso de un noble, de nombre Ximinus

466. *Op. cit.*, pág. 307 y, sobre todo, pág. 341.

467. *Op. cit.*, fol. 55.

468. *De la competencia de jurisdicciones*, SAVALL, I, pág. 99.

469. MOLINO, *Op. y loc. cit.*, en nota 467.

470. Cfr. SAVALL, I, pág. 39.

471. *Op. cit.*, fol. 232.

de Urrea ⁴⁷², que fué condenado civilmente y citado para asignar bienes. El noble se opuso diciendo que tal citación no había lugar por ser él noble y señor de vasallos, y se dudaba si, no asignando bienes, podría ser preso. Fué determinado por el Consejo del Justicia Mayor el día 20 de julio de 1434 por unanimidad de sus miembros («omnes concordés») «quod in non assignando bona poterat Iustitia Aragonum mandare procedi ad captionem dicti nobilis».

Y no hay duda que así se repitió en otros casos. Por eso PORTALES ⁴⁷³ indica como vigente el principio sentado por dicha sentencia y transmitido por MOLINO.

Por fin, en el año 1626 se dió un Fuero concediendo este privilegio a los nobles. Se declaraba en él que los nobles caballeros e hijosdalgo no podían ser presos por deudas emanadas de causa civil, aunque renunciasen al privilegio. No obstante, podían ser apresados si eran arrendadores de rentas o pechos reales, o si eran mercaderes ⁴⁷⁴.

472. Este caso es también descrito, aunque sin decir de dónde lo toman, por MARICHALAR Y MANRIQUE, en el tomo 6.º, pág. 14, de su *Historia*. Estos autores, especialmente en el tomo 6.º pág. 155 y 156, ofrecen una visión no siempre acertada de la prisión por deudas en Aragón. En su visión falta perspectiva histórica, algunos principios esenciales y sobran prejuicios. Tampoco se da en muchos casos citas de juristas aragoneses consultados, aun en ocasiones como ésta, en que, evidentemente, leyeron a MOLINO o alguna otra obra análoga.

473. *Op. cit.*, pág. 350.

474. Fueros Nuevos, Barbastro-Calatayud, 1626: SAVALL, I, 464.— «Que los nobles, caballeros y hijosdalgo no puedan ser presos por deudas: Otrosí su Magestad y en su Real nombre el Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte, y quatro Braços de aquella, estatuye y ordena que los Nobles Cavalleros y Hijosdalgo no puedan ser presos, ni presos detenidos por deudas emanadas de causa civil ni executadas sus armas, Cavallo, ni cama, aunque renunciaren el Privilegio de su nobleza respectiva. Exceptado el que fuere Mercader (segun que por Fuero y derecho se entiende serlo) y el que tuviere botiga o tienda abierta. Y los que fueren arrendadores de qualesquiere frutos o rentas excedientes de dos mil sueldos laqueses cada año. Y los que fueren arrendadores de qualesquiere arrendamientos de Universidades, aunque sean de menos cantidad de los dichos dos mil sueldos. En todos los quales casos, y qualquiere dellos, puedan ser presos, y presos de-

La posibilidad de que los nobles mercaderes fuesen presos dió lugar a ciertos abusos, tales como el de considerar mercader a un noble bajo pretexto de haber otorgado «algunos albaranes en calidad de mercaderes». A atajar estas prácticas acude un Fuero de 1646, en el que se define que por firmar varios albaranes no puede decirse que un hombre sea mercader, y que, por tanto, en tal caso no puede ser preso el noble, pudiendo serlo solamente cuando «con libros, botigas o bancos» constare que el tal noble era realmente mercader ⁴⁷⁵.

e) También los labradores obtuvieron en 1626 el privilegio de no poder ser preso por deudas ⁴⁷⁶ durante los meses de julio, agosto y septiembre, además de otras análogas exenciones sobre las mieses, las cabañerías y los aperos de labranza ⁴⁷⁷.

4) *La prisión a partir de principios del siglo XVIII.*

Es obvio decir que durante este período no se experimentan más modificaciones legislativas sobre la prisión por cau-

tenidos (no obstante el presente Fuero y Privilegio) por las dichas deudas, y las de dichos contractos resultantes. Y esto se entienda en las deudas, y obligaciones que de aquí en adelante se harán: quedando las disposiciones forales, que hablan de los deudores de las Universidades, Generalidades y derechos del presente Reyno, y deudores y receptores de las rentas y derechos Reales: y del Reyno y Universidades dél, en su fuerza y valor. Porque no es la intención desde Fuero privilegiar en él a los tales, ni al otro dellos, sino que se entienda en su mismo rigor».

475. Fueros Nuevos, Zaragoza, 1646. SAVALL, I, 488.—«Que los nobles, caballeros ni hijosdalgo no puedan ser presos por albaranes: Por haverse introduzido el prender a los nobles, caballeros y hijosdalgo con pretexto de haber otorgado algunos Albaranes en calidad de mercaderes, por tanto, su Magestad, de voluntad de la Corte, y quatro Braços della, estatuye y ordena que por Albaranes de mercaderes aunque en ellos los otorgantes confiesen serlo, no pueden ser presos, sino constando que realmente lo son con libros, botigas o bancos; y esto se entienda de los que se hizieren después de la publicación del presente Fuero».

476. Fuero del «Privilegio de los Labradores», 1626.

477. Refieren este privilegio los editores de la obra de Pedro MOLINOS, en nota marginal a la pág. 64.

sa civil, que las disposiciones del Derecho Real sobre personas exentas, que se aplican tanto a Castilla como a Aragón.

Por lo demás, ahora se asiste a la pérdida de vigor en la práctica del complicado sistema acerca de la prisión por deuda que acaba de ser descrito.

Quizá la prueba más concluyente del desuso de la prisión servidumbre y aun de la coactiva es el silencio respecto de ellas de la mayor parte de los autores de estos siglos, junto con algún testimonio concreto en el que se alude a la escasa vigencia práctica de la prisión.

FRANCO DE VILLALBA escribe hacia 1725⁴⁷⁸. Su obra, más que un estudio personal es casi una enciclopedia bibliográfica. Resume el contenido de cada Fuero u Observancia sin copiarlos íntegros, y luego añade los lugares y obras en que los más famosos autores tratan de las cuestiones relativas a cada texto.

En los Fueros y Observancias ya examinados aquí no incluye él ninguna referencia de interés, tanto al comentar los relativos al régimen de cesión y formas de prisión⁴⁷⁹ como respecto a las excepciones personales, entre las que estudia las de las mujeres, los nobles y los labradores⁴⁸⁰.

Después de FRANCO DE VILLALBA hemos de pasar ya al examen de los autores del siglo XIX para encontrar nuevos datos sobre nuestro tema⁴⁸¹. DIESTE se limita a decir que «el deudor de muchos acreedores puede hacer cesión de sus bienes a favor de éstos», y a continuación de esta afirmación cita precisamente a MOLINO y a FRANCO DE VILLALBA⁴⁸².

478. *Fororum atque Observantiae Aragoniae codex*, 2.^a ed. Zaragoza, 1743. El autor copia doce cartas de juristas alabando su obra; todas ellas están fechadas entre abril y noviembre de 1727, lo que hace pensar que la publicó por vez primera hacia 1725.

479. Cfr. *Op. cit.*, II, págs. 278 a 280.

480. Cfr. *Op. cit.*, I, 617; II, 174 y 175, y I, 455, respectivamente.

481. Otros autores, como LARRIPA, o, ya en el siglo XX, ISABAL y BADA, no dicen en sus obras nada de interés. En cuanto a ASSO y MANUEL, en sus escuetas referencias al Derecho aragonés, se limitan a decir que su régimen de cesión y prisión es peculiar, y a citar a MOLINO como la fuente más adecuada para su estudio.

482. DIESTE JIMÉNEZ, M., *Diccionario... ..*, voz «deudor», pág. 190; es 2.^a edición.

Sin embargo, al tratar de los títulos que llevan aparejada ejecución privilegiada no dice que contra ellos no quepa cesión de bienes ni tampoco que estén vigentes en la práctica los Fueros y Observancias sobre la entrega del deudor a la custodia de sus acreedores ⁴⁸³.

Si enlazamos el silencio respecto a la prisión servidumbre con la práctica que describía Pedro DE MOLINOS ⁴⁸⁴ sospecharemos que en la vida real comenzaba a desaparecer la prisión por deudas.

Y, en efecto, unos autores tan conocedores del Derecho aragonés como FRANCO y GUILLÉN nos dan la clave sobre estos puntos.

Inician su comentario respecto a nuestro tema diciendo que todavía (escriben en 1841) ⁴⁸⁵ se practica la cesión de bienes, excepto contra los títulos que traen aparejada ejecución privilegiada. Pero no dicen que contra éstos quepa y se practique la prisión servidumbre.

A continuación enumeran las personas que no pueden ser presas por deudas. Aluden a los labradores y citan en su apoyo la pragmática de Carlos III de 1786, declarando que a ellos están asimilados los operarios de fábricas y los que profesan artes y oficios. Lo cual demuestra que éstas y las otras disposiciones de los reyes eximiendo de la prisión no se aplicaban sólo en Castilla, sino también en Aragón. Y, por tanto, las consideraciones expuestas al estudiar el moderno Derecho castellano sobre este preciso tema pueden estimarse repetidas aquí, pues valen igualmente para Aragón que para Castilla ⁴⁸⁶.

A mayor abundamiento y por si podía haber alguna duda, los mismos FRANCO y GUILLÉN escriben un párrafo que demuestra que la prisión por deudas ya no se aplicaba en Aragón. Al final de las exenciones personales añaden: «Como en el día son tantas las clases que por las leyes recopiladas gozan del

483. Cfr. *Op. cit.*, pág. 222.

484. Cfr. nota 463, y el texto correspondiente.

485. *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, artículo 529, pág. 252, y artículo 532, pág. 254.

486. Cfr. antes IV, 5.

privilegio de las mujeres, nobles, etc., y como, por otra parte, *ya no está en uso el reducir a prisión a ninguno por deudas civiles...*» (el resto del párrafo no interesa).

Así, pues, en 1841 en Aragón ya no se practicaba la prisión por deudas. Y como la causa principal de ello era el desmesurado número de exenciones personales, nos remitimos ⁴⁸⁷ a las reflexiones apuntadas sobre este punto con relación al Derecho castellano.

Por lo demás, la redacción de la ley procesal de 1855, válida para toda la nación española, eliminó y derogó formalmente cuantos Fueros y Observancias estuvieran vigentes sobre prisión por deudas. Queden igualmente reproducidos aquí los comentarios ya hechos sobre tal ley y sobre las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA ⁴⁸⁸.

487. Cfr. antes la nota 330 y sigs.

488. Cfr. antes las notas 355 y 360.

AVENTAJAS O MEJORIA

Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente

1. Según antiguas costumbres romanas, procedentes del régimen del matrimonio *cum manu*, el marido solía legar a la mujer, a fin de que siguiera disfrutándolos en la viudedad, todos aquellos bienes que le había entregado durante el matrimonio para su uso o administración. Esta práctica se mantiene en el sistema de matrimonio libre, dando lugar a la configuración de una serie de legados típicos del marido en favor de la mujer. Son estos legados el de usufructo y los de *parata, mundus, penus, vestimenta* y *ornamenta*. Nos interesan ahora los legados de *parata, mundus, penus, vestimenta* y *ornamenta*, es decir, de aquellas cosas que el marido había entregado a la mujer para servirse de ellas o administrarlas¹. Su evolución en el ambiente jurídico hispánico ofrece, a nuestro parecer, un notable interés histórico y de actualidad.

En régimen de *conventio in manum* fue muy frecuente legar a la mujer los bienes *quae eius causa parata sunt* para garantizarle el uso y disfrute de aquellas cosas de las que se servía, usaba o administraba durante el matrimonio. El legado general de cosas *quae uxoris causa emptae paratae sunt* comprendía los vestidos, joyas, útiles de trabajo, menaje, etc., entregadas a la mujer durante el matrimonio. Se trata, por consiguiente, de una disposición *mortis causa*, por legado, del peculio entregado a la mujer para su uso y administración, puesto que ella, durante el matrimonio, se encuentra en posición de sometida y, por tanto, es incapaz de ser titular de

1. Para una exposición más amplia y con abundante bibliografía vid. M. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* (Roma-Madrid 1958) pp. 106-140.

bienes. Su fin es garantizar a la mujer no sólo el uso y disfrute, como en el legado de usufructo, sino también la disposición de los bienes legados.

En algunos casos, sin embargo, no se hacía un legado general, sino que se reducía a determinado tipo de cosas, dando lugar a un legado concreto de *penus*, *mundus*, *ornamenta* o *vestimenta*.

El legado de *penus* (D. 33,9) comprende las provisiones de comer y beber contenidas en la despensa para proveer durante cierto tiempo las necesidades de la casa, así como también otros artículos, cuales carbón, leña, etc., destinados a la preparación de las comidas y conservación de los alimentos.

El legado de *mundus* (D. 34,2) comprendía originariamente, según referencias de las fuentes literarias², todo lo que servía al embellecimiento y adorno de la mujer, pero, posteriormente, en las fuentes jurídicas, a partir de Labeón (D. 34,2, 32,6), aparece limitado a los útiles de tocador, a diferencia de los *ornamenta*, que comprendían todas las joyas y adornos usados por la mujer con excepción de los *vestimenta*³. Es posible, pues, que el legado de *mundus* tuviese originariamente un carácter general, y, con posterioridad, por la interpretación de los juristas, se limitara, hasta llegar a convertirse en tres tipos distintos: *mundus* propiamente dicho, *vestimenta* y *ornamenta*.

El legado de *vestimenta* tenía por objeto los vestidos usados por la mujer y que el marido le destinaba. La jurisprudencia⁴, distingue, a efectos de interpretación del legado, los vestidos del marido, los de la mujer, los de los hijos y los comunes de la familia⁵. Por la finalidad de estos legados, de garantizar a la viuda la continuidad en su situación familiar, quizá sería normal que los *familiarica, quae ad familiam vestiendam parata sunt*, integraran también normalmente el legado de *vestimenta*.

2. AULO GELIO, *Nott. Att.* 4,1; TITO LIVIO 34,7.

3. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* cit. p. 117.

4. D. 34,2,23; 34,2,25 y 34,2,39.

5. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* cit. p. 117.

Por último, el legado de ornamenta, frecuente también, comprendía las joyas, oro, plata y objetos preciosos.

El legado general de cosas *quae uxoris causa emptae paratae sunt* y los legados concretos de diferentes géneros de bienes usados por la mujer continúan siendo utilizados en régimen de matrimonio libre. Los legados de *parata* se consolidan y perfilan con el tránsito del matrimonio *cum manu* al matrimonio libre, hasta llegar a comprender también los esclavos que portaban la litera de la mujer o que la escoltaban e incluso las cosas de uso común de los cónyuges que el marido utilizaba como si estuviera reservadas a la mujer. Pero el fundamento de estos legados es distinto en el matrimonio libre y en la *conventio in manum*. En este sistema, hemos visto, era la existencia de un peculio, consecuencia de la incapacidad de la mujer para ser titular de bienes. En el matrimonio libre, el régimen de separación de bienes, con su consecuencia de prohibición de donaciones entre cónyuges, hace que el marido sólo pueda entregar a la mujer cosas para su uso; y si le hace donación, ésta sólo tendrá validez *post mortem*⁶. Sin embargo, la finalidad de los legados de *parata* sigue siendo la misma de garantizar a la mujer no sólo el uso y disfrute, sino también la disposición de los bienes legados.

En otros casos, dentro de la misma corriente de utilización del fideicomiso en favor de los hijos o parientes, en lugar del legado de usufructo, el marido disponía en favor de la mujer de las cosas *quae eius causa emptae paratae sunt* con el gravamen de un fideicomiso en beneficio, precisamente, de las hijas. Es el caso de D. 33,2,39⁷. El testador quería que vestidos, ajuar (*alias res*) y otros objetos usados por la mujer, o de los que disponía, pasasen a las hijas después de haber sido disfrutados por la mujer, a la cual se lega la propiedad, pues,

6. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* cit. p. 117.

7. D. 33,2,39: *Filios heredes instituit, uxori vestem mundum muliebrem lanam linum et alias res legavit et adiecit: 'proprietatem autem eorum, quae supra scripta sunt, reverti volo ad filias meas quaeve ex his tunc vivent': quaesitum est, utrum usus fructus an proprietas earum rerum data sit. Respondit proprietatem legatam videri.*

según la interpretación de Scaevola, se trataba de un legado de propiedad gravado de fideicomiso y no de un legado de usufructo.

La *Laudatio Murdiae*⁸ es una prueba evidente de la difusión del empleo de este tipo de legados de propiedad gravados de fideicomiso, así como también de la generalización de las concepciones sobre el uso y disfrute de los bienes familiares por la mujer y su definitivo destino a los hijos. A nuestro parecer, el empleo del fideicomiso permitió conseguir que los bienes familiares asignados a la mujer, de los cuales, en un principio, podía disponer libremente, pasasen a ser heredados por los hijos. Con posterioridad, y como consecuencia, precisamente, de esta práctica, se generalizaría la concepción de que a la mujer correspondía el uso y disfrute de los bienes familiares, a pesar de legárselos en propiedad, y el definitivo destino a los hijos o, más concretamente, a las hijas.

2. Las leyes visigodas nada dicen concretamente de los legados de *parata*, lo cual, dado el carácter «edital» de los Códigos visigodos, preocupados fundamentalmente de regular problemas debatidos o que han variado de forma sensible⁹, permite suponer que subsistió y continuó inalterado el sistema de legados. Aparte de esto, en el Derecho visigodo se observa una tendencia respecto a la sucesión de las mujeres que, en líneas generales, conduce a unas consecuencias semejantes a las que habían llegado los bienes objeto de nuestros legados.

En principio, el régimen sucesorio del Edicto de Eurico y del resto de la legislación visigoda no es esencialmente distinto al del Derecho romano postclásico. Se mantiene la preferencia de los *agnati* (*per virilem sexum venientes*) sobre los *cognati* (*qui per feminas veniunt*) con algunas atenuaciones. La innovación fundamental de Ed. Eurico es que las mujeres

8. El autor de esta importante inscripción sepulcral del siglo I, hijo del primer matrimonio de Murdia, alaba a su madre, entre otras razones, por haber dispuesto a favor de él de los bienes que su padre había dejado en testamento a Murdia, por estimar ella que, más que la propiedad, le había sido atribuido el uso de aquellos bienes. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* cit. p. 134.

9. A. OTERO, *Liber iudiciorum* 3,1,5, en *AHDE*. 29 (1959) 549.

no pueden disponer de los inmuebles heredados, que se reservan a sus herederos legítimos, quedando ellas con el usufructo únicamente. Pero esta novedad se puede explicar como consecuencia de la capacidad limitada de las mujeres bajo tutela familiar ¹⁰.

Según Ed. Eurico 322, la mujer viuda, única que ahora nos interesa, hereda de su marido como un hijo más, pero sólo en usufructo, y pierde todo lo heredado de su marido, en beneficio de los hijos, desde que contrae nuevas nupcias. Este usufructo concedido a la viuda procede evidentemente del último Derecho romano. Teodosio I (CTh. 3,8,2) y Teodosio II (Nov. 14,7) habían reducido al usufructo el derecho de la viuda bínuba respecto a los bienes procedentes de su anterior marido, aunque con posibilidad de mejorar a los hijos. La situación fue en parte modificada por las Nov. de Mayoriano 6,8 y Severo 1, en las cuales se disponía que la viuda no tuviera sobre las donaciones recibidas de su marido más que un usufructo, cedible a alguno de sus hijos, debiendo reservar la propiedad para todos ellos. Ed. Eurico 322 lleva esta tendencia romana a sus últimas consecuencias, aplicando la reducción al usufructo para todos los bienes procedentes del marido, aun en caso de no contraer la madre segundas nupcias, en cuyo caso se le priva de todo derecho sobre los bienes del marido ¹¹.

Ed. Eurico 322

Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis ... e conferre praesumat. Quod si eam filii hanc portionem matris evertere sive per negligentiam sive per odium eorum forte prospexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant, ut matrem suam contestatione commoneant ne res quas ad usumfructum accepit evertat. Nam usumfructum quem ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non

10. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, en «Estudios visigóticos II» (Roma-Madrid 1960) p. 248.

11. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 260.

vetetur. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuriam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

Ed. Eurico 322 regula el derecho hereditario de la *uxor*. Pero, al igual que en el Derecho romano clásico, el marido podría instituir la heredera o, como sucedería más frecuentemente, legarle los bienes que usaba y disfrutaba durante el matrimonio. Su derecho, en estos casos, era ya desde la época clásica de simple usufructo, lo mismo que ahora en la herencia *ab intestato*.

La regulación de Ed. Eurico 322 se mantiene sin modificación en los Códigos visigodos, y se recoge en *Liber iudiciorum* 4,2,14. El sistema se seguirá en la práctica hasta el momento en que se consagra la comunidad de gananciales. Así se explica la interpretación de F. Juzgo 4,2,15.

Liber 4,2,14

Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre praesumat. Quod si eam filii portionem ipsam matrem evertere seu per negligentiam sive per odium forte prospexerint, ad comitem civitatis aut ad iudicem referre non differant, ut ma-

F. Juzgo 4,2,15

La madre si se non casare depues de la muerte del marido, debe partir egualmente en todos los frutos de la buena de su marido con sus fijos mientras visquiere; mas ni lo puede vender, ni dar a ninguno de sus fijos. E si los fijos entendieren que la madre lo quiere enagenar, o por malquerencia, o por otra cosa, diganlo al sennor de la cibdad, o al iuez que ielo defienda, que aquellas cosas non pare mal. Mas el fructo que ella deve aver, puedelo dar a quien qui-

trem sua contestatione commoneant, ne res, quas usufructuarias accepit, evertat. Nam usumfructum, quem ipsa fuerat perceptura, dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciantur. Post obitum vero matris portio, quam mater acceperat, ad filios aequaliter revertatur, quia non possunt de paternam hereditatem fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

siere de los fijos o de las fijas: e aquello que ella ganare del fructo, puede dar a quien quisiere. E si daquella parte de la madre alguna cosa fuere enajenada, todo deve seer entregado depues de la muerte de la madre a los fijos, e depues de la muerte de la madre el quinnon de la madre devenlo aver los fijos egualmientre. E si la madre se casar depues de la muerte del marido, desde aquel dia adelante deven aver sus fijos la parte que ella devia aver de la buena del marido se se non casare.

A tenor de *Liber 4,2,14*, la *mater* heredaba de su marido una cuota igual a la de los hijos, pero sólo en usufructo, y perdía lo heredado de su marido, en beneficio de los hijos, al contraer nuevas nupcias. Según F. Juzgo 4,2,15, la madre, si no contrae nuevas nupcias, tiene un derecho, igual al de los hijos, sobre los frutos de todos los bienes del marido. La diferencia es importante, a pesar de que el texto de F. Juzgo sigue después literalmente al de *Liber iudiciorum*. Es explicable. El redactor de F. Juzgo, desde un ambiente de comunidad patrimonial familiar —en el cual la mujer tenía derecho a la mitad de los bienes adquiridos en común y, además, a unos determinados bienes en concepto de viudedad—, no podía encajar un derecho hereditario de la madre, y lo entendió como

derecho de viudedad, inexistente, por lo demás, en el Derecho visigodo ¹².

Llegamos así a un punto trascendental en la evolución de los legados de *parata* por la presencia de la comunidad. En la comunidad familiar, la mujer era titular juntamente con el marido. A la disolución de la comunidad, corresponden a la mujer la mitad de los bienes adquiridos en común durante el matrimonio. Por esto desaparece su cuota hereditaria, que no volverá a aparecer hasta la recepción justiniana en las Partidas (6,13,7). Pero, además, como consecuencia de la división de la comunidad, que se sigue a la muerte de uno cualquiera de los cónyuges, se hace posible que le sean divididos a la madre los bienes de uso personal. Después de la consagración de la comunidad como régimen legal, en la época postgótica ¹³, el uso generalizado de legarle estas cosas personales hubo de convertirse en una norma legal, para hacer posible a la mujer, dentro del régimen de comunidad familiar, la continuación en el uso y disfrute de sus bienes personales, puesto que el legado no era adecuado ni suficiente.

3. Los legados de *parata* romanos, afectados ya por la concepción derivada del uso del fideicomiso, pasarían al Derecho visigodo. Y pasarían también al Derecho postgótico, en el cual se observan los efectos de haber sufrido una interesante evolución, debida a la presencia de la comunidad, como con-

12. El Derecho visigodo, como tendremos ocasión de examinar en otra oportunidad, no conoció una cuota viudal propiamente dicha. El derecho de usufructo que *Liber* 4,2,13 concede al padre sobre los *bona materna* de los hijos es consecuencia de la *patria potestas*, y refleja el régimen post-Constantiniano (vid. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. pp. 257-258; A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 26 (1956) 215 y 220-221). El derecho de usufructo sobre una cota de los bienes del padre que *Liber* 4,2,14 confiere a la madre no es tampoco cuota viudal, sino una cuota hereditaria, que no puede mermarse, como el usufructo del padre, precisamente por su carácter de cuota hereditaria. El hecho de ser un simple derecho de usufructo no tiene relevancia en este sentido. Las causas de que las mujeres hereden sólo usufructo y la pérdida de su derecho por posteriores nupcias ya las hemos considerado anteriormente.

13. OTERO, *Liber iudiciorum* 3,1,5 cit. p. 553.

secuencia de la cual se convierten en una especie de cuotas legítimas. Lo que era un uso frecuente en la sociedad romana se difundiría por toda la Península, se consolidaría durante la época visigoda y, finalmente, al calor de las nuevas circunstancias de la comunidad patrimonial familiar, se convertiría en una norma legal. Los legados de *parata*, después de estas interesantes vicisitudes, se transforman en un derecho del cónyuge supérstite a excluir de partición determinados bienes; precisamente los que constituían el objeto de aquellos legados romanos.

Así, pues, si no nos equivocamos, los legados de *parata* son el punto de origen de las célebres ventajas o mejoría de nuestro Derecho medieval, cuya presencia se siente todavía de una manera palpable en nuestros días. Desde los legados de *parata* se explican perfectamente el carácter y la problemática de las ventajas, inexplicables como reminiscencia del Derecho prerromano¹⁴ o como influencia germánica¹⁵.

Los legados de *parata* pasan al Derecho postgótico, en el cual aparecen como un derecho de ventajas o mejoría^{15bis}. En las primeras redacciones jurídicas se nos presentan ya como un derecho de uno u otro cónyuge supérstite o de sus herederos a excluir de partición los bienes objeto de aquellos legados. A primera vista sorprende la extensión de este derecho, nacido

14. J. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España I*² (Barcelona 1880-1885) pp. 172-174.

15. J. LACRUZ, *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, en *ADA*. 3 (1946) 142-149.

15 bis. Algunos autores —F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*³ (Madrid 1845) pp. 227 ss.; B. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español III*⁵ (Madrid 1881) p. 537 ss.; R. UREÑA, *La influencia semita en el Derecho medioeval de España*, en *RGLJ*. 92 (1898) 300-301; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil I*² (Madrid 1899) p. 229 y *VI*² (Madrid 1910) p. 1156 ss.—aluden a los bienes excluidos de partición al tratar de la mejora, precisamente para probar su inexistencia en el Derecho de la Alta Edad Media. No creemos oportuno repetir aquí las opiniones de éstos y otros autores, tan distintas de las que sustentaremos. Una exposición y crítica de ellas puede verse en J. DE LACOSTE, *La mejora* (Madrid 1913) p. 86 ss.

en beneficio de la *uxor*, al marido, y el del marido y mujer a sus herederos, fenómeno este no tan sorprendente si bien se mira, puesto que desde antiguo, practicamente, estos bienes se destinaban, en definitiva, a los hijos. La causa de esta extensión, así como de la evolución general del régimen jurídico de los bienes que nos ocupan, hemos insinuado ya y hemos de ver que, como siempre, es la presencia de instituciones y principios inoperantes todavía en el Derecho romano y que se manifiestan plenamente en la época postgótica.

En el fuero de Salamanca tenemos quizá la primera referencia a los bienes excluidos de partición.

F. Salamanca 33¹⁶

A quien morir la muyer.—
 Todo omne aquien morier
 la muyer, tome el marido ela
 mejor bestia que ouiere con
 todas sus armas; e los pa-
 rientes dela non tomen en-
 trega.

F. Salamanca 206

Dela uildujdade de la uil-
 da.—

Esta sea la uildujdade: una
 tierra de III. kafizes sem-
 bradura en baruecho, e una
 casa, e una araçada de uina,
 e una uez de azenia, e I.
 yugo de bues, e I. asno, e I.
 lecho con una guenabe, e I.
 licherero, e I. fieltro, e II. sau-
 nas, II. cabezales, espetos,
 mesa, escudielas, uasos, cu-
 chares quantas ouieren de
 madero, escanos, cedaços, ar-
 chas, badil, ca'deras, scamie-
 los, criuas, e una carral de
 XXX. medidas. Todo esto,
 quando lo ouieren de consu-
 no, tome lo entrego; e aquello
 que fore de parte del marido,
 tome el medio; e aquello que
 non ouieren de seuno ne de
 parte del marido, non lelo
 den. E de todo esto, qual ela

16. En el mismo sentido, F. Ledesma 9: «A quien morir su mugier.—Todo omne aquien morir su mugier, prenda el marido la mejor bestia con todas sus armas; e los parientes dela mugier non ella non tomen entrega.»

quisier. E nolo uenda ne lo done. E si marido tomar, doble esto que tomar. E si moriere, qual axaren, de tal tomen parentes del muerto su parte.

F. Salamanca 33 dispone que, a la muerte de la mujer, el marido tome antes de partición la mejor bestia que tuvieren y sus armas. Es interesante observar que estos bienes excluidos de partición son el caballo o mejor bestia y las armas con sus *adubos de fonsado*; precisamente aquellos que, según F. Salamanca 32 y F. Ledesma 8¹⁷, debía todo hombre mandar por su alma o darlo sus parientes *si morier sin lingua*. Pero no parece que la extensión al marido del derecho a excluir de partición estas cosas, a semejanza del derecho que correspondía a la mujer, se haya hecho por tratarse de estos bienes que el hombre debía mandar *pro sua anima*, sino más bien, como hemos de ver, por el cambio trascendental de la posición del marido en la comunidad patrimonial familiar.

Respecto a la mujer, F. Salamanca 206, al establecer cuál debe ser la *uildujdade de la uilda*, menciona una serie de cosas que eran objeto de los legados de *parata* romanos, tales los *espetos, mesa, escudielas, uasos, cuchares, escanos, cedaços, archas, badil, calderas, scanielos, criuas, etc.* Todos estos bienes, así como algunos inmuebles y semovientes, debía tomarlos antes de partición, cuando los hubiere comunes de la sociedad conyugal, para usarlos y disfrutarlos, sin facultad de disposición —*e nolo uenda ne lo done*—, mientras permaneciere en viudedad.

F. Salamanca ha involucrado los bienes excluidos de par-

17. F. Salamanca 32: «Qui morir, como deue fazer.--Todo omne que passar deste sieglo, mande por su alma su caualo ola meyor bestia que ouier, con sus armas, o quesiere; esi morier sin lingua, denlo sus parientes ali otouieren por bien; e ela muler por esto non tome entrega.» F. Ledesma 8: «De manda de finado.--Todo omne que passar deste siegro, mande por su anima su cauallo o la mayor bestia que ouier, con sus armas e con sus adubos de fonsado; e si morir sin lengua, asi lo den por su alma sus parientes hu ujren por bien; e la mugier non prenda por esto entrega njnguna.»

tición con la viudedad, como han hecho muchos otros textos castellanos, aragoneses y navarros. La confusión es fácilmente explicable, puesto que la finalidad del legado de usufructo y de los legados de *parata* fue siempre la misma de asegurar a la mujer una continuidad en su posición familiar y en sus funciones domésticas, y sus efectos análogos desde que se generalizó la concepción del definitivo destino de los bienes familiares a los hijos. Pero la confusión no parece que haya tenido como consecuencia la total asimilación a la cuota viudal. La involucración en la viudedad ha desnaturalizado en parte las ventajas, mas era difícil que éstas dejaran de sentir los efectos de la vieja tendencia a obstaculizar las segundas nupcias, supuesto en el cual también deja de tener razón de ser la garantía de la posición familiar de la viuda, finalidad perseguida por los legados de *parata* y por las ventajas o mejoría de ellos derivadas. La confusión, en definitiva, fue consecuencia del acoplamiento de los legados en favor de la mujer, procedentes de un sistema matrimonial de separación de bienes y de inexistencia de cuota viudal, a un sistema de comunidad en el que dicha cuota existe.

En el fuero de Alba de Tormes nos encontramos recogido en un mismo precepto el derecho de ambos cónyuges a excluir de partición determinados bienes y la extensión a los hijos del derecho del padre.

F. Alba de Tormes 143

Fuero de manda.—

Todo omne de Alba o de su termino que fijos ouire, el fixo mayor tome su caualo e sus armas e su tienda. E si fijos non ouiere, el pariente mas propinco tome su caualo e sus armas e su tienda. E otrosi si la muler mula ouiere, non gela parta nadi nin suos uestidos.

F. Alba de Tormes 143 contempla el derecho a excluir de partición desde el supuesto de la muerte del marido. A la muerte del padre, su derecho a excluir de partición su caballo, sus armas y su tienda pasa al hijo mayor o, caso de no existir hijos, al pariente más propinco. De la misma manera —*e otrosi*—, en dicho supuesto, la mujer tiene derecho a excluir

de la partición su mula, cuando la tuviere, y sus vestidos. Pero el texto de F. Alba todavía no nos dice claramente si el derecho de la mujer pasaba a sus hijas, aunque ello quizá se deba al ángulo de la sucesión paterna desde el que contempla la mejoría.

El derecho a excluir la mula puede parecer una innovación o una extensión del primitivo contenido de los legados romanos. A nuestro parecer, la mula es el equivalente medieval de los esclavos portadores de la litera en la época romana, comprendidos también, como hemos visto, en los legados de *parata*.

Realmente es muy importante la trasmisión a los herederos del derecho a excluir de partición. Pero esta aparente novedad se puede explicar como última y normal consecuencia de la consagración, conseguida mediante el empleo del fideicomiso, de las concepciones sobre el uso y disfrute de los bienes familiares por la mujer y su definitivo destino a los hijos. Así como la costumbre de hacer a la mujer los legados de *parata* se convirtió en norma legal, de la misma manera, la transmisión a los herederos del derecho a excluir de partición fue la forma de cristalizar legalmente las concepciones sobre el definitivo destino a los hijos de unos bienes que, ahora además, eran comunes en virtud de la generalizada comunidad patrimonial familiar.

El derecho a excluir de partición es el mismo que de una manera más perfecta nos enuncian los fueros de la familia de F. Coria ¹⁸.

F. Coria 72

Qui morier e dexar su muger.—

Todo ome a qui su mugier morier, saque ante de particion una bestia qual quisier de las que ovier. E la muger, saque antes de particion todos sus vestidos quales en vi-

F. Usagre 80

A qui su mulier muriere.—

Tod omne a qui su mulier muriere, saque ante de particion una bestia qual se quisier daquelas que ouieren. Et saque sus armas, et su cauallo, et sus uestidos quales ouo fechos en uida de su mulier.

18. F. Aljaites 57; F. Castel-Rodrigo 4,11; F. Castello-Melhor 142; F. Castello-Bom 72; F. Cáceres 79.

da del marido ovo, e un lecho de ropa. El marido saque sus armas e su cavallo e sus panos, quales ovo en vida de su mugier, e un lecho de ropa. E si cavallo no ovier, saque una bestia de siella, asi como sobredicho es.

Et si cauallo non ouier, saque una bestia de siella, sicut dictum est, et un lecho de ropa. Otrosi, la mulier saque ante de particione todos sos uestidos los quales ouo fechos in uita uiro suo, et un lecho de ropa.

F. Coria 72 y F. Usagre 80, aunque tienen un contenido igual, no coinciden exactamente. F. Usagre 80 parece proceder de F. Coria 72, pero su redacción es mucho más ordenada, agrupando en la primera parte lo relativo al marido para terminar con el derecho de la mujer. El primer párrafo de ambas textos recuerda a F. Salamanca 33. Posiblemente se añadió a este contenido originario el resto de la disposición en etapas sucesivas, como parece desprenderse de la forma de F. Coria 72, hasta llegar a la forma más perfecta de F. Usagre 80.

En estos estratos puede verse quizá una progresiva ampliación del derecho del marido. Así, pues, el marido que enviudare, en un principio, podría excluir de partición el caballo o la mejor bestia que tuviere con todas sus armas. En un momento posterior tendría derecho a excluir el caballo, y caso de no tenerlo, una *bestia de siella, sicut dictum est*, sus armas, sus vestidos hechos durante el matrimonio y, más tarde, probablemente por paralelismo con la mujer, también un *lecho de ropa*.

La mujer tenía derecho a sacar antes de partición todos sus vestidos *fechos in uita uiro suo* y un *lecho de ropa*. El lecho, cual se describe en F. Coria 68 y F. Usagre 77¹⁹, aunque por su naturaleza pudo haber sido constitutivo de la mejoría de la mujer, como los *familiarica* romanos, parece más bien una adición posterior, consecuencia de la confusión de los bienes excluidos de partición con la viudedad, pues el lecho forma parte de la cuota viudal en la mayor parte de los

19. F. Usagre 77: «De tener uiubdedade.—Mulier qui uiduitatem... et un lecho con guenabe et con alfamar, et un fioto, et un ca-beçal, et II. sauanas, ...»

ordenamientos medievales. De ser así, sería ésta la única consecuencia de la confusión con la viudedad. Así se explicaría por qué un buen número de textos medievales atribuye el lecho a la viuda o viudo y, al mismo tiempo, además, le conceden un derecho a sacarlo antes de la partición.

Podemos observar que, respecto al ordenamiento local salmantino, ha aumentado, en el de Coria, Usagre y demás localidades de Derecho afín, el contenido del derecho del marido a excluir de partición. Primeramente, en Salamanca y Ledesma, podía sacar antes de partir sólo su caballo o mejor bestia y las armas, es decir, aquellos bienes que en estos lugares debía todo hombre mandar *pro sua anima*. En los fueros más meridionales, y también posteriores, puede mandar, además, sus vestidos y un lecho. Esta ampliación del derecho a excluir de partición nos parece muy interesante para explicar la causa de la extensión al marido de un derecho que originariamente había nacido para la mujer, y nacido, precisamente, para garantizar a la viuda la continuidad en su situación familiar y doméstica. En el Derecho romano hubiera sido innecesario, pues el *paterfamilias* era el único titular del patrimonio familiar. Pero en la época postgótica, la presencia de la comunidad patrimonial familiar cambia por completo la situación del padre. La partición determinada por la extinción de la comunidad doméstica, a la muerte de uno cualquiera de los cónyuges, haría necesario garantizar al marido la propiedad de estos bienes personales. Para ello se recurriría a concederle un derecho a excluirlos de partición semejante al que había atribuído a la mujer sobre los bienes domésticos. Este derecho se haría transmisible a los hijos, como normalmente, por su naturaleza, habría de serlo el de excluir de partición.

Consecuentes con estas concepciones, F. Coria 70 y familia ²⁰ atribuyen al hijo mayor el derecho a excluir de partición el caballo y las armas, y sólo en caso de no existir hijo varón se determina se den por su alma.

20. F. Alfaiates 55; F. Castel Rodrigo 4,9; F. Castello-Melhor 141; F. Castello-Bom 71; F. Cáceres 78 y F. Usagre 79.

F. Coria 70

Qui morier a qui de sus bienes.—

Todo ome que morier, den su cavallo e sus armas a su hijo mayor sin particion, e los otros hijos no tomen entrega. E si el marido no ovier hijo, den su cavallo e sus armas por su alma

Sin embargo, en muchos otros ordenamientos, quizá la mayoría, el derecho pasa a los parientes cuando faltan los hijos, y no se ordena donarlos por el alma.

En el Derecho castellano podemos observar una evolución similar y, en algunos momentos, de una mayor precisión técnica.

F. Sepúlveda 66²¹ arroja alguna luz sobre los bienes excluidos de partición, aunque sea indirectamente, al regular la especial forma de sucesión de las armas. En Sepúlveda, el marido no puede mandar armas a su mujer, probablemente porque se consideran privativas de él, y, a la muerte de la mujer, todas las que tuvieren deben ser del marido. Cuando muere el marido, el derecho sobre las armas pasa a los hijos y, a falta de éstos, a las hijas. En el supuesto de no existir hijos, la sucesión viene condicionada por la comunidad de gananciales y por la troncalidad. De esta suerte, las armas adquiridas en común se reparten por mitad entre la mujer y los herederos del marido, mientras que las heredadas deben volver al tronco de donde proceden.

En F. Cuenca, el marido y la mujer o, más exactamente, el viudo o la viuda, a título de *prerogativa ujdorum*, tienen derecho a excluir de partición determinados bienes de los adquiridos en común, si existieren al disolverse la comunidad.

F. Cuenca 245 (10,42)²²

De prerogativa ujdorum.

Si uiduus in uiduitate, siue uidua permanere uoluerit, ista eis extra sortem relinquuntur; viduo equus suus et

F. Cuenca 246 (10,43)²³

De viduo qui in castitate permanere noluerit.—

Verumptamen si uiduus uel uidua in uiduitate et castitate permanere noluerit,

21. F. Sepúlveda 66: «Del marido a su muger quel'pueda mandar una dona.— ...salvo dent armas, que non pueda mandar el marido a su muger. Et si la muger finare, todas las armas que ovieren

arma tam lignea quam ferrea. Nec sorciantur thorum, in quo prius cum uxore iacebat, neque aues ancipitres. Vidue non sorciantur lectum quem cum parili suo tenere solebant; dent etiam ei agrum unius kaficij, et iugum bouum, et aranzadam uinee, set non parre. Hoc habent uidui de iure uiduitatis, et non aliud. Iste uiduitates, dentur de illis rebus quas simul adquisierint, et non de alijs rebus. Et si forte cum ad diem particionis uentum fuerit, aliqua praedictarum rerum non habuerint, ipsa dent, et non alia, et talia qualia fuerint.

quodcumque in uiduitate acceperat, totum tradat particioni quandocumque heredibus placuerit...

El marido puede tomar antes de la partición el caballo, las armas de fuste y de hierro, el lecho matrimonial y las aves de cetrería. La viuda podía quedarse, antes de partir los bienes familiares, con el lecho y otros bienes claramente constitutivos de viudedad, como una tierra de un kafir, una aranzada de viña y un yugo de bueyes. El viudo o la viuda reciben de estos bienes sólo los que hubiere al momento de la partición y fueren adquiridos en común.

F. Cuenca 245 (10,42) dice claramente que el cónyuge viudo tendrá estos bienes excluibles de partición *de iure uiduitatis, si in uiduitate permanere voluerit*. Los puede tomar antes de partir, para tenerlos a título de viudedad; pero solamente, según parece, en el caso de querer permanecer en viudedad. Pa-

sean del marido; et si el marido finare ante que la muger, etijos non ovieren, quantas armas ganaren en uno, partanlas por medio; et las otras armas sean de aquel linage onde vinieren. Et siijos varones ovieren, aquellos hereden todas las armas; et siijos varones non ovieren, las fijas que ovieren, las hereden.»

22. Igual F. Zorita 224; C. Valentino 1,10,39; F. Hesnatoraf 221.

23. Igual F. Zorita 225; C. Valentino 1,10,40 y 41; F. Hesnatoraf 222; F. Teruel 460.

rece claro que el redactor de F. Cuenca, y mucho más el de F. Teruel, confundieron el derecho a excluir de partición con la viudedad y lo involucraron en esta última. Tanto es así que F. Cuenca 246 (10,43), coincidente con F. Teruel 460, obligan al viudo o viuda a traer a partición lo que hubieren tomado cuando *in uiduitate permanere noluerint*.

Los bienes excluidos de partición aparecen ya tan involucrados en la viudedad por F. Teruel y F. Albarracín, que difícilmente se puede justificar en ellos su presencia.

F. Teruel 458²⁴

De biudo que en castidat guerra estar.—

Decabo mando que, si biudo o biuda en biudedat et en castidat guerra estar, estis suert a ellos estas cosas todas les sean lexadas de mas: al biudo sea le lexado su cauallu e las armas, assi las de fierro como las de fust, e las aues de caça, si las ouiere, et el lecho en que iazio primera mientras con su muger. Si por auentura estas auant dichas cosas non ouiere, den le al biudo un campo de una kafçada e un iuuu de bueyes e una arançada de vinna, mas non de parral, et el lecho en el qual iazio primera mientras con su muger. Et es asaber que IIII: o peonadas de vinna façen arançada.

F. Teruel 459²⁵

De aquello que a la biuda deujere fincar.—

Mas a la biuda non le partan el lecho en el qual iazio primera mientras con su marido, e un campo de un kafç, e un iuuu de bueyes e una arançada de vinna, mas non de parral. Et esto ayan los biudos por derecho de biudedat e non otra cosa, segunt del fuero. Empero, es assaber que estas biudedades deuen prender de aquellas cosas de las quales ensenble auran ganado e non de las otras cosas, segunt del fuero. E si por auentura, quando al dia de la particion uernan, algunas cosas de las auant dichas non ouieren, de aquellas que auran prengan en biudedat, e non sean dadas otras cosas, si non tales quales fueren por lur poder.

F. Teruel 458 coincide con la primera parte de F. Cuenca 245 (10,42), pero se separa radicalmente de éste al estable-

24. Igual F. Albarracín (ed. Riva) p. 156.

25. Igual F. Albarracín, p. 156.

cer que, si no hubiere caballo o armas, el viudo debería recibir exactamente los mismos bienes inmuebles constitutivos de la viudedad de la mujer.

Sólo la presencia del caballo y las armas nos hace pensar en la posibilidad de que los bienes excluidos de partición aparecen comprendidos en la viudedad en F. Cuenca y F. Teruel. Se hace difícil concebir una obligación del marido bñubo de traer a partición su caballo, sus armas y sus objetos de uso personal; e incluso la viuda sus objetos personales, aunque sería más comprensible que con ella se hubiera llevado a sus últimas consecuencias la identificación del derecho a excluir sus *pannos* con la viudedad.

La realidad práctica de la Extremadura castellana, coincidente con el Derecho del área leonesa, incluso con un reflejo exacto del verdadero alcance del efecto de la confusión con la viudedad, la expresan, a nuestro entender, los fueros de Brihuega y Fuentes de la Alcarria, quizá relacionados, por lo demás, con el Derecho de Cuenca.

F. Fuentes 191²⁶

Qui herede cauallo et armas.—

Tod ome de Fuentes que enbiudare cauallo o armas de su cuerpo o bestia de siella o de aluarda saquela el marido sin particion qual destas quisiere. et la muger teniendo bibdedad fasta I. anno tome bestia mular de siella o de aluarda et si ante del anno casare nol uala.

Parece claro, a tenor de estos fueros²⁷, que el marido podía tomar antes de la partición su caballo, sus armas y sus *pan-*

26. Coincide con F. Brihuega 295.

27. En el mismo sentido, y con una redacción que parece el término medio entre la de F. Cuenca y F. Fuentes, F. Alcalá 81: «Todo omne que embibdare e cavalo oviere.—Todo omne que embibdare e cavalo oviere o armas o bestia de siela, la mejor bestia que oviere non se lo partan por foro; e si la mulier embibdare e toviere bibdedad fasta cabo de anno, la mejor bestia que ovieren mular, de siela o de albarda, tomela sin particion; e si no la toviere, bibdedad nol preste; e esto quien lo oviere a tomar, baron o muger, si lo ovieren ganado en uno, tomelo, e si non no lo tome; e las armas que oviere a sacar el cavallero, armas dun cavallero saque e non mais; e sobresto I. dona que mandare baron a muger de mueble, o muger a marido, prestel.»

nos sin requisito alguno, mientras que la mujer perdería la mula, que se le atribuye en concepto de viudedad, si no guardaba ésta durante un año.

F. Fuentes 191 nos podría reflejar la confusión de la *mejoria* con la viudedad y la posible consecuencia de la aplicación del régimen de ésta a la *mejoria*, mas solamente en el caso de la viuda y concretamente para la mula vidual. Pero el capítulo siguiente demuestra con toda nitidez la perfecta individualidad del derecho a excluir de partición e, incluso, su independencia de la viudedad.

F. Fuentes 192²⁸

Por cauallo o armas de fijos.—

Tod omne de Fuentes que ouiere fijos o fijas, el cauallo et las armas del padre et los pannos finquen en los fijos uarones, et los pannos de la madre finquen en las fijas.

Conviene poner de relieve que en F. Fuentes 192 no se habla de la mula, sino sólo de los *pannos*. *Pannos* y armas del marido y *pannos* de la mujer; es decir, las cosas de uso personal, en general, se excluyen de partición, y este derecho a excluir, sin estar afectado por las condiciones de la viudedad, se transmite, según el carácter personal de los objetos, a los hijos o a las hijas.

El derecho de excluir de partición termina por hacerse hereditario. Los hijos adquieren el derecho a excluir lo que correspondía al padre y las hijas aquello que podía excluir la madre. De esta forma, cristaliza también en norma aquella antigua concepción del definitivo destino a los hijos de los bienes que era uso legar para garantizar la continuidad del disfrute de determinados bienes. Así como el uso de hacer legados para garantizar a la mujer la continuidad de su posición doméstica se convirtió en regla legal, de la misma manera, la concepción del definitivo destino a los hijos de los bienes domésti-

28. Coincide con F. Brihuega 296. F. Alcalá 268: «Padre o madre qui mandamiento ficiere a filio.-- Padre o madre qui mandamiento ficiere a filio o a filia o a nieto o a nieta, non preste. Armas del padre o cavalo, los filios barones las hereden; vestidos de madre, las filias los hereden.»

cos terminó por consagrarse legalmente al hacerse hereditario el derecho a excluir de partición.

F. Soria, con su acostumbrada precisión, nos describe el derecho a excluir de partición al regular la manera de partir los bienes adquiridos en común, de donde han de proceder los que constituyen el objeto de aquel derecho.

F. Soria 338

Pero que toda cosa que el marido et la mugier ganaren o compraren o mejoraren depues que casaren en uno deuen partir los herederos del muerto con el que fincare biuo por meatad, si delo que ganaren ouieren comprado o ganado cauallo o armas et guarnizones et las ouieren ala sazón que el uno dellos finare, si uno o mas caualllos ouieren, el mejor cauallo et las mejores armas et las mejores guarnizones, tant bien de fust commo de fierro, que conuiniere para el, sean del marido; et si el muriere ante que la mugier, que las hereden sus herederos. tan bien por uida commo por muert; et nol sean metidas en la particion njn contadas en ella. Otrossi la mugier que aya todos sus pannos et sus arras et sus joyas, si fueren entregadas ella osus herederos, que nol ssean metidas njn contadas en particion. Todas las bestias otras et las otras armas, si las y ouieren, con las otras ganancias, tan bien mueble como rrayz, que fizieren el marido et la mugier depues que casaren en uno, partan los herederos del muerto con el que fincare biuo por meatad.

Es, sensiblemente, la misma situación que hemos visto en F. Fuentes y F. Brihuega, aunque expuesta de una manera más precisa y técnica. El marido, de los bienes ganados, comprados o mejorados *depues que casaren en uno*, puede tomar antes de la partición el mejor caballo y las mejores armas de fuste y de hierro; y, si muere antes que su mujer, este derecho corresponde a sus herederos. De la misma manera, la mujer puede excluir sus vestidos, sus joyas y sus arras, derecho que a su muerte debe pasar también a sus herederos.

Nos parece interesante señalar que F. Soria dice *hereden sus herederos* para expresar la sucesión del derecho de excluir. Parece fuera de duda que debemos interpretar herederos del padre los hijos, y herederos de la madre las hijas. Aparte de que serían los destinatarios naturales, otros textos, como F. Al-

calá, F. Brihuega y F. Fuentes; reflejando la realidad vivida, los señalaban expresamente.

Es claro que F. Soria no involucra la *mejoría* con la viudedad.

F. Soria 325

Sj el marido o la mugier muriere, el lecho en que iazien cutiano finque al biuo; et si se casare, torne lo apartiçion con los herederos del muerto.

F. Soria separa netamente el lecho, y lo considera viudedad, pues lo hace perder al cónyuge que contrajere segundas nupcias. Y F. Soria 338, al tratar de los bienes excluidos de partición, no alude a posteriores nupcias. Si bien esto es cierto, no lo es menos que F. Soria 338 incluye las arras entre lo que la mujer puede excluir de partición, lo cual bien puede ser un síntoma de una especie de involucración de la *mejoría* con la doctrina de las arras, que no tiene, al parecer, ninguna consecuencia.

Los textos de Derecho territorial castellano denominan *mejoria* al derecho del cónyuge sobreviviente a excluir de partición, y lo configuran de una manera semejante a F. Fuentes, F. Alcalá y F. Soria. Reflejan el estadio último de su evolución y residuos interesantes de etapas anteriores.

L. Fueros 269

Titulo de la meioria que deue auer el cauallero o la duenna depues que finare el uno dellos.—

Esto es por fuero de Castiella: que sy un cauallero o una duenna son casados en uno, e sy muere la duenna e partiere el cauallero con sus fijos del mueble, deue sacar el cauallero de meioria sus bestidos e sus caballos e sus armas de fuste e de fierro. Et sy muere el cauallero, deue sacar la duenna de meioria

F. Viejo 5,1,5²⁹

Esto es Fuero de Castiella: Que si un cauallero, e dueña son casados en uno, e se muere la dueña, e partier el cavallero con suos fijos del mueble, puede sacar el cauallero de meioria suo cavallo, e suas bestias, e suas armas de fuste, e de fierro: e si murier el cavallero, puede sacar la dueña fasta tres pares de paños de meioria, si los ouier, e sua mula ensillada, e enfrenada, si lo ouier, e suo lecho con suo guarnimiento,

29. Coincide totalmente con *Pseudo Nájera* II 20 y *Pseudo León* 53.

fasta tres pares de pannos, el mejor que ouier, e una
 sy los ouyere, e su mula en- bestia para acemila, la me-
 seellada e enfrenada, sy la jor que ouier.
 ouyere, e su lecho con su
 goarnimiento, el mejor que
 ouyeren, e una bestia para
 asemila, sy la ouyere.

El caballero y la dueña *casados en uno*, al disolverse la comunidad, pueden sacar de mejoría, antes de realizarse la partición, determinadas cosas. El caballero, sus caballos, sus armas de fuste y de hierro y sus vestidos. La dueña puede sacar *fasta tres pares de pannos*, su mula enjaezada y una acémila —todo esto cuando lo hubiere, como es habitual— y el mejor lecho con sus aditamentos.

L. Fueros 269 y F. Viejo 5,1,5 se refieren a caballero y dueña, pero esto no quiere decir que la mejoría fuera privilegio de los hijosdalgo. Estos textos describen los objetos que constituían la mejoría del caballero, distinta, naturalmente, de la del villano. A la mejoría de los que no son hijosdalgo, aunque también aplicable a éstos, se refiere L. Fueros 268, texto que, al mismo tiempo, nos da a conocer la forma habitual de sucesión del derecho de mejoría.

L. Fueros 268

Titulo en commo, si muere el marido o la muger, el que fincar que deue sacar en la particion los pannos de cada dia.—

Esto es por fuero: que si el marido o la muger muere, deue el que fincare sacar los pannos de bestir de cada dia. Et los fijos del muerto deuen sacar dela particion los pannos de bestir de cada dia; e lo al partir lo commo es derecho.

El cónyuge sobreviviente debe excluir sus vestidos y objetos personales, *los pannos de bestir de cada día*. Los hijos deben sacar antes de la partición los vestidos del premuerto, es decir, lo que a él correspondería sacar. Naturalmente, como en los Derechos locales, los hijos, los *pannos* del padre y las hijas, los de la madre.

F. Viejo 5,1,1, al enumerar lo que el fiodalgo puede dar a sus mujer en arras, repite fundamentalmente el contenido de F. Viejo 5,1,5 respecto a la mejoría de la mujer, si bien con alguna diferencia.

F. Viejo, 5,1,1³⁰

Esto es Fuero de Castiella: Que todo Fijodalgo puede dar a sua muger en arras el tercio del eredamiento que a: e si ella ficier buena vida despues de la muerte del marido, non casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo a los erederos; e si los erederos non gelo quisieren dejar deven dar a ella quinientos sueldos, e entrar sua eredat; e si fuer voluntad de los erederos de el dejar tener la eredat de las arras, non las puede ella vender, nin enagenar en todos suos dias; mas quando casare, o quando finare deve tornar a los erederos del muerto, e quando el marido murier, puede ella levar todos suos paños, e suo lecho, e sua mula ensellada e enfrenada, si la adujo, o si gela dio el marido, o si la eredo de otra parte, e el mueble que trajo consigo en casamiento, e la meitat de todas las ganancias, que ganaron en uno.

La diferencia más importante es que en F. Viejo 5,1,1 se dice que la mujer puede tomar la *mula ensellada* si ella *la adujo, o si gela dio el marido, o si la eredo de otra parte*, mientras que en F. Viejo 5,1,5 se dice *si la ouier*, igual que de los otros bienes constitutivos de la mejoría.

Por otra parte, F. Viejo 5,1,1 alude a la mejoría al tratar de las arras. Una cosa semejante habíamos observado en F. Soria 338. Este dato es quizá la única base que ha tenido Costa³¹ para afirmar la involucración de la mejoría con la doctrina de las arras. Pero, en último término, no parece que la posible involucración haya tenido repercusiones en el Derecho castellano.

A partir de este momento, los textos castellanos no vuelven a preocuparse concretamente de la regulación de nuestro instituto. La recepción total del sistema justiniano lo haría en cierto modo impropcedente. Lo cierto es que no se oponía a la doctrina consagrada en F. Real 3,12,9; más bien encajaba perfectamente dentro del carácter general de este precepto derivado de F. Juzgo 5,2,5.

F. Real 3,12,9

Como es de la muger lo que le diere el marido, si después de la muerte viviere bien la muger.—

30. Igual a *Pseudo Nájera* II 101 y *Pseudo León* 66.

31. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular* cit. p. 172.

Si el marido diere a su muger alguna cosa que gela pueda dar, y ella despues de muerte de su marido ficiere buena vida, hayala fasta su muerte, y a su muerte faga dello lo que quisiere, e si fijos derechos no dexa, e si manda no ficiere, tornese al marido que lo dio, o a sus fijos derechos, o herederos, si fijos no hobiere de bendicion, si fuere muerto: e si por aventura, despues de muerte de su marido, no ficiere buena vida, pierdalo todo quanto le dexo el marido, y hayanlo los herederos del marido.

Cualquier donación, consolidada por la muerte del marido, o *mortis causa*, surte sus efectos, pero queda condicionada a la viudedad digna. La mujer, si cumple esta condición, puede usar y disfrutar los bienes donados por el marido, los cuales, a su muerte, deben pasar a sus hijos.

Pero F. Real 3,6,6³², tomándolo de F. Soria 325, reprodujo también el derecho del cónyuge viudo a sacar antes de partición el lecho, siempre y cuando se mantuviese en viudedad. Y este texto fue el que se invocó después para fundamentar el derecho de ventajas o mejoría del cónyuge supérstite en el proyecto del Código civil de 1851.

No sucede lo mismo con las Partidas, punto culminante de la recepción justiniana. Las Partidas no regularían nuestro instituto, precisamente por haber realizado una recepción total del sistema patrimonial familiar justiniano.

Part. 6,13,7

En quanta parte de los bienes del marido rico puede heredar la muger pobre, si cassase sin dote, e non ha de que beuir.—

Paganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, porende, guisada cosa e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razon tuieron por bien los Sabios antiguos, que si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer aya fijos: pero esta quarta parte non deue montar mas de cient

32. F. Real 3, 6, 6: «Si el marido o la muger muriere, el lecho que habien cotidiano finque el vivo: e si se casare tornelo a particion con los herederos del muerto.»

libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razon desta quarta parte.

Part. 6,13,7 recoge la cuota hereditaria romana como consecuencia de la consagración del sistema dotal. Se atribuye a la viuda una cuota, que puede alcanzar hasta la cuarta parte de los bienes del marido, cuando éste no le hubiera dejado nada en testamento. Dentro de este sistema de atribuir a la mujer una cuota hereditaria cabían los legados. El mismo texto de Part. 6,13,7 refleja la posibilidad de legar el marido a la mujer *en que pudiesse bien e honestamente beuir*; es decir, el legado como medio de garantizar a la mujer la continuidad familiar mediante el uso y disfrute de los bienes de que disponía durante el matrimonio. Pero no tenía razón de ser, en un sistema dotal, el derecho a excluir de partición, pues este derecho, concebido como una regla legal, había nacido y era adecuado para un régimen de comunidad.

Desaparece de los textos castellanos la regulación del derecho a excluir de partición o mejoría. Pero en la práctica ha permanecido por la persistencia de la comunidad de gananciales, y ha llegado a nuestros días, al menos en aquellas regiones donde, según Part. 4,11,24, *contece... que quando casan el marido e la muger... fazen auenencia, en que manera ayen lo que ganaren de consuno*.

El artículo 1.420 del Código civil, en donde se consagra un derecho del cónyuge superviviente a que se le entreguen el lecho y las ropas y vestidos, procede del artículo 1.342 del proyecto de Código civil de 1851, el cual, a su vez, según el comentario de García Goyena³³, se basó en F. Real 3,6,6, relativo al lecho vidual. Si este último texto del F. Real, por referirse exclusivamente al lecho vidual, no puede ser invocado justamente como base del derecho del cónyuge superviviente al lecho, ropas y vestidos, es claro que esta mejoría de lecho y vestidos consagrada en el Código civil se ha conservado hasta nuestros días por vía consuetudinaria.

33. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* III (Madrid 1852) pp. 313 y 343.

4. En el Derecho aragonés se designa con el nombre de ventajas el derecho del cónyuge sobreviviente a excluir de partición determinados bienes de la comunidad familiar³⁴. La institución es la misma y tiene igual origen que la mejoría del Derecho castellano-leonés, aunque presenta ciertas peculiaridades.

El derecho de ventajas aragonés procede igualmente de los legados de *parata* romanos. El proceso evolutivo de estos legados, hasta convertirse en las ventajas, ha debido de ser análogo al seguido en el Derecho castellano-leonés, y parece obedecer a las mismas causas. También en Aragón arraigaría la costumbre de legar a la mujer aquellas cosas que usaba y disfrutaba durante el matrimonio, costumbre que terminó por convertirse en precepto legal, también al calor de las circunstancias del régimen de comunidad familiar, antes de las primeras redacciones de Derecho aragonés. Los legados de *parata* habrían cristalizado ya en una norma seguida generalmente, sin necesidad de una disposición testamentaria concreta, con anterioridad a la aparición de los textos jurídicos. Por esta razón, los documentos aragoneses anteriores a las primeras recopilaciones jurídicas no hacen alusiones a las ventajas o contienen sólo datos tangenciales y de escaso valor. Incluso el silencio de los documentos parece confirmar que, antes del siglo XIII, el uso se había convertido en norma, la cual se reproducirá después en todas las fuentes aragonesas.

No aparecen enunciadas las ventajas en la Compilación privada de Derecho aragonés³⁵, ni en la Recopilación de Fueros

34. Son relativamente abundantes las referencias a las ventajas. Entre las más modernas figuran: J. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular en España* I² (Barcelona 1880-1885) pp. 172-174; M. ISABAL, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón* (Zaragoza 1926) pp. 498-504; J. LACRUZ, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en *ADA*. 3 (1946) 142-149; M. DESSY, *Aventajas forales*, en *ADA*. 6 (1951-52) 115-118; F. PALA, *Aventajas forales*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX* III pp. 193-196; L. RIERA, *El derecho de ventajas*, en *RGLJ*. 172 (1942) 41-54.

35. J. M.^o RAMOS LOSCERTALES, *Compilación privada de Derecho aragonés*, en *AHDE*. 1 (1924).

de Aragón I³⁶, pero sí aparecen recogidas, quizá por vez primera, en la Recopilación de Fueros de Aragón II³⁷, probablemente la más moderna de estas redacciones privadas de Fueros de Aragón. Mas las ventajas son, sin duda alguna, anteriores a estas colecciones privadas de Derecho aragonés. El hecho de aparecer consignadas las ventajas en Recop. Fs. Aragón II, y no figurar en las otras, que quizá son anteriores, no permite hacer ninguna suposición en cuanto al momento de origen de los bienes excluidos de partición. Podría significar, simplemente, que las ventajas son aludidas por vez primera por el anónimo autor de Recop. Fs. Aragón II. Es posible que el redactor de la Compilación privada de Derecho aragonés no estimara oportuno referirse a ellas, pues no intenta una redacción total del Derecho aragonés; y el autor de Recop. Fs. Aragón I quizá no hizo alusión a las ventajas, a pesar de referirse a las arras, porque, en su época, todavía no se habrían involucrado las ventajas con las arras. Todas las demás fuentes territoriales aragonesas y alguna de carácter local enumeran separadamente las ventajas de la infanzona, de la franca y de la villana, y lo hacen, precisamente, en sede del derecho de arras.

Las ventajas de la infanzona fueron formuladas en Recop. Fs. Aragón II, y este texto debió de servir de modelo para la redacción oficial de los Fueros de Aragón.

Recop. F. Aragón II 10

Cum aliqua mulier infanzona tradita fuerit marito debet dotari ab illo de tribus hereditatibus... Peterea eadem infanzona debet habere integre suas uestes, suas ioyas, et unum lectum bene paratum de melioribus pannis qui erunt in casa eorum,

Fs. Aragón 5,1,2³⁸

Ingenua, idest Infantiona nupta viro... In divisione tamen aliarum rerum debet ipsa habere suas vestes integre, atque ioyas: et unum lectum paratum optime de melioribus pannis, qui sunt in domo: et unum vas argenti, et unam captivam, et unam

36. RAMOS LOSCERTALES, *Recopilación de Fueros de Aragón*, en *AHDE*. 2 (1925).

37. RAMOS LOSCERTALES, *Recopilación de Fueros de Aragón*, en *AHDE*. 5 (1929).

38. *Fs. Aragón* (Lacruz) 220: «La infanzona... Enpero en la par-

et unum; uasum de argento, et unam captiuam, et unam mulam de caualcar, et duas bestias de arata cum suis aparamentis; et si hoc totum non habent accipiat quod inuenerit de prescripto; et de quantis manificiis fuerint in sua casa de unaquaque manera accipiat unum, in aliis quod remanent accipiat medietatem et in uniuersas causas similiter.

mulam de cavalgar, si totum habuerit ibi: debet etiam hebere duas bestias de arada cum suis apparatus, si faciant laborare. Et si totum istud non habuerit, accipiat ipsa de eo quod fuerit in domo de praescriptis, et de quantis manificiis habuerint de unaquaque materia accipiat unum: et similiter de mobilibus aliis accipiat medietatem.

La infanzona, según estos textos, podría sacar antes de la partición todos sus vestidos y sus joyas y un lecho completo de los mejores paños de la casa; un vaso de plata, una sierva y una mula de cabalgar³⁹, cuando las hubiera en la masa comunal; dos bestias de arar con sus aparejos, también cuando las hubiera y, a tenor de Fs. Aragón, si tuvieren labor agrícola; además, uno de cada clase de *manificiis* que hubiere duplicados.

No es muy afortunada la redacción de los textos anteriormente reproducidos, sobre todo en la parte que se refiere a los *manificiis*. De todas formas, la condición *et si hoc totum non habent accipiat quod inuenerit de prescripto*, consustancial a las ventajas, se colocó en el lugar oportuno, antes del párrafo referente a los manificios, porque referida a estos sería superflua, pues se debería tomar antes de partición uno de cada clase de *quantis manificiis fuerint in sua casa*. La condi-

tición, ante de todas cosas deue ella auer todos sus bestidos entregament, et ioyas, et un leyto parellado muy bien de los millores panyos que sian en su casa, et un baso de argent, et una catiua, et una mula de caualgar, si todo aquesto sera en casa. Deue auer encara dos bestias de arada con sus aparellamientos, si fazen lauor. Et si todo esto no sera en casa, tome ella de lo que aura en casa como dito yes, et de quantos manificios hy aya uno de cada una materia. Et de cada uno de los otros bienes prenda la mitat.»

39. Pero si se diere el caso de que no haya mula y sólo exista mulo, no puede tomarlo según *Obs. Aragón* 5,1,34, que establece: «Item, uxor ante partem extrahit mulam de cavalgar, sed non mulum nec rocinum: quia femininum non concipit masculinum.»

ción de que existan entre los bienes familiares no tiene razón de ser tampoco frente al derecho a excluir de partición *suas uestes, suas ioyas, et unum lectum bene paratum de melioribus pannis qui erunt in casa eorum*. Se refiere, lógicamente, a *unum uasum de argento, et unam captiuam, et unam mulam de caualcar, et duas bestias de arata cum suis aparamentis*, de los cuales recibiría *quod inuenerit de prescripto*, si no los hubiera todos. De ningún modo parece que se haya querido decir que recibirá uno de cada clase de manificios sólo en el caso de no haber algunas de las cosas sobredichas y, precisamente, en el lugar de ellas. Por tanto, parece que la infanzona recibiría siempre uno de cada manificio duplicado. Esto es lo que claramente se establece en Vidal Mayor y Fs. Aragón (Tilander), los cuales también concretan lo que debe entenderse por manificios.

Fs. Aragón (Tilander) 222

Vidal Mayor 6,3

Del dreyto de las arras.—

Quando la muller infançonna casa,... Los muebles, el marido muerto, deuen seer partidos entre la madre e sos fillos en esta manera que la madre deue auer sos uestidos e sos ioyas et I leyto de los milllores pannos que sean trobados en casa et una mula pora caualgar e II bestias de arar con lures aperos et un baso d'argent et una catiua en auant part, trobando lo todo esto en casa, qual, si todas aquestas cosas no son trobadas en casa, assi como baso d'argent o catiua o algunas cosas de las que ditas son de suso, maguer que de los otros bienes de casa puedan ser conprados, non los deuen conprar ni deue recibir la madre el precio d'ellos en auant part, mas deue seer

De iure docium. Del drejto de las arras.—

La muller que se casa con ynfançon,... Empero las cosas mouibles, de que el marido moriere, deuen ser partidas entre eilla et sus fillos, en tal guisa que eilla aya sus uestidos et aquellos afeitamientos que son ditas yoyas et I leito de los milllores paynnos que sea en aqueilla casa et I mulla guisada por caualgar et I azembra et dos bestias d'arar con sus aperos et I uaso de plata et I captiua Et esto deue auer eilla ante que ren partan, empero si todas estas cosas y pueden ser en aquellos bienes, en otra guisa aia tant solamente aquellas cosas que puedan ser failladas en aqueilla hereditat, es assaber si uaso de plata no ha o captiua o no aya de las co-

paga la de los bienes que trobara en casa. Todas las otras cosas deuen seer partidas por medio entre la madre e los fillos, e de los maneficios que seran trobados en casa, si foren doblados, assi como calderos, o de legones o de otras cosas quiscunas deue prender la madre uno en auant part, treitos los otros pannos de casa, de que non deue prender auant part, por qu'en ha treitos sos uestidos e so leyto

sas anteditas en los bienes que deuen ser partidos, maguer aqueilla heredit aya poder que podiessen ser compradas dent estas cosas que son ditas de suso, empero non deuen ser compradas dent estas ni el pretio d'aqueillas deue recibir la madre oltra de su part, mas tant solament aqueillas cosas deue recibir la madre oltra de su part que pueden ser faillados en los ditos bienes, empero todas las otras cosas entre la madre et los fillos deuen ser partidas, la mittad de los quales bienes deue auer la madre et la otra mittad los fillos. Et de las otras hostillas que son en la casa deue eilla recibir de cada una d'eillas primerament una, si muitas son en casa, es assaber I de las calderas, I de las aixadas et assi de cada unas cosas, saluo los paynos de quosal se quiere manera que sean los quales son escusados d'esto, saluo los uestidos de suso ditos, et d'esto deue tomar assi ante de la partilla.

Don Vidal de Cañellas se expresa en unos términos que no dejan lugar a dudas. Cada una de las cosas que constituyen las ventajas debe recibir la mujer antes de la partición siempre y cuando existan entre los muebles de la casa; y en caso de que faltare alguna de ellas, aun cuando pueda ser comprada o dársele el precio, no debe hacerse, sino que debe recibir solamente las que *puedan ser failladas en los ditos bienes*. Los demás muebles deben ser partidos por mitad entre la madre y los hijos. Pero, de los maneficios que existan en casa, *si foren*

doblados, debe prender la madre uno en auañ part, excepción hecha de los otros pannos de casa, a los cuales aludiremos seguidamente.

Hemos de ver más adelante como también en F. Viguera, que parece reflejar el criterio general del Derecho navarro-aragonés, se equipara la infanzona a la villana, y ambas recibían siempre uno de cada manificio de mejoría⁴⁰. Sin embargo, a pesar de todo esto, Díez de Aux, en la célebre *Consultatoria missa per Iustitiam Aragonum Iustitiae Valentiae*, entendió, a nuestro modo de ver, contra el espíritu de las ventajas, que la infanzona y la franca sólo recibirían uno de cada manificio en el caso de no existir alguna de las ventajas y en el lugar de las que faltaren.

Consultatoria

... Et si omnia praedicta non poterit uxor ante partem recipere, ideo quia non sunt in domo, ante divisionem accipiat uxor illo casu ante partem de illis rebus supra scriptis quae reperiuntur in domo avantagia, ut supra dictum est. Et in loco eorum, quae non sunt, nec reperiuntur in domo, ut dicit forus, quod recipiat de omnibus maneficiis, idest supellectilibus quae in domo reperiuntur duplicatis unum ante partem. ...

Ya Molinos, aunque hubiera sido a propósito de lo que ha de entenderse por manificios, puso de relieve lo desatinado de esta interpretación⁴¹. Pero, a pesar de todo, debió de prevalecer en la práctica. Consecuencia de ello sería que, considerando que la infanzona tenía derecho a los manificios sólo en el caso de faltar alguna cosa de las ventajas, y al observar lo absurdo de que por faltar un vaso de plata se vendría a sacar el valor de varios vasos, la jurisprudencia del Tribunal del Zalmedina entendió por manificios y hostillas las cosas de cocina. Mas esto mismo es una consagración de la idea de que la infanzona recibe los manificios sólo en defecto de alguna cosa de las ventajas.

La infanzona, como hemos visto, podía sacar antes de la

40. F. Viguera 396: «...e de mejoría habra el viuo sus paynmos con hun lecho de ropa e sus joyas, e de cada uno manificio et de cada cosa haura uno de mejoría.»

41. ISABAL, *Fueros y Observancias* cit. p. 502.

partición una sierva. Constituye este derecho una peculiaridad de las ventajas aragonesas perfectamente explicable desde el Derecho romano y que podría confirmar más aún el origen de las ventajas. Se trata, si no nos equivocamos, de la *optio servi*⁴², que cristalizó también en el adecuado marco de los bienes excluidos de partición.

Para perfilar el carácter de las ventajas, tiene particular importancia la excepción de sacar antes de partición *los otros pannos de casa*, que consignan Fs. Aragón (Tilander) 222 y Vidal Mayor 6,3. Se exceptúan los *pannos* de la consideración de manificios y, por tanto, de ser excluido uno de cada clase, *por qu'en ha treitos sos uestidos e so leyto*. El criterio es paralelo al que encontramos en las Observancias.

Obs. Aragón 5,2,7

Item, licet maritus emerit pro uxore vestienda pannum, si vestes non sunt scisae, uxor superstes non debet illum recipere ante partem.

Se trata en las ventajas, como en los legados de *parata*, de garantizar a la viuda la continuación en el disfrute de aquellas cosas que usaba y disfrutaba durante el matrimonio; por consiguiente, de las que usaba como propias y personales. En las fuentes aragonesas, vestidos tiene quizá este sentido de cosas personales, así como *pannos* en las fuentes territoriales castellanas. Especialmente significativo a este respecto es un texto de F. Tudela, que nos permitimos incluir aquí.

F. Tudela (Ms. Copenh. 38)⁴³

Es fuero que si omne o muller non destina, et muere, et el uiduo o uiuda que finca se uistiere de nuevo, non la aquella mission de contar en la particion a los parientes del muerto nin la a ssacar del comun entroa que las deudas sean pagadas, si non fore con plazer de aquellos parientes que an de partir con el o con ella, porque son estrannos del uiudo o de la uiuda. Antes es fuero que si el marido li dio uestires biuo estando et non los y destino, auranse a meter en la partición assi como

42. Vid. A. D'ORS, *Optio servi*, en *AIIDE*. 18 (1947).

43. LACRUZ, *El régimen matrimonial* cit. p. 138 n. 2.

otro moble, que non es dreyto nin fuero que uiudo nin uiuda prenga mas luno que lotro del moble, pues que al dia que casan por medio an quanto an.

El testimonio de F. Tudela es sumamente interesante para apreciar que se entienden excluidos de partición los *uestires* y, en cierto modo, en general las cosas de uso personal. Por esta razón, el texto dice que algunos determinados no se pueden excluir, *porque son estrannos del uiudo o de la uiuda; estrannos*, es decir, no son personales.

Las ventajas de la mujer franca o ciudadana se enumeran en Recop. Fs. Aragón en forma coincidente con el Derecho de Jaca⁴⁴. El texto de la redacción oficial hace la formulación remitiéndose a lo establecido para la infanzona, de lo cual han podido surgir confusiones, puesto que las ventajas de la franca, según la casi totalidad de las fuentes, eran menores que las de la infanzona.

Recop. Fs. Aragón II 10

De femina franca est fuerum quod debet dotari... debet adhuc accipere suas uestes integre, et suas joyas, et unum lectum bene paratum de melioribus aparmentis que fuerint in chassa; de manificiis sicut superius scriptum est; quod si faciunt laborare debet accipere duas bestias cum suis complimentis, scilicet melioribus bestias que fuerint in sua casa.

Fs. Aragón 5,1,3⁴⁵

Mulier francha dotatur in quingentis solidis ab eo... Si vero filium non suscepit, debet recipere integre suas dotes cum omnibus aliis, quae in proximo praecedenti capitulo continentur

44. LACRUZ, *El régimen matrimonial* cit. p. 146 n. 77.

45. *Fs. Aragón* (Lacruz) 221: «La muller francha es dotada en D. ss. daquel que la priso por muller, los quales le asigne en las cosas que aura o que ha, pero bien la puede dotar en mas si quisiere. Enpero depues que aura fillo del marido, biua o muera el fillo, segunt fuero, nol pora demandar las arras que fueron promesas. Mas si no aura fillo, deve recibir entregament sus arras, como todas las otras cosas que se contienen en aquest capitol desuso.»

Quizá para la enumeración de las ventajas de la mujer franca en la redacción oficial de Fs. Aragón debió de utilizarse también como modelo el texto correlativo de Recop. Fs. Aragón II, o bien de otra fuente de las coincidentes, a pesar de la notable diferencia de forma. Sería precisamente la remisión a las ventajas de la infanzona, que hace Recop. Fs. Aragón II 10 en el caso concreto de los manificios —*de manificiis sicut superius scriptum est*—, lo que dió pie a la equiparación total de las ventajas de la franca a las de la infanzona realizada en Fs. Aragón 5,1,3 —*debet recipere integre suas dotes cum omnibus aliis, quae in proximo praecedenti capitulo continentur*—, siendo así que en Recop. Fs. Aragón II sólo se equiparaban respecto a los manificios.

Fs. Aragón (Tilander) y Vidal Mayor coinciden totalmente con las fuentes anteriores a la compilación de Huesca y, por consiguiente, con Recop. Fs. Aragón II.

Fs. Aragón (Tilander) 223

Vidal Mayor, 6,4

...Tal muller, ço es ciudadana o burzesa o franca de carta, muerto el marido,... De los muebles, si quiere pierda las arras la madre o non, deue recibir por fuero la meitat de los muebles, e deue auer en auant part sos uestidos e sos ioyas et un leito de los millores pannos de casa e dos bestias de arar con todos lures aperos; e de los maneficios de casa, assi como calderos o legones o de las otras cosas, si dobles foren trobadas en casa, deue auer uno de quiscun maneficio en deuan part, treitos los pannos de casa que deue auer assi como la infanzona; todas aquestas cosas

Muiller ciudadana o de burgo, aqueilla que franqua es dita publicamente. deue ser dotada en D sueldos ... Et o'rosi, la muiller d'esta guisa si pierde las arras o si no, de las cosas mouibles la mittad deue auer segut del fuero et sus uestidos et sus ioyas et I leito de los millores paynnos d'aqueilla casa et dos bestias de arar con sus cosas de arar et de cada cosa de las hostillas que son failladas en aquellos bienes de dos en dos o cada dos d'aqueillas cosas que en los paynnos se faillaren. Et de las hostillas I deue recibir oltra su part et por aqueilla misma manera et por aqueilla misma forma como a la muiller yfançona,

<p>deue prender en dauant part, si feren trobados en casa...</p>	<p>assi como es dito de suso, es assaber que las cosas an- teditas non reciba oltra su part, si en las cosas que deuen ser partidas non fueren fai- lladas.</p>
--	---

La mujer franca, por lo tanto, podría excluir de partición todos sus vestidos y joyas y un lecho de los mejores *pannos* de la casa; dos bestias de arar con todos sus aparejos, si tuvieran labor agrícola, y uno de cada clase de manificios duplicados, excepción hecha de los *pannos* de casa⁴⁶. Como se puede apreciar, se omiten, en relación con las cosas que corresponden a la infanzona, el vaso de plata, la mula de silla y la sierva.

Pero también en este caso, Díez de Aux, quizá por tener en cuenta solamente la versión oficial de F's. Aragón, hizo una interpretación, a nuestro modo de ver, equivocada: equiparó totalmente las ventajas de la franca y de la infanzona en la célebre *Consultatoria*. No tendría gran importancia que aumentara el derecho de la mujer franca, pues, en definitiva, ésta recibiría como ventajas sólo aquellas cosas existentes entre los muebles comunes. Pero la equiparación realizada por Díez de Aux vino a desnaturalizar las ventajas, precisamente, al llevar aparejada, como en el caso de la infanzona, la interpretación de que los manificios se recibirían sólo en el supuesto de no existir algunas cosas y en defecto de ellas; siendo así que las ventajas, por naturaleza, se podrían excluir de partición cuando existieran entre los muebles comunes, y no serían susceptibles ni de compensación de valor ni mediante otra cosa comprada al efecto ni tampoco, por tanto, de compensación con manificios.

Ante tales interpretaciones, resalta más la precisión y la claridad de Vidal de Cañellas al exponer la forma de excluir de partición los manificios. El texto referente a la franca resul-

46. F's. Aragón (Tilander) 223 dice: «treitos los pannos de casa que deue auer assi como la infanzona»; es decir, según § 222: «non deue prenderlos auan part, por qu'en ha treitos sus uestidos e so leyto.»

ta todavía más claro que el relativo a la infanzona. No queda duda de que se podía excluir siempre una de cada hostilla duplicada. Esto, unido a la equiparación que se hace en algunos textos del derecho a los manificios de la franca al de la infanzona, permite concluir definitivamente que no era acertada la interpretación de Díez de Aux sobre la forma de excluir los manificios, que fue la que prevaleció.

La posible duda, planteable sobre la base de algunas fuentes, de si la mujer franca pierde por la existencia o supervivencia de hijos las arras y las ventajas o sólo aquéllas, queda disipada con los textos de Vidal de Cañellas. Expresamente dice: *De los muebles, si quiere pierda las arras la madre o non, deve recibir por fuero la meitat de los muebles, e deve aver en avant part sos uestidos...* Quizá Don Vidal aludió intencionadamente a este problema para salir al paso de una interpretación distinta, que se haría posible como consecuencia de la involucración de las ventajas con las arras, realizada por algunos textos aragoneses. La solución de Vidal de Cañellas es perfectamente acorde con el carácter de las ventajas y de las arras y, en definitiva, con el tenor de los textos.

El texto de la versión oficial de Fs. Aragón coincide con el de Recop. Fs. Aragón II al enumerar las ventajas de la villana. En este punto se siguió fielmente el modelo proporcionado por la redacción privada.

Recop. Fs. Aragón II 10

De femina de uillis est fuerum: quod debet per suas dotes habere unam casam cooperatam de duodecim piegas, et unam arenzatam de uinea, et unum campum de semenatura de uno arrobo de trico in uoce de linar, et suas joyas et uestes integre, et unum bonum lectum cum suis apartmentis, et duas bestias de arata cum suis complimentis,

Fs. Aragón 5,1,4¹⁷

Villana debet habere per dotes unam domun cooperatam, in qua sint duodecim higae, et unam arançatam vinearum, et unum campum, in quo possit seminare unam arrobam tritici in uoce linaris: et suas vestes integre, et suas joyas, et unum lectum bene paratum de melioribus pannis qui sint in domo, et duas meliores bestias de domo, aptas ad labo-

47. Fs. Aragón (Lacruz) 222: «La billana, yes a saber, de billa

de melioribus scilicet bestiis que habebunt maritus et ipsa. Et in qualicumque hora habuerit prolem tantummodo ut lucem uideat iam dicta mulier perdit suas dotes. In aliis causis que habuerunt accipiat suam partem sicut est fuerum.

randum, cum omnibus suis apparamentis. Tamen si susceperit a viro filium, solummodo quod vivus nascatur, amittit villana suas dotes, licet incontinenti moriatur. Et in aliis rebus, quae in domo fuerint, habeat secundum Forum similiter partem suam. Quod si non habet domum de XII bigis, det aliam, in qua plures bigae sint ultra XII et ipsa accipiat partem integre, et medietatem omnium mobilium indifferenter: et medietatem immobilium omnium, quae ex quo ambo fuerunt pariter, sunt lucrati.

El autor de Recop. Fs. Aragón II involucró de manera intensa las ventajas en las arras, llevando a sus últimos extremos la suave involucración característica del sistema aragonés de ventajas de la mujer, y esta confusión se transmitió a la compilación oficial. Mas, de todas formas, la involucración no es total ni desnaturalizadora. Pudiera parecer que el anónimo redactor de Recop. Fs. Aragón II confundió de tal manera arras y ventajas que la percepción de éstas quedara determinada por la existencia de hijos, como las arras. Pero el párrafo final demuestra que no lo entendía así el redactor, pues dice: *Et in qualicumque hora habuerit prolem tan-*

de infançon, deue por sus arras una casa cubierta de XII bigas que y aya, et una iuuada de binyas, et un campo en que pueda sembrar una roua de trigo en boz de linar, et sus bestidos entregament, et sus ioias, et un leyto de ropa bien aparellado de los millores panyos que son en casa, et dos bestias, las millores para su lauor con todos sus aparellamientos. Pero si aura fillo del marido, solament que biuo naxea perdera la billana sus arras, pero quiero decir que luego muera. Et en las otras cosas que seran en casa aya, segunt fuero, su part. Et si no ha casa de XII bigas, reciba otra en la qual aya mas de XII bigas. Et ella reciba por su part, la mitat de todo el mueble tan bien del uno como del otro. Et la mitat de las cosas no muebles tan bien del uno como del otro. Et la mitat de todo mueble que entramos auran ganado ensemble.»

tummodo ut lucem videat iam dicta mulier perdit suas dotes. In aliis causis que habuerunt accipiat suam partem sicut est fuerum.

Por consiguiente, pierda las arras o no, la villana podría sacar antes de partición todos sus vestidos y sus joyas, un lecho de los mejores paños de la casa y las dos mejores bestias de arar con sus aparejos. Obsérvese que los textos transcritos no aluden a manificios. Pero de otras fuentes, que veremos seguidamente, se deduce que la villana podía excluir siempre, además, un manificio de cada clase.

Fs. Aragón (Tilander) se remite a las ventajas de la infanzona para describir las de la villana, pero no parece que las equipare totalmente, sino más bien sólo en la forma de extraerlas.

Fs. Aragón (Tilander) 224:

A la uillana, en el tiempo de sos bodas le deuen seer assinadas sos arras... De la auant part que deue traher la muller, assi entrega ment la deue trayer como la infançona et en aquella manera. ...

Vidal Mayor. 6,5

Muller rustica o uillana deue ser dotada en sus bodas de una casa de XII uigas... Empero aqueilla muller deue recibir primerament oltra la su part todas las sus uestiduras entegrament et las yoyas et I leito de los millores paynnos que son en casa et dos bestias de las millores de casa que sean de arar con sus instrumentos de arar et una hostilla de todas las naturas de las hostillas dobladas, assi empero, si estas cosas son falladas en aqueillas cosas que deuen ser partidas oltra aqueilla su part, quar aqueillas cosas que non son en aqueillos bienes ni el pretio d'eillas non deue recibir oltra la su part. ...

El texto de Vidal Mayor coincide con los anteriores en las cosas que constituyen las ventajas de la villana, añadien-

do por su parte el derecho a retirar antes de la partición una hostilla de cada clase. Coincide en este aspecto con la enumeración de Díez de Aux.

Consultatoria

Mulier Villana, idest, quae est de villa Regis, vel Infantionis habet ante partem suas vestes, et joyas, et unum lectum paratum de melioribus pannis domus, et duas bestias meliores arativas, si sint, cum omnibus suis apartamentis, et unam taceam argenteam, et omnibus maneficiis unum ante partem: ut patet ex praedictis maior praerogativa gaudet Infanzona, vel Francha quam Villana. ...

No ofrece duda, pues, que la villana podía retirar siempre una hostilla de cada clase. Es interesante la coincidencia de Vidal Mayor y Díez de Aux en este punto de hostillas, pero lo es todavía más que Don Vidal equipare en Fs. Aragón (Tilander) 224 las ventajas de la villana a las de la infanzona y, por tanto, también la forma de retirar los manificios. Si en el caso de los manificios de la villana están de acuerdo ambos autores, y si Don Vidal ha equiparado las ventajas de la villana a las de la infanzona, es prueba de que el derecho de ambas a los manificios era idéntico. Si no lo fuera, mal podía decir Díez de Aux: *ut patet ex praedictis*⁴⁸ *maior praerogativa gaudet Infanzona, vel Francha quam Villana*. La mayor prerrogativa de la infanzona se daría, precisamente, siendo igual el derecho a los manificios; mientras que la diferencia entre las ventajas de la infanzona y de la villana —mula de cabalgar y sierva— se haría mucho menor, si a la villana correspondían siempre los manificios y a la infanzona sólo en defecto de la mula, de la sierva o del vaso de plata; y las ventajas se harían aproximadamente iguales en el caso —que podía darse— de no tener mula y sierva la infanzona. Lo cierto es, sin embargo, que la equivocada interpretación de Díez de Aux prevaleció, y vinieron a ser distintos los derechos sobre los manificios de la villana y de la infanzona.

Por último, hemos de consignar que estas ventajas, que

⁴⁸. Hay que desechar que *praedictis* pueda referirse sólo a *maneficiis*.

hemos visto correspondían a la mujer infanzona, franca y villana, sufrían una reducción en el caso de partición para celebrar segundas nupcias, supuesto en el cual era de aplicación el fuero *De secundis nuptiis* (Fs. Aragón 5,7,1). Este fuero, aunque se refería fundamentalmente al marido, era aplicable a ambos cónyuges en virtud de su párrafo final: *Idem est de matre*. A su tenor, la mujer, cuando hubiere de partir con los hijos para celebrar segundas nupcias, recibirían un lecho de buenos paños de la casa y un par de bestias de labor, si las hubiera.

También Fs. Aragón (Tilander) 228 y Vidal Mayor 6,10 establecen unas ventajas distintas en el caso de partición por segundas nupcias, remitiéndose al fuero *Si el marido non ouiere*, es decir, a Fs. Aragón (Tilander) 223. Pero de la interpretación de estos textos y del régimen excepcional que suponen trataremos con mayor detenimiento al estudiar las ventajas del marido, a quien se refieren más concretamente estos fueros.

Las ventajas del marido no aparecen enumeradas en ninguna de las recopilaciones privadas de fueros de Aragón que han llegado a nosotros. Se enumeran en la compilación de Huesca en el fuero 1.º *De secundis nuptiis* (Fs. Aragón 5,7,1). Esto no quiere decir que hubieran sido consignadas por primera vez en la redacción oficial de Fs. Aragón. Hemos de tener ocasión de ver que, con toda seguridad, ya se debieron de regular, y con más precisión, en algún texto —probablemente en dos de orientación distinta— que servirían de fuente a la compilación oficial, y que el autor de ésta trató de armonizar. De todas formas, son posteriores a las de la mujer, al igual que en el Derecho castellano-leonés; pero no muy posteriores en su cristalización en norma general, que sería casi contemporánea, sino en su origen más remoto, puesto que no podemos decir que las ventajas del marido derivan, como las de la mujer, de los legados de *parata*. Sucedería que, cuando la costumbre de legar a la mujer cristalizó en norma legal al calor de las circunstancias de comunidad, se estructuraron unas ventajas del marido a semejanza de las de la mujer. La

consagración de las ventajas del marido se operaría al compás del proceso de consolidación de la comunidad familiar aragonesa. Ya hemos dicho en otro lugar que la presencia de la comunidad cambia por completo la situación del padre frente al patrimonio familiar. Como consecuencia de la comunidad de muebles, se haría necesario garantizar al marido la propiedad de sus cosas personales en caso de partición, y para ello se recurriría a concederle un derecho a excluirlos de la partición semejante al de la mujer, pues la situación de ambos frente a los bienes de uso personal se había hecho análoga. Por esto no sería extraño, sino más bien lógico, que las ventajas del marido tardaran algo más en consignarse en las fuentes, a pesar de que el acontecimiento que las motiva es el mismo. Sin embargo, todo parece indicar que ya se regularon en alguna recopilación privada de fueros de Aragón anterior a la oficial del año 1247.

F. Tudela, si bien es una fuente navarra y posterior al Código de Huesca, establecía unas ventajas de carácter general y otras especiales, mucho menores, para el caso de división por segundas nupcias. F. Tudela es un buen ejemplo de las fuentes que involucran claramente las ventajas en la viudedad, a consecuencia de concebirlas como viudedad o, simplemente, en función de ella. Concebidas las ventajas como viudedad, es más natural aún que se limiten o se supriman al contraer segundas nupcias.

F. Tudela (Ms. Copenh.
59 v.)⁴⁹

De sacar uiduidat cauallero o infançon.—

Cauallero o infançon ermunió puede sacar por uiduydat cauallo o su caualgadura et uaso doro o dargent et guarñiones de su cuerpo de rust et de fierro, leyto et sus uestires. Otrosi duenna tal infançon deue sacar por ui-

F. Tudela (Ms. Copenh. 56 v.)

De particion de biudo con sus fillos.—

Omne que ouiere muller et fillos et sel muere la muller et el marido quiere prender otra muller et los fillos no son de edat, por fuero deue clamar los parientes mas promanos de los fillos et partir con ellos et fer cartas por a. b. c. partidas con fer-

49. LACRUZ, *El régimen matrimonial* cit. pp. 149 y 138 n. 51.

duydat mula ensellada o enfrenada, uaso doro o de argent, et su leyto de las milleres ropas, aniello, sartas dadas a ella, uestires et coberturas de su cuerpo, et esto si fuere en lur casa.

me de cada part et testimonias, et livrarles luego la heredat et el moble. Enpero sacadas las deudas que foron feytas danbos ensemble e las dispensas que fueron en la defuncion del dia que passo ata que fue soterrada et las lezas et la nouena, que otro tanto podra el marido de mortuorio lezar o sacar pora si, et un leyto parado car de los buenos drapos de casa et dos bestias de lauor si y fueren con sus aperos de lauor de casa, enpero cuando partieren con los fillos solo el moble por fer la lauor del comun.

En el caso de querer permanecer en viudedad, el caballero podía excluir de partición como ventajas —*por uiduydat*, dice el texto— su caballo o su cabalgadura, un vaso de oro o de plata, sus armas de fuste y de hierro, un lecho y sus *uestires*, si todo esto hubiere en la casa; mientras que en la partición con los hijos para celebrar segundas nupcias, el marido sólo podía excluir un lecho completo de buenos paños y dos bestias de labor.

F. Tudela 59 contiene, a nuestro entender, una enumeración general de las ventajas. A pesar de que se refiere concretamente a caballero o infanzón, podía servir para *todo omne* por la condición final, característica de las ventajas, de que existieran los bienes en casa. F. Tudela 56, en cambio, es una limitación de las ventajas en caso de segundas nupcias. No creemos que pueda alegarse que el primero de los textos contenga las ventajas del infanzón y el segundo las del villano, entre otras razones, porque F. Tudela 56 parece referirse y ser aplicable a infanzones y villanos. La única posibilidad de relacionar ambos textos, relativo uno a viudedad y a segundas nupcias el otro, es precisamente en la forma apuntada.

El redactor de la compilación de Huesca utilizó, como hemos visto, la Recop. Fs. Aragón II u otra fuente análoga para enumerar las ventajas de la mujer, a las cuales incluyó en sede de arras (Fs. Aragón 5,1,2-4). Para redactar Fs. Aragón 5,7,1, el primer texto de los llegados a nosotros que enuncia las ventajas del marido, tendría que utilizar otra fuente, pues Recop. Fs. Aragón II no aludía a ellas. Utilizaría una fuente del tipo de F. Tudela; es decir, una redacción en la cual se concebían las ventajas en función de la viudedad. Como no podía aceptar esta concepción de las ventajas como viudedad después de haber seguido otra respecto a las de la mujer, al haberlas involucrado con las arras, reprodujo sólo el texto referente a la partición por segundas nupcias y no reprodujo el que hablaba de viudedad, sin darse cuenta o sin prever las consecuencias de reproducir solamente las ventajas especiales y menores que correspondían al marido en caso de segundas nupcias. Omitió la enumeración general y reprodujo sólo la especial, con lo que limitaba las ventajas de los aragoneses. Además de ésta, se produjo otra consecuencia no menos interesante: se consagró en el texto oficial una concepción de las ventajas del marido en función de las segundas nupcias —correlativamente de la viudedad— y otra distinta de las ventajas de la mujer en función de las arras.

X

Fs. Aragón 5,7,1⁵⁰

De secundis nuptiis.—

Quicumque mortua prima uxore, vult contrahere cum secunda, vocatis proximioribus parentibus filiorum primae uxoris ex parte matris. ipsisque praesentibus debet dividere fideliter omnia bona mobilia, et immobilia quaecumque habuit cum uxore, quo facto, incontinente debet eis ostendere et tradere me-

50. Fs. Aragón (Lacruz) 225: «Tot omne que muerta la primera

dietatem omnium rerum divisarum: abstractis tamen inde convenienter expensis factis in defunctione uxoris a die qua decessit, usque ad diem qua fuit sepulta, tamen pater debet accipere ante partem, unum lectum paratum de bonis pannis, et duas bestias aptas ad laborandum cum suis apparatus, si tamen faciunt laborare. Divisio vero debet fieri cum instrumento publico per alphabetum diviso, cum fidantiis, et testibus: et sic divisio facta valeat in perpetuum. Tamen quandoque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet, idest si incontinenti nollet eis tradere. Idem est de matre.

De esta suerte, vino a faltar en la compilación de Fs. Aragón un texto que correspondiera a F. Tudela 59, al cual llamamos X, en el que se enunciaran las ventajas normales.

muller et casara con la segunda, clamados los más cercanos parientes de los fillos de la primera muller, ellos presentes, deue partir con los fillos fielment todo el mueble et el sedient, que quier que aura ganado con la muller. Et esto feyto, deueles lugo demostrar et dar la mitat de todas las cosas partidas, sacadas de asti las expensas en la muller el dia que murio, daqui a que fue soterrada. Enpero el padre deue tomar ante de part hun leyto parado de buenos panyos de casa, et dos bestias conuinentes pora laurar, si fazen lauor. Enpero la particion deue seyer feyta con carta publica partida por a. b. c., con fianças et testimonyos. Et assi feyta la particion, bale a todos tienpos. Pero quando quiere que el padre querra dar part a los fillos, los fillos sian costreytos a recibirla. Et si alguno dellos querra dar toda la part dellos: otrament no sian costrenydos de partir si no se lo quieren liurar Exo mismo sia de la madre.»

Como no la había, Fs. Aragón 5,7,1 se hizo texto general de las ventajas del marido. Por consiguiente, el viudo villano, infanzón o ciudadano tenía derecho a excluir de partición un lecho completo de buenos paños de la casa y dos bestias de labor con sus aparejos, si las hubiere.

Llama tanto más la atención esta omisión deformadora del redactor de Fs. Aragón cuanto que Fs. Aragón (Tilander) y Vidal Mayor no incurren en ella. Estas dos últimas fuentes hacen una enumeración general de las ventajas normales del marido infanzón, ciudadano y villano al enunciar las de las respectivas mujeres, y mediante una referencia a las de ellas, en sede de arras, y, en otro lugar, en sede de segundas nupcias, hacen una enumeración especial de las ventajas excepcionales que corresponden al marido y a la mujer que hayan de partir con sus hijos para celebrar un nuevo matrimonio. Fs. Aragón (Tilander) 222-224 corresponderían a X y Fs. Aragón (Tilander) 228 corresponde a Fs. Aragón 5,7,1.

Fs. Aragón (Tilander) 222 ⁵¹

Fs. Aragón (Tilander), 228 ⁵²

Del dreyto de las arras.—
... El infançon, muerta la muller, deue trayer en auanpart todas aquellas cosas que la muller traye e deue traher por razon de caualgadura so cauallo e las armas de so cuerpo, si aquesto fore trobado en casa...

De omne o de muller qui casa dos uezes.—
... Doncas tot omne segun fuero, quando quier que, muerta la primera muller, quisiere casar con la segunda, deue clamar los mas cercanos parientes de sos fillos de la primera muller e

51. *Vidal Mayor* 6, 3; «Et otrosi el yfançon, muerta la su muller, deue sacar et auer todas aqueillas mismas cosas et cada I^a d'eillas, segunt que es dito de la muller, oltra la su part et oltra de la caualgadura, que sera el cauaillo, et las armas de su cuerpo, quoantas armas son menester al cauaillo, empero, si aqueillas cosas son en aqueillos bienes, segunt que es dito de suso de las cosas que deuen ser recebidas oltra la part.»

52. *Vidal Mayor* 6,10: «Donquas, qui quiere que, la primera muller muerta, con la segunda se quiere casar, clamados et presentes los más

Fs. Aragón (Tilander) 223⁵³

Del dreyto de las arras.—

.. La müller ciudadana o burzesa o aquella que es dita franca de carta... Aquel mismo iudicio es del marido que de la müller, et en los muebles que deuen auer por medio, et en las cosas que prende ella en dauant part, como la müller, si ella muriere primero...

deue dar a partir a los fillos todos los muebles e los sedientes que el e so müller ganaron en semble, lures parientes presentes, treitas las espensas de las sepulturas e de las deudas et aquellas cosas que son treitas en auant part, assi como dito es en el fuero de suso qui comiença: «Si el marido non oujere» (§ 223). E la particion...

Fs. Aragón (Tilander) 224⁵⁴

Del dreyto de las arras.—

A la uillana,... Aquel mismo iudicio es si el marido sobra de dias a la müller, por que assi deue auer la meitat de los muebles e de los enanços e la deuan part como la müller; ...

cerquanos, ço es entenados, cormanos de los fillos del primero matrimonio, deuen partir con eillos todos los bienes mouibles et non mouibles los quaoales bienes eill et la primera müller ouieron en comun, enpero sacadas las messiones de la mortaila et las deudas et aqueillas cosas que duen ser recebidas ante la part, segunt que es dito de suso en el titulo más cerquano. Et aqueilla partilla deue ser feita con instrumento publico et con testigos et con fiador. Et otrosi quadaque el padre o la madre que sobreuiue quisiere partir con sus fillos los ditos bienes, los fillos luego deuen ser constreynnidos a partir con eill, assi enpero que si el padre antedjto sea prieto de dar lis luego a los fillos la su part; en otra guisa los fillos non deuen partir con eill.»

53. *Vidal Mayor* 6,4: «Et otrosi, si contesciere que la müller (franca) uença al marido de uida o el marido a la müller, por aqueilla misma guisa leue recibir el marido como la müller.»

54. *Vidal Mayor* 6,5: «Et otrosi el marido (uillano) aqueillas mismas cosas et por aqueilla misma manera deue recibir oltra la su part, si uenciere de uida a ssu müller.»

Correspondían al marido como ventajas, por lo tanto, *todas las cosas que la muller traye en davant part* —según fuera villana o ciudadana—, y al infanzón, además, *por razón de caualgadura, so cavallo e las armas de so cuerpo*. Y en el caso de división con los hijos de la primera mujer para contraer nuevas nupcias se concedía al marido el derecho a excluir *aquellas cosas que son treitas en auant part, assi como dito es en el fuero de suso qui comiença: «Si el marido non oujere»*. Don Vidal se remite a Fs. Aragón (Tilander) 223; se remite, a nuestro modo de ver, a un fuero de excepción, al fuero de las arras de la franca. Pero este fuero, al mismo tiempo, es el fuero que trata de las arras de la infanzona cuando el marido no tuviere *bienes sedientes*. Dicho fuero supone un régimen menos beneficioso, en especial al ser aplicado al infanzón. Prácticamente sucedería que el infanzón, a su tenor, recibe las ventajas del ciudadano; por consiguiente, no recibiría el caballo y las armas. Podría excluir, en este supuesto de segundas nupcias, lo mismo, aproximadamente, que su mujer: sus vestidos, un lecho y un par de labor; es decir, lo mismo que se establecía en F. Tudela 56 y lo mismo que señala Fs. Aragón 5,7,1.

Así pues, Fs. Aragón (Tilander) y la recopilación oficial no son opuestos, sino perfectamente compatibles. En Fs. Aragón (Tilander) 222-224 tenemos la enunciación de las ventajas normales, omitida, por lo que respecta al marido, en Fs. Aragón; y en Fs. Aragón (Tilander) 228, que coincide con Fs. Aragón 5,7,1, tenemos una enumeración de las ventajas excepcionales que correspondían en el supuesto de partición por segundas nupcias.

Fs. Aragón (Tilander) y Vidal Mayor conjugaron, en cierto modo, los efectos de las dos concepciones de las ventajas: la que las suponía en función de la viudedad y la que las involucraba en las arras. Pero aunque así no fuera, tendrían sobradas razones para establecer dos tipos de ventajas. El señalar unas ventajas menores en caso de segundas nupcias podría obedecer a la vieja tendencia a obstaculizarlas, muy natural, sobre todo, desde una concepción en función de viudedad. Además, existiría otra razón. Es que, como el padre

destinaría siempre el caballo y las armas al hijo —o bien porque ya entonces eran heredables las ventajas—, si no se privaba al padre del caballo y armas, no podría heredarlas el hijo del primer matrimonio por haberlas excluído el padre de la partición.

Pero de todas estas vicisitudes no se percataron los juristas aragoneses; y así se explica la historia posterior de las ventajas varoniles. Los juristas siguieron a la letra el texto de la versión oficial (Fs. Aragón, 5,7,1), y tomándolo como único —y que lo era en la compilación oficial por la omisión del redactor—, lo generalizaron, de tal suerte que se consagró como regulación general de las ventajas normales del marido, cuando en realidad era un regulación especial para un caso de excepción. Se interpretó, pues, que correspondían al marido, en cualquier caso, como únicas ventajas, un lecho completo de buenos paños de la casa y un par de bestias de arar con sus aparejos, cuando tuvieran labor.

Consagradas estas ventajas, por tener en cuenta solamente Fs. Aragón 5,7,1 se producía una desigualdad, inexistente con anterioridad, entre las ventajas que correspondían al marido y las que correspondían a la mujer. Como consecuencia de esto, los aragoneses pidieron en las Cortes de 1307 y de 1348 que se remediara la injusticia y que se aumentaran las ventajas del marido. Por falta de visión histórica no se pudo solicitar el retorno a la situación anterior al Código de Huesca, que era lo procedente.

En las Cortes de Alagón de 1307 se solicitó que se aumentaran las ventajas del marido, pues se consideraba injusto que, según el fuero antiguo (Fs. Aragón 5,7,1), el marido recibiera tan poco de ventajas y a la mujer correspondiera mucho más. En vista de la petición, se estableció el fuero *De rebus, quas mortua prima uxore, vir debeat recipere ante partem* (Fs. Aragón 5,3,1).

Fs. Aragón, 5,3,1 55

De rebus, quas mortua prima uxore, vir debeat recipere ante partem.

55. Fs. Aragón (Lacruz) 308: «Como segunt fuero antigo, quando muere el marido, la muller en la particion de los bienes muebles muy-

Cum secundum Forum antiquum, mortuo viro, uxor in partitione rerum mobilium, multa recipiat ante partem: et mortua uxore, vir pauca consueverit, secundum Forum, recipere ante partem: et non est aequum, vel rationabile, quod vir, et uxor ad tantam imparitatem debeant iudicari. Ad instantiam, et humilem supplicationem totius Curiae statuimus, quod de caetero, si uxor alicuius praemoriatur, eius vir in divisione rerum mobilium, quam facere habuerit cum filiis, vel consanguineis, vel haeredibus suae uxoris, recipiat ante partem equum, quem habuerit, vel si equum non habuerit, recipiat roncinum, vel mulum, vel mulam, et arma sui corporis, videlicet loriam sui corporis, atque equi, capellum ferreum, ensem, scutum, lanceam, atque maçam: recipiat etiam ante partem duas bestias aratorias cum suis apparatus, si faciunt laborem, et unum lectum paratum de bonis pannis, ut in Foro antiquo continetur. Et si vir fuerit Iurista, vel Phisicus, recipiat suos libros ante partem.

En virtud de este fuero, el marido, además de lo que le correspondía *segunt fuero antiguo*, esto es, dos bestias de arar con sus aparejos, si tuvieren labor agrícola, y un lecho completo de buenos paños, podría excluir de partición el caballo, o en su defecto mulo, mula o rocín, las armas y, si fuere físico o jurista, sus libros profesionales.

Posteriormente, en las Cortes de Zaragoza, de 1348, alegando otra vez las mismas razones de desigualdad entre las ventajas del marido y de la mujer, se establecieron el fuero *De adelantagiis, quas uxore praemortua, vel ipsa superstite, vir aut eius successores habere debent* (Fs. Aragón 5.4.1) y el fuero *De rebus, sive adelantagiis, quas vir et eius haeredes*

tas cosas recibe ante part et si muere la muller el marido pocas ha costumbrado recibir, segunt fuero, antes de part, et no es cosa con razon quel marido et la muller devan seyer yguales a tant grant desegualdat, ad humil suplicacion de toda la cort, stablimos que si muere la muller ante que el marido, el marido en la particio que avra a fazer con los fillos parientes o herederos de su muller, reciba ante part hun cavallo si y sera et si no rocín o mulo o mula et las armas de su cuerpo yes, lorigas de cuerpo et de cavallo et capel de fierro, spada, scudo, lança et maça. Reciba encara dos bestias de labor con sus aparellamientos si fazen lavor et hun leyto aparellado de buenos panyos assi como se contiene en el fuero antigo. Et si el marido sera jurista o fisigo que pueda sacar todos sus libros ante part.»

debent recipe ante partem (Fs. Aragón 5,5,1), suplió el último de la omisión de los vestidos y arneses de la persona y caballo realizada por el fuero anterior.

Fs. Aragón 5,4,1⁵⁶

Fs. Aragón 5,5,1⁵⁷

De adevantagiis, quas uxore
re praemortua, vel ipsa su-

De rebus, siue adevantagiis,
quas vir, et eius haeredes

56. *Fs. Aragón (Lacruz) 443*: «Como por el fuero antiguo muerto el omne, la muller sobrevivient ella en la particion que avia de fazer muytas cosas recebia ante de part, et el onbre sobrevivient a ella pocas cosas; et depues por el otro fuero fue stablido que el omne en la particion de los bienes el sobrevivient algunas cosas menos de las contenidas en el fuero antigo devria recibir, antes de part, como en el fuero dellas, las quales muerta la muller el marido devẽ recibir antes de part hun capitol yes contenido; enpero es guardando las adevantallas las quales la muller en el tiempo de la particion antes de part recibia et costunbro ella recibir segunt fuero, al marido sobrevivient fueron atorgadas ante part pocas cosas senyaladament sguardado el treballo, el qual el onbre sostiene en los bienes muebles ganar o en otra manera. Por esto movido por las sobreditas cosas et otras de voluntat de toda la cort, stablimos que daqui avant si el marido bivra o sobrevivra a la muller, en la particion de los bienes muebles la qual avra a fazer con los fillos herederos, o cosinos de la muller, reciba el marido ante de part, menos de las cosas atorgadas a el por los fueros ante feytos, los libros de qualquier sciencia sian, cavallos, rocines et todas las bestias de cavalgar et todas las armas de su cuerpo et de las cavalgaduras et todas las otras armaduras de qualquier et en qualquier linage et manera sian. Encara stablimos et ordenamos que si la muller sobrevivira al marido, encara que en aquel caso la muller sobreviva los herederos o cosinos della, en la particion, la qual avran a fazer con los fillos herederos o cosinos del marido muerto, nenguna cosa en las sobreditas que el marido devria aver et recibir ante de part, si sobrevies, como es dito, consigan. Excepto mula de cavalgar la muller sobrevivient en el fuero a la infançona otorgada. Mas todas las sobreditas cosas et cada una entregament sian et romangan para los fillos herederos o cosinos del dito marido. Assi que en las sobreditas cosas la muller excepto la dita mula en caso en el qual el fuero sobredito favla infançona los fillos o cosinos de la muller, ninguna cosa non puedan conseguir ni aver en aquellas, antes el marido en su vida pueda ordenar de las sobreditas cosas a su voluntat. Et do no ordenara las sobreditas cosas romangan et queremos romanir para los herederos o sucesores del marido ab intestado; excepto la dita mula de cavalgar, en caso en el qual el fuero sobredito favla infançona los fillos de suso dito yes.»

57. *Fs. Aragón (Lacruz) 447*: «Nos encara rey sobredito remenbran-

perstite vir aut eius successores habere debent.—

Cum per Forum antiquum mortuo viro, superstite uxore, ipsa in divisione, quam facere habebat, multa recipiebat ante partem: et vir supervivens eidem pauca: et post per Forum alium fuerit statutum, quod vir in divisione bonorum, ipso supervivente, aliqua alia ultra contenta in dicto Foro antiquo, deberet recipere ante partem, ut in Foro «De rebus, quas mortua uxore vir debet recipere ante partem», C. I.

debent recipere ante partem.

Nos etiam Rex praedictus recolentes in Curia antecedenti, de qua in Foro praescripto fecimus mentionem, statutum fecimus de voluntate totius Curiae, quod ex tunc si vir superviveret uxori, idem vir in divisione bonorum mobilium, quam facere habuerit cum filiis haeredibus, vel conanguineis uxoris, recipiat ante partem ultra concessa ei per Foros antea editos, libros cuiuscumque scientiae sint, equos, roncinos, et omnia animalia de

tes en la cort antecedent de la qual en el fuero sobre scripto fizimos mencion et statuto de voluntat de toda la cort que daqui avant, si el marido sobreviviese a la muller, el marido en la particion de los bienes muebles, la qual avria a fazer con los fillos herederos o cosinos de la muller, recibiese ante de part menos de las cosas atorgadas a el por los fueros ante feytos los libros de qual sciencia sian, cavallos, rocines et todas las bestias de cavalgar, et todas las armas de su cuerpo et del cavallo, et todas las otras armas de qualquier et en qualquier manera o linage fuesen, como en el fuero sobre esto feyto auestas et otras cosas mas largament se contienen. Et agora por la sobredita cort fue expuesto devant nos, cort celebrantes, que como en el dito fuero sobre los indumentes, vestidos de los omnes et sobre los arneses de las personas suyas et sobre los arneses de las cavalgaduras proveydo en alguna manera no sia, devemos suplement fazer a las cosas fallientes al dito fuero; por esto a suplicacion de todos los sobreditos anyadimos et suplinos al sobredito fuero et de voluntat de toda l. dita cort fazemos fuero nuevo que en las particiones fazederas entre el onbre, fillos herederos, o cosinos, o quales quier otras personas de la muller muerta, o entre los herederos sucesores et otras personas qualesquier del marido muerto et su muller sobrevivient, menos de las cosas sobreditas en el fuero declaradas, el marido fillos o sucesores, siquier herederos suyos reciban ante part sus vestiduras siquier indumentos et los arneses de su persona et de las cavalgaduras, las quales avran menos de contradiccion alguna de aquellos con los quales avra a partir los ditos bienes. Enpero las otras cosas en el dito fuero contenidas en su firmeza fincantes et valor.»

continetur. Verumtamen inspectis adevantagiis, quae uxor tempore divisionis ante partem recipiebat, et recipere consuevit, secundum Foros, ea quae viro superstite concessa fuerant ante partem modica censebantur, et censentur, signanter attento labore, quem vir sustinet in bonis mobilibus acquirendis, et alias. Idcirco, moti ex praedictis et aliis, et de voluntate totius Curiae statuimus, quod de caetero si vir supervixerit uxori, in divisione honorum mobilium, quam facere habuerit cum filiis haeredibus, vel consanguineis uxoris, recipiat vir ante partem ultra per Foros ante editos ei concessa, libros cuiuscumque scientiae sint, equos, roncinos, et omnia animalia de cavalgar, et omnia arma corporum, et equitum, et omnia alia arma quaecumque et cuiuscumque generis, et materiae existant. Et insuper statuimus et ordinamus, quod si uxor supervixerit viro, etiam illo casu, ipsa uxor superstes, haeredes, vel consanguinei ipsius in divisine, quam facere habuerint cum filiis haeredibus, vel consanguineis dicti viri praemortui, nihil in praedictis, quae vir debebat accipere ante partem, si superviveret, ut est dictum, consequatur. Excepta mula de cavalgar uxori superstiti in Foro: «Ingenua» concessa. Sed omnia praedicta alia, et singula integre sint, et re-

cavalgar, et omnia arma corporum, et equitum: et omnia alia arma quaecumque et cuiuscumque generis et materiae existerent, ut in Foro inde confecto haec, et alia plenius continetur. Et nunc per Curiam supradictam expositum fuerit coram nobis Curiam celebrantibus, quod cum in dicto Foro super indumentis, seu vestibus virorum, et super arnesiis personarum, et super arnesiis equitum provisum aliquo modo non existat, dignemur supplementum de praedictis defectibus facere dicto Foro. Idcirco ad supplicationem omnium praedictorum addimus, et supplemus Foro praedicto: et etiam ad ambiguitatem omnem penitus amovendam, de voluntate totius Curiae facimus Forum novum, quod in divisionibus faciendis inter virum, et filios haeredes, aut consanguineos, vel personas alias quascumque uxoris defunctae, vel inter haeredes, et successores, et alias personas quascumque viri defuncti et uxorem ipsius superstitem, ultra res praedictas in dicto Foro declaratas, idem vir, vel filii, aut successores ipsius, recipiant ante partem suas vestes, seu indumenta, et arnesia personae suae, et equitum, quas habuerit, absque contradictione aliqua illorum, cum quibus dividere habuerit dicta bona. Caeteris tamen in dicto Foro conten-

maneant penes filios, haeredes, et consanguineos. dicti vir. Ita quod in praedictis uxor, excepta dicta mula in casu, in quo dictus Forus: «Ingenua», loquitur, filii haeredes, vel consanguinei ipsius nihil possint consequi, vel habere in eisdem: imo vir in vita sua possit ordinare de praedictis pro suo libido voluntatis. Et ubi non ordinauerit, praedicta remaneant, et volumus remanere, haeredibus, vel successoribus viri ab intestato. Excepta mula de cavalgar, in casu in quo Forus praedictus: «Ingenua» loquitur, ut superius est praemissum.

Con estos dos nuevos fueros, no sólo se aumentó el contenido de las ventajas del marido, sino que se hizo legalmente transmisible a sus herederos el derecho a retirarlas en la división que hicieren con la mujer supérstite o sus herederos. Correspondieron desde entonces como ventajas al marido, además de las concedidas por el fuero antiguo, todos los libros, caballos y rocines, todas las armas y arneses y todos sus vestidos. El mismo derecho correspondía a los herederos concurrentes en la partición con la mujer o sus herederos, excepto la mula de cabalgar atribuída a la infanzona.

No existe, a nuestro juicio, la posibilidad de colisión de derechos cuando concurrieran a sacar las ventajas los herederos del marido y la mujer⁵⁸. El fuero *De adelantagiis* (Fs. Aragón 5,4,1) comienza haciendo referencia a la injusta situación del fuero antiguo (Fs. Aragón 5,1,2-4 y 5,7,1), según el cual el marido recibía menos ventajas que la mujer, remediada en parte por el fuero *De rebus quas* (Fs. Aragón 5,3,1), pero no totalmente. A continuación, y para poner fin a la desigualdad, enumera concretamente las cosas que el ma-

58. M. Dessy, *Aventajas forales*, en *ADA*. 6 (1951-52) 115-118.

rído debería recibir como ventajas —incluso las establecidas por el fuero *De rebus, quas*— además de las concedidas por los fueros anteriores, *ultra per Foros ante editos ei concesses*. Enuncia, pues, unas ventajas concretas, y hace referencia a las concedidas por el fuero antiguo, sin especificarlas. Por último, el fuero establece que, en la división que hubieren de hacer los hijos o los herederos del marido con la mujer supérstite, la mujer o sus herederos no reciban nada de las cosas concretamente mencionadas —*nihil in praedictis*—, que el marido debería recibir antes de la partición, excepto la mula de cabalgar atribuída a la infanzona por el fuero *Ingenua* (Fs. Aragón 5,1,2), única cosa en que había posibilidad de colisión, según veremos, por haberse asignado concretamente al marido todos los animales de cabalgar.

Praedictis, y su régimen especial, se refiere evidentemente a las cosas enumeradas concretamente en el fuero *De adevantagiis* y no a las concedidas por el fuero antiguo. Tanto es así, que en las mismas Cortes de Zaragoza de 1348 se estableció el fuero *De rebus, sive* (Fs. Aragón 5,5,1) para remediar la omisión de los vestidos y arneses en el fuero *De adevantagiis*, que no los había citado concretamente. Si se hizo esto, sería porque, al no ser citados concretamente, no seguirían el régimen especial de los *praedicta* y, por lo tanto, no podrían ser excluidos por los herederos del marido en la división con la mujer o sus herederos. Por otra parte, es interesante tener en cuenta que los *praedicta*, según el fuero *De adevantagiis*, son aquellas cosas de las que el marido solía disponer a su voluntad. En cierto modo, pues, los fueros *De adevantagiis* y *De rebus, sive* tienen por objeto decidir del destino de los *praedicta* cuando nada hubiese dispuesto el varón por haber muerto *ab intestato*. Quizá para evitar que pasasen a los herederos de la mujer en el caso de no disponer por testamento, se estableció la preferencia de los herederos del marido sobre dichos bienes.

Por consiguiente, no hay contradicción en Fs. Aragón al atribuir a la mujer y al marido el par de labor y el lecho. La única posibilidad de colisión estaba en la mula de cabalgar, y fue salvada concretamente. El par de labor y el lecho eran

concedidos por el fuero antiguo, y no eran *praedicta*; es decir, los herederos del marido no tenían preferencia sobre ellos en el caso de concurrir con la mujer.

Entendidos los fueros de esta manera, y sólo así, se encuentra correcta y adecuada a los textos la forma de retirar las ventajas, en los distintos supuestos, que Díez de Aux incluye en su *Consultatoria*, con las salvedades, naturalmente, que hemos hecho sobre algún punto concreto, en especial sobre manificios.

Consultatoria

... quo facto, si casus evenerit, quod mulier praemoriatur relicto eius viro: dictus vir antequam perveniatur ad divisionem, recipit unum lectum paratum de bonis pannis domus, et duas bestias aptas ad laborandum si faciunt laborem. Secundo, recipit libros cuiuscumque scientiae sint, equos, seu ronchinos et omnia animalia de cavalgar, et omnia arma corporum, et equitum, et omnia alia arma quaecumque, et cuiuscumque generis seu materiei existant. Tertio, recipit suas vestes, seu indumenta, et arnesia personae suae, equitaturas quas habuerit. Quod facto filii, aut haeredes uxoris nihil accipiunt ante partem: sed bona dividuntur inter dictum virum, et haeredes uxoris, ut infra dicitur in casu quando vir praemoriatur relicta uxore. Item si vir praemoriatur supervivente uxore, uxor ingenua, idest Infançona, vel uxor franca, idest civitatis: antequam perveniatur ad divisionem integre recipit vestes suas atque joyas, et unum lectum paratum optime de melioribus pannis qui sunt in domo, et unum vas argenti, et unam captivam sive servam, et unam mulam de cavalgar cum suis aparamentis. Et si occurrat casus, quod non sit mula, sed sit mulus de cavalgar, non extrahitur de observantia Regni. Item, extrahit duas bestias aratorias cum suis aparamentis, si faciunt labores. Et si omnia praedicta non poterit uxor ante partem recipere, ideo quia non sunt in domo, ante divisionem accipiat uxor illo casu ante partem de illis rebus supra scriptis quae reperiuntur in domo avantagia, ut supra dictum est. Et in loco eorum, quae non sunt, nec reperiuntur in domo, ut dicit forus, quod recipiat de omnibus maneficiis, idest supellectibus quae in domo reperiuntur duplicatis unum ante partem. Et receptis dictis avantagiis per uxorem: viri haeredes recipiunt ante partem libros cuiuscumque scientiae sint, equos, rochinos, et omnia animalia de cavalgar, et omnia arma corporis et equitum, et omnia alia arma quaecumque, et cuiuscumque generis, et speciei existant: et vestes, seu indumenta, et arnesia personae defuncti, et equitum, quos, et quae habebat defunctus: excipitur mula de cavalgar quam

extrahit uxor: quia isto casu haeredes viri non extrahunt mulam, sed uxor extrahit, ut supra dicitur: quo facto omnia alia bona mobilia. ...

La gran innovación del fuero *De aduentagiis* fue, sin duda, el establecer legalmente la heredabilidad de las ventajas del marido. Desde entonces, estas cosas de las que el marido disponía en vida libremente, y que destinaría por lo general a los hijos, cuando no dispusiera de ellas, debían ser heredadas por los hijos.

Los fueros de las Cortes de 1348 apenas aportan datos para reconstruir la historia de la fijación de esta modalidad. Sin embargo, quizá sea posible esclarecer este punto y el fundamental de la pretendida diferencia de las ventajas de marido y mujer.

Suele repetirse que el derecho a sacar ventajas se transmite a los herederos del marido, de forma que, aun muriendo antes que su mujer, pueden sacar aquéllos sus ventajas, mientras que el derecho de la mujer es personal, y sólo pasa a sus herederos cuando se hubiera consolidado en ella por haber sobrevivido a su marido⁵⁹. Pero suele afirmarse también que, en la práctica, estaba muy extendida la costumbre de considerar transmisibles a los herederos de la mujer premuerta sus ventajas, al menos los vestidos y joyas, que se conservaban en un arca hasta que los herederos alcanzaban la edad propia para usarlos⁶⁰.

Cierto es que los textos legales aragoneses establecieron concretamente, por los fueros de 1348, la heredabilidad de las ventajas del marido y ninguno de los antiguos que regulan las de la mujer les atribuye expresamente este carácter: pero los mismos fueros de 1348 no sólo no lo contradicen, sino que parecen presuponerlo. Es lógico pensar así, porque ya, de una manera indirecta, quizá Fs. Aragón daban pie para justificar la costumbre de transmitir a los herederos de la mujer el derecho a las ventajas. Por un lado, la reducción de las ventajas en caso de partición para celebrar segundas nup-

59. DESSY, *Aventajas forales* cit. p. 115.

60. PALA, *Aventajas forales* cit. p. 196.

cias puede ser un indicio de la tendencia a reservarlas para los herederos. Por otra parte, es claro que los textos aragoneses involucraron las ventajas de la mujer con las arras, de lo cual vino a derivarse una cierta confusión de las ventajas con las arras y una aproximación de su régimen jurídico. De esta manera, se aplicaría a las ventajas el régimen sucesorio de las arras y, por consiguiente, también lo establecido en Fs. Aragón 6,7,2 (= Fs. Aragón (Lacruz) 397), en cuyos textos, aunque sea de una manera subsidiaria, se percibe la tendencia a reservar las arras a las hijas. De esta manera se lograba la finalidad originaria del definitivo destino a las hijas de los bienes usados por la madre durante el matrimonio y atribuidos a ella después de la muerte del marido.

Con las ventajas del marido no podría suceder lo mismo a causa del distinto carácter que adquirieron al ser involucradas con la viudedad y dentro del marco del fuero *De secundis nuptiis* (Fs. Aragón 5,7,1). Las ventajas del marido, tal y como quedaron enunciadas en segundas nupcias por dicho fuero, no podían ser heredables por los hijos del matrimonio del cual se hacía la partición. Si las ventajas del marido eran ya entonces heredables, desde la compilación oficial dejarían de serlo; y ésta pudo haber sido una razón más de la petición en las Cortes. Bien pudo ser que se hubiera hecho también para evitar que las ventajas fueran a los herederos de la mujer, pero quizá se solicitaría que se equipararan las ventajas del marido a las de la mujer en cantidad y en calidad, es decir, en el número de las cosas que las constituían y en su carácter hereditario. Evidentemente, el fuero *De adevantagiis* tiene como objetivo hacer heredables las ventajas del marido y equipararlas a las de la mujer, de lo cual podría deducirse también que las ventajas de la mujer eran heredables.

De todo lo visto parece derivarse la conclusión de que el proceso evolutivo de las ventajas del marido sería lógico, si efectivamente sólo correspondieran a aquél las ventajas descritas por el texto de la compilación de Huesca, esto es, por Fs. Aragón 5,7,1. En cierto modo, fué lógica consecuencia de una omisión de los autores del Código de Huesca y, después, de la interpretación literal de un texto cuyo alcance no

se comprendió debidamente por no estar acompañado del que se omitió.

5.—En el Derecho navarro nos encontramos también con un derecho del cónyuge supérstite a excluir de partición determinadas cosas, aproximadamente las mismas que constituyen las ventajas aragonesas. Este derecho presenta en Navarra unas características semejantes a las que hemos visto en los distintos ámbitos peninsulares. Pero a pesar de este fondo común, los diferentes textos ofrecen algunas peculiaridades relativas al encuadre de la institución.

Dos grupos pueden hacerse con las fuentes navarras que tratan de la *mejoría*: unas que, con mayor precisión, la regulan en sede de partición, sin contaminaciones deformadoras, y otras que la configuran como viudedad.

Fuero General de Navarra alude a la mejoría al tratar de la partición de la viuda villana con sus hijos. Aunque ningún otro texto de F. General se refiere a la mejoría de la infanzona, no creemos que este derecho a excluir de partición correspondiera sólo a la villana, pues otras fuentes navarras se lo confieren a la infanzona y a la villana.

F. General 2,4,21

Como deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui la deve criar atta que hayan hedat.—

Si el marido muer viviendo la muger, et hoviendo creaturas, que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toiller las creaturas, et todo lo del padre a crear las creaturas ata que hayan siete ainos cumplidos, los siete ainos passados vayan o quisieren; et la particion deve ser a tal, que la mitad de todas las heredades del padre deven prender, et de la madre estas creaturas, eilla prendiendo unos vestidos para si, et loal partan por meyo, qual que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar a su natura.

Según F. General, pues, la villana viuda, al partir con los hijos, tiene derecho a excluir de partición sus vestidos, y todo lo demás debe partirse por mitad.

El Fuero de Viguera y Val de Funes, siguiendo un sistema semejante al de F. General, atribuye al cónyuge supérstite determinadas cosas de *mejoría* en la partición con los hi-

jos o parientes del muerto. F. Viguera refleja el criterio general sobre ventajas del Derecho navarro-aragonés, pero con una mayor claridad y pureza, precisamente por regular la mejoría en sede de partición. F. Viguera no alude a las ventajas o *mejoría*, como le denomina, al tratar de las arras en los §§ 384, 386 y 389, con lo cual se eliminan las cuestiones deformadoras derivadas de la involucración en las arras. De esta suerte, en el Derecho de Viguera y Val de Funes no se plantea el problema de la posibilidad de pérdida de las ventajas por la existencia de hijos en la villana, de la forma de sacar los manificios, etc.

F. Viguera 396

Particion de muger con fijos.

Et si muriere el marido o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta e firmas complidas, todos los bienes que en uno ganaron: mobile e rayz; pero en la particion habra cada uno su heredit quita que s'auja ante que casas, e de mejorja habra el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e de cada uno manificio et de cada cosa haura uno de mejorja.

F. Viguera 396 se refiere, sin duda alguna a villanos e infanzones; en primer lugar, porque el texto no especifica y, en segundo término, porque es clara continuación de § 395, que trata de la partición de villano o infanzón. Así, pues, el infanzón y el villano tienen derecho a excluir de partición sus paynnos, sus joyas, un lecho completo y un manificio de cada clase.

El sistema de ventajas de Tudela ya lo hemos traído a colación al tratar el Derecho aragonés, y poco se debe añadir a lo dicho. F. Tudela presenta un régimen de ventajas típico de involucración con viudedad. Consecuente con esta concepción, establece unas ventajas normales, para el supuesto de permanecer en viudedad, y otras especiales, de menor entidad, para el caso de partición por segundas nupcias.

F. Tudela (Ms. Copenh.

59 r)

F. Tudela (Ms. Copenh.

56 v)

De sacar uiduidat cauallero o infançon.—

De particion de biudo con sus fillos.—

Cauallero o infançon ermuno puede sacar por uidujdat cauallo o su caualgadura et uaso doro o dargent et guarniçiones de su cuerpo de fust et de fierro, leyto et sus uestires. Otrosi duenna tal infançona deue sacar por u'dujdat mula ensellada o enfrenada, uaso doro o de argent, et su leyto de las millores ropas, aniello, sartas dadas a ella, uestires et coberturas de su cuerpo, et esto si fuere en lur casa.

Omne que ouiere muller et fillos et sel muere la muller et el marido quiere prender otra muller et los fillos no son de edat, por fuero deue clamar los parientes mas prosmanos de los fillos et partir con ellos et fer cartas por a. b. c. partidas con ferme de cada part et testimonias, et livrarles luego la heredat et el moble. Enpero sacadas las deudas que foron feytas danbos ensemble e las dispensas que fueron en la defuncion del día que passo ata que fue soterrada et las lezas et la nouena, que otro tanto podra el marido de mortuorio lezar o sacar pora si, et un leyto parado car de los buenos drapos de casa et dos bestias de lauor si y fueren con sus aperos de lauor de casa, enpero cuando partieren con los fillos solo el moble por fer la lauor del comun.

El caballero, en el supuesto de querer permanecer en viudedad, podía sacar antes de partición su caballo o su cabalgadura, un vaso de oro o de plata, sus armas de fuste y de hierro, un lecho y sus *uestires*; estos últimos en la forma establecida en F. Tudela 38 ya transcrito. En la partición con los hijos para celebrar segundas nupcias, el marido sólo podía excluir un lecho completo de buenos paños y dos bestias de labor.

No se trata, como pudiera parecer, de una regulación de las ventajas del caballero y otra del villano. Ambos textos, si no nos equivocamos, son aplicables a las dos clases. Uno regula las ventajas normales y el otro las excepcionales que correspondían en el caso de partición por segundas nupcias. Ello no es exclusivamente consecuencia de la concepción de

las ventajas como viudedad, pues los textos aragoneses que las estructuran en sede de arras también establecen una disminución por segundas nupcias. Pero concebidas las ventajas como viudedad es inevitable que se limiten o se supriman al contraer segundas nupcias.

6.—En el Derecho catalán, al no prosperar la comunidad como régimen patrimonial familiar por el predominio del sistema dotal, no era adecuado el ambiente para el florecimiento de las ventajas. Por esta razón, no sorprende que aparezcan sólo en el Código de Tortosa.

C. Tortosa 5,1,20,8

Totes les vestedures quel marit o la muller en aytal matrimoni auran, son de cascu, ço es saber les vestedures quel marit aura en temps de la solucio o partício del matrimoni per mort o per altra rao son del marit o de sos hereus. Atressi totes les vestedures e sauenes, que la muller aura, son seus o de sos hereus en axi que los uns contra los altres non poden fer demanda que venguen en comun: ne y agen part alguna.

C. Tortosa 5,1,20,8 tiene aplicación solamente cuando el matrimonio se ha constituido bajo el régimen de *agermanament* o hermandad. En dicho tipo de matrimonio, se excluyen de partición, en favor de cada cónyuge o de sus herederos, los vestidos de uso personal y, además, en beneficio de la mujer o de sus herederos, las ropas del lecho nupcial. Se trata, a nuestro entender, de un derecho a excluir de partición y no de que se exceptúen el lecho y los vestidos de uso particular de cada cónyuge de la comunidad de muebles e inmuebles adquiridos por marido y mujer durante el matrimonio, como supuso Oliver ⁶¹.

ALFONSO OTERO.

61. B. OLIVER, *Código de las costumbres de Tortosa II* (Madrid 1878) p. 339.

DOCUMENTOS

REFORMA DE LA INMUNIDAD PERSONAL DEL CLERO EN INDIAS BAJO CARLOS IV

Los esfuerzos realizados a lo largo del reinado de Carlos III para dotar a las Indias de una nueva Codificación de sus particulares leyes, que sustituyese a la Recopilación de 1682 que ya se consideraba anticuada, no dieron nunca el resultado apetecido. La Junta que a tal fin se constituyó no llegó a concluir más libro del futuro Nuevo Código que el primero, precisamente el destinado a las materias eclesiásticas. Presentado al monarca —ya para entonces Carlos IV— este Libro I, el Rey no ordenó su promulgación, y sí en cambio que se prosiguiesen las tareas codificadoras, que de hecho continuaron, a través de muy diversas vicisitudes, hasta avanzado el reinado de Fernando VII.

No cerró, sin embargo, Carlos IV las puertas de un modo absoluto a la inmediata vigencia de todo el primer libro del Nuevo Código. En la Real Cédula de 25 de marzo de 1792 dispuso, en efecto, que se fueran «poniendo sucesivamente en uso y práctica las decisiones comprendidas en dicho nuevo Código en todos los casos que ocurrieren, librando las cédulas y provisiones que resulten conforme a su tenor, al que deberán acomodar también su respuesta los fiscales y promover su observancia»¹.

Muro Orejón, comentando ésta que él llama «forma des-acostumbrada» de poner en vigor el Código, señala ya la incongruencia de la conducta real²; Carlos IV, en efecto, no afirmó ni declaró que el proyecto de Código resultara inacep-

1. Vid. en MURO OREJÓN, A.: *El Nuevo Código de las Leyes de Indias (Proyectos de Recopilación legislativa posteriores a 1680)*, en «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», Madrid, 1929, pág. 32.

2. Lug. cit., pág. 33.

table, pero al no promulgarlo tampoco, dejando para Reales Cédulas y provisiones a librar en cada caso la puesta en práctica de sus prescripciones, dejaba en realidad las nuevas leyes convertidas en mero proyecto, estado del que la mayor parte de ellas nunca llegaron a salir.

Solamente algunas pocas, a las que se refiere el mismo autor en otro de sus artículos sobre la materia³, consiguieron ser objeto de tal especial publicación. Y de entre estas escasísimas leyes del Nuevo Código que alcanzaron a ser oficialmente declaradas como tales, destaca la ley 71 del título XV, puesta en vigor por Real Cédula de 25 de octubre de 1795. Se trata de una ley nueva, es decir, redactada por completo por la Junta Codificadora, sin base en la legislación anterior, y su tenor es el siguiente⁴:

«En los delitos que cometieren los Regulares se proceda como en esta Lei se expresa».

«Declaramos que delinquiendo gravemente algún Religioso dentro del ambito de su Convento y con mayor razon fuera de el contra personas seglares por injurias Reales o verbales conozca de la causa que se le fulminare el Diocesano respectivo con arreglo a lo dispuesto por los Sagrados Canones; y si el delito fuere de los enormes o atroces aunque el ofendido sea otro Religioso, es nuestra voluntad se forme el proceso del hecho criminal por nuestra justicia Real en union con la ordinaria Eclesiastica, hasta poner la causa *en estado de Sentencia*, y si de autos resultaren meritos para la *relaxacion del reo al brazo secular* pronunciara el Eclesiastico su senten-

3. MURO OREJÓN, A.: *Leyes del Nuevo Código vigentes en América*, en «Revista de Indias», Madrid, 1944, núm. 17.

4. Esta ley y las otras dos que a continuación citamos, figuran en el Nuevo Código con la misma indicación marginal: «Don Carlos IV en este Código». Aparecen publicadas por MURO OREJÓN en la «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», en la que entre 1929 y 1933 publicó buena parte del texto del nuevo cuerpo de leyes indianas. Vid. concretamente la ley 71 del título XV en el núm. 64 de la revista (1933), páginas 451-2; la 12 del título IX, en el núm. 59 (1932), págs. 231-2; la 13 del título XII en el núm. 60 (1932), págs. 525-6.

cia ⁵, y devolviera los autos a nuestra Justicia Real para que proceda ulteriormente a obrar, y executar todo lo demas que huviese lugar en derecho: Y encargamos a nuestros Juéces Reales y a los Eclesiásticos tengan la mayor conformidad y buena armonia, proponiendose por objeto principal el espíritu de Justicia que exige la vindicta publica, teniendo presente la Lei 12, título 9, y en los delitos de lesa Majestad la Lei 13 título 12 de este libro».

Tal como veremos, y en consecuencia de las últimas palabras de la presente ley, se entendió que su entrada en vigor llevaba consigo aparejada la de la ley 12 del título IX y 13 del XII, que a la vez que aquélla llegaron a las Indias y fueron causa de las alteraciones de la inmunidad personal del clero que hemos de indicar.

La rúbrica y texto de la ley 12 del título IX son como sigue:

«Los Eclesiásticos no gocen de inmunidad en los delitos enormes y atroces».

«La seguridad, que devemos procurar a nuestros amados y fieles Vasallos Nos obliga a castigar los delitos que la perturvan con penas correspondientes a satisfacer la vindicta publica, y capaces de refrenar la perversa inclinacion de algunos hombres: Y no debiendo extenderse la inmunidad a los perpetradores de tan perjudiciales delitos que quedarían impunes si se dexase su castigo a sola la Potestad Eclesiastica por ser insuficiente para ello, y repugnante a su espíritu de lenidad y mansedumbre esencial y canónica: Declaramos que los Eclesiásticos no deben gozar fuero ni inmunidad en los delitos enormes o atroces, y en las mayores de sediciones, alborotos, y perturbaciones de la paz publica y que ha de conocer de estas causas nues-

5. A continuación de la presente ley, figura en el Código una de las notas que se añadieron a éste y que dice: «En lugar de lo rayado deve decir: en estado de conclusión, y promulgada la Sentencia por una y otra justicia en unión o cada uno por su parte la consultaran (sin publicarla) con los autos a nuestra Real Audiencia del distrito para la confirmacion o revocacion, asistiendo a su vista y determinacion el Prelado o el Eclesiástico que dipute y nombre; y si la Sentencia que diesen fuese de pena capital; pronunciara despues el Diocesano su sentencia de relaxacion al brazo secular».

tra Jurisdicción Real y la militar en el caso de que la sedición sea contra la seguridad de una plaza, comandante militar de ella, oficiales y tropa que la guarnecen».

Por su parte, se expresa así la ley 13 del título XII:

«Las Justicias Reales conozcan del Crimen de lesa Magestad, contra Clerigos».

«Declaramos que el conocimiento de las causas del crimen de lesa Magestad que cometieren los Clerigos en motivos, levantamientos, sediciones, y otros casos semejantes corresponde a nuestras Justicias Reales: Y mandamos a nuestros Virreyes Presidentes y Audiencias no consientan que en ninguno de dichos casos los Prelados, o Jueces Eclesiasticos tomen conocimiento de las expresadas causas, ni inivan a los Jueces Reales, antes bien las remitan a ellas inmediatamente que por la Sumaria, o en otra qualquier forma aparezca que es el crimen de la clase referida, observandose en los respectivos casos la Lei 12, título 9 y la 71, título 15 de este libro. Otrosí declaramos que quando la sedición sea contra la seguridad de una plaza comandante militar de ella, oficiales y tropa que la guarnecen ha de tener el conocimiento la justicia militar y no la Real»⁶.

La última llamada, con que concluye la Ley 13, a las dos anteriores, semejante a la que a su vez hace la 71 a la 12 y a la 13, entrelaza íntimamente los tres preceptos del Nuevo Código y explica que fueran a las Indias unidos, y unidos provocaran los conflictos que en la Nueva España tuvieron lugar a raíz de su conocimiento.

Dado el carácter que posee el conjunto todo del Nuevo Código, tan eminentemente regalista⁷, estas leyes —de llegar a las Indias incluídas en el todo del cuerpo legal al que pertenecían— posiblemente no habrían dado origen al revuelo que produjeron al aparecer las tres aisladas por obra de la Real Cédula de 1795 antes citada. De «novedad inopinada y de con-

6. Una nota a esta ley advierte que: «Segun la Cedula de Dn Carlos 3.^o, en San Yldefonso, a 29 de septiembre de 1781, f. 346, corresponde el conocimiento de estas causas al Virrey y no a las Audiencias».

7. Cfr. DE LA HERA, A., *Las Leyes eclesiásticas de Indias en el siglo XVIII*, en «Revista de Estudios Americanos», Sevilla, 1958.

secuencias terribles» las calificaron el Obispo y Cabildo de Michoacán⁸; y, en efecto, el sistema que imponían venía a significar una innovación transcendental en la institución de la inmunidad personal del clero. La Junta Codificadora de Carlos III, al redactarlas y dar pie a su ejecución, creaba en favor de la Corona una regalía excepcionalmente lesiva del derecho de la Iglesia.

Tan pronto como en la Nueva España se tuvo noticia de las nuevas leyes, se despertó un ansia en las justicias reales de castigar por sí mismas cuantos delitos realizados por eclesiásticos se hallaban entonces pendientes y en trámites ante los tribunales de la Iglesia. Fué el caso más escandaloso de todos el del sacerdote Manuel Arenas, arrancado a la jurisdicción del Obispo de Puebla de los Angeles, que ya lo estaba juzgando por el delito de oponerse a un Teniente Alcalde de justicia⁹. El reo fué sustraído tumultuariamente a la autoridad eclesiástica y trasladado, en medio del alboroto popular, a las cárceles reales, invocando precisamente en favor de tales actos el Nuevo Código. En la ciudad de Puebla estos hechos produjeron la mayor de las confusiones. Y a partir de los mismos, otros similares comenzaron a darse en diversos lugares —Valladolid de Michoacán, México—, y muchos particulares que por diversas razones tenían quejas contra clérigos trataron de llevarles ahora ante los tribunales del Rey. La carta del Obispo y Cabildo de Puebla a Carlos IV, que damos a conocer en estas páginas, es a la vez un testimonio de primera mano de tan interesantes acontecimientos y la mejor prueba documental del sentir de la iglesia indiana en materia tan digna de atención como ésta de la inmunidad. Junto a los escritos regalistas que el siglo XVIII prodiga en defensa de los derechos reales frente a los eclesiásticos, el numeroso conjunto de folios de las autoridades religiosas de Puebla nos va a dar la medida del sentir de los jefes de la Iglesia en Indias —otras cartas similares del Obispo y Cabildo de Michoacán y del Ca-

8. El Obispo y Cabildo de Michoacán al Rey, en «Archivo General de Indias», Indif. Gen., 2889 (fecha de la carta: 11-XII-1799).

9. A. G. I., Indif. Gen., 2889.

bildo de México, se enviaron también al Rey con el mismo motivo y por la misma causa— y de hasta qué medida también ellos podían ser hijos de su tiempo y estar influídos por la mentalidad regalista del momento.

Los primeros sorprendidos por tales hechos hubieran sido, de conocerlos, los propios autores de la reforma de la legislación indiana. Las tres leyes a que nos venimos refiriendo las habían situado ellos en tres títulos distintos del Código, para atender a problemas relacionados íntimamente pero diferentes, y nunca con ánimo de provocar conflictos populares del tipo de los que de hecho se dieron. Nada al menos aparece en las actas de la comisión codificadora —tan prolijas por lo común— que revele otra cosa. Hasta incluso es posible ver entre estas leyes algunas superficiales discrepancias, como cuando la ley 71 atribuye a las jurisdicciones eclesiástica y real lo que la 12 considera ser propio tan sólo de la real.

La carta del Obispo de Puebla contiene múltiples expresiones que no hubieran disonado escritas por la comisión del Nuevo Código. Cuando los eclesiásticos que protestan, los citados Obispos y Cabildos, defienden que la inmunidad del clero es un privilegio que el clero merece y el Rey le concede, dándose lugar con ello a un privilegio irrevocable, no están muy distantes de otras afirmaciones que se deben a muchos maestro de las nuevas corrientes de la época, y particularmente se encuentran en bastantes alegaciones del fiscal Campomanes¹⁰. En España estaba ya desde bastante tiempo atrás planteada la cuestión de las inmunidades del clero: el 21 de noviembre de 1769 se quejaba en el Consejo el Dr. D. José Isidro de Torres, perteneciente al claustro de la Universidad de Valladolid, de que los Decanos de las Facultades de Leyes y Cánones le habían prohibido defender ciertas conclusiones, en las que sentaba, entre otras cosas, que la inmunidad del clero trae su origen de gracia y beneficio de los príncipes. El Consejo ordenó al Claustro que no impidiese la defensa de tales doctrinas¹¹. De idéntico

10. Cfr. ALONSO, J., *Colección de las Alegaciones fiscales del Excelentísimo Sr. Conde de Campomanes*. Publicala, con autorización de la Regencia del Reino, Don —————, Madrid, 1841-3.

11. Cfr. las *Alegaciones fiscales*, de CAMPOMANES, t. II, pág. 176.

sentir es —en un informe de la misma época— el Colegio de Abogados de Madrid: «La inmunidad en lo verdaderamente espiritual, proviene del derecho divino y canónico porque éstas son las fuentes donde se formaron las leyes y reglamentos de las materias sagradas; así, por el contrario, en lo temporal sólo dimanó la exención de aquella autoridad a quien cometi6 el Altísimo la formación de las leyes profanas»¹².

Que esta mentalidad, sin ánimo polémico, aparezca reflejada en las leyes del Nuevo Código es, pues, del todo lógico. Más interesante nos va a resultar encontrarlas en la reacción de las autoridades eclesiásticas indianas: la protesta de éstas ante la reforma carolina no radicar4, por tanto, en una concepción del origen de la inmunidad muy diferente de la del legislador, sino en otras distintas razones que el Obispo de Puebla expone, y en lo que se consideraba peligrosa situación de vivir a merced de los jueces reales que podían, como ya habían comenzado a hacerlo, tomar pie de las nuevas facultades que se les atribuían para terminar desconociendo el derecho de la Iglesia a juzgar, con los debidos requisitos, a los religiosos y clérigos.

ALBERTO DE LA HERRA

12. *Informe del Colegio de Abogados de Madrid sobre las tesis contra el regalismo de D. Miguel de Ochoa*. Publicado por Alonso en las Alegaciones fiscales de Campomanes. En el Informe se entienden por cosas espirituales la Religión, los Sacramentos, el culto y la verdadera disciplina eclesiástica, aunque no parece que esta enumeración tenga carácter exhaustivo.

APENDICE DOCUMENTAL

CARTA DEL OBISPO Y EL CABILDO DE PUEBLA DE LOS ANGELES AL REY CARLOS IV, SOBRE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE LEYES DE INDIAS REFERENTES A LA INMUNIDAD ECLESIASTICA (18 de noviembre de 1799)

(A. G. I., Indif. Gen., 2889.)

Señor.

Vuestra Yglesia dela Puebla delos Angeles en las Provincias de N. España, y a su nombre, voz, y representación, igualmente que en la del Clero desu Diocesis, el Obispo, y cabildo, llena como siempre del mas profundo respeto acia la Augusta Persona de V. M., sobrecogida como nunca de temores, á su parecer justos y bien fundados, por los mas sagrados intereses de la Religión santa, del estado, y de V. M. y animada al mismo tiempo de aquel tierno y compasibo amor que como buena Madre profesa a todos y a cada vno desus hijos, en especial a los pobres y miserables Yndios, vasallos de V. M. si por vna parte los mas oscuros, por otra los más vtiles al estado, los más reverentes de Vuestra Soberana Autoridad, los mas sumisos a las disposiciones de Vuestro sabio Gobierno; y que si como menores han estado siempre bajo la especial Protección de V. M., como Neofitos hacen el obgeto preferente de sus maternales desvelos, procurando por todos los medios posibles exitar en ellos la Piedad, animar la Fé, y fomentar la Religión; agitada pues de estos piadosos y leales afectos, al paso que animada con la confianza, que naturalmente la inspiran la especial proteccion en que vive bajo el amparo de V. M. y los innumerables repetidos beneficios y gracias, que cada dia recibe de Vuestra liberal, benefica, y verdaderamente paternal mano, se atreve ahora á presentarse ante el augusto Trono de V. M.

No llega, Señor, a re(f^o 1 v.)clamar sus derechos vulnerados ni menos a quejarse contra la opresión, pues viviendo protegida por vn Rey tan piadoso, como justo se lisongea libre de toda violencia, esenta de toda trapelia, y pacifica quieta poseedora desus justos derechos: Llega si se acerca al Trono de V. M. para regarlo con las lagrimas que la sacan la confusión, la verguenza, y el dolor al contemplarse despojada en parte del inmemorial privilegio de la inmunidad personal, en que los Augustos Piadosos Predecesores, y Progenitores de V. M. la habian mantenido y conservado tantos años por repetidas concesiones ya expresas, ya tacitas, consequentes, y resultantes dela aceptación, proteccion, practica, y observancia de los sagrados canones, que la tenian asi establecida: Llega y se queja asu amante Padre la hija predilecta al verse degradada, profanada, y confundida con el vltimo grado del estado, habiendo por

unanime dignación de todos sus soberanos obtenido en el siempre el primero y mas distinguido: Llega avergozada, y presenta los títulos de este su glorioso Privilegio, autorizados con los respetables y sagrados nombres desus Augustos Soberanos; pero cancelados ya por novissimas Leyes, implorando humildemente de la natural Bondad, y notoria clemencia de V. M. la conservación de esta antiquissima Gracia, y la revalidación de estos gloriosos títulos, testimonios autenticos de la religiosa Piedad desus Señores: Llega y solicita como vasallo fiel de V. M. indemnizarse del abuso que desde luego se supone haber hecho de esta gracia; pues de otra manera vn Rey catolico, tan justo, y tan Benefico, nunca pretendiera despojarla de ella: Llega por vltimo, movida del celo de la Religión, cuyo sagrado Deposito le esta cometido por nuestro adorable Redemptor Jesuchristo, y cuyo aumento y propagación en estos nuevos Reynos (fº 2) le há sido tantas vezes encargada así por V. M. como por sus Augustos Predecesores: Llega y derrama su corazon en las mas tiernas reverentes efusiones para calmar de algun modo las crueles inquietudes que en el la causan las funestas resultas que teme, nacidas no tanto de la naturaleza misma de las Leyes que abrogran en parte la inmunidad personal, quanto de la constitución política y moral de estos Pueblos, de lo tierno desu creencia, y de la ingenita malicia del corazon humano.

En efecto, Señor, la humilde representación que tenemos el honor de dirigir a V. M. no bá fundada en otro derecho, que el que la ha dado V. M., y en el que tiene todo vasallo privilegiado para presentar a su Soberano los fundamentos y títulos de su esención, y las causas para que su Justicia y Piedad se digne de conservarlo en ella: No por que senos oculte el origen ya divino, ya natural, ya eclesiastico que muchos y mui graves autores, tanto eclesiasticos como seculares, y entre estos algunos Zelosos Ministros de V. M. han dado a la inmunidad personal del clero, aunque algunos solo la deriban de la Potestad Civil y Política: sus doctrinas y racionios, esforzados hasta lo sumo, tal vez por las consecuencias diversas y opuestas, pero necesarias y que forzosamente resultan de qualquiera delos extremos, están estampadas en los Libros que andan en las manos de todos, Theologos, y Juristas dirigen en las escuelas los estudios de la juventud, y gobiernan los juicios en los Tribunales; pero suponiendo como cosa cierta, que todo lo habran examinado atentamente y meditado con la más madura refiexion los sabios, prudentes, y expertos Ministros de V. M. para formar, y digerir las leyes doce del titulo nueve, trece del titulo doce, y setenta y vna, titulo quinze del Libro primero del Novissimo Codigo, en que hasta agora no nos hemos inpuesto, sino por medio de las copias simples que privada y confidencialmente se nos han ministrado; y hallando en ellas adoptada por estos Ministros, y lo que es mas autorizada por V. M. la Sentencia que da a nuestra inmunidad vn origen puramente ci(fº 2 v.) vil y politico, refundiéndola en la Suprema Potestal civil, y haciendola

nacer de las gracias, esenciones, y privilegios con que los emperadores, y Reyes cristianos como buenos hijos de la Yglesia han querido por vna especie de emulacion religiosa honrrarla á qual mas en sus respectivos estados, protegiendo, mandando y estrechando en ellos la observancia y debido cumplimiento de los canones que la asientan y establecen, y que en cierto modo abrazan, como los que formó la santa y respetabilísima asamblea de Trento, la Opinión que la funda y deduce de la Ordinacion divina; seria vna loca temeridad, y aun diremos mas, vn sacrilegio en lo civil, el pretender ahora esforzar aqui aquellos racionios y doctrinas, que vuestro sabio consejo tiene calificadas de subversivas de la suprema Real Potestad, y que algunos creen nacidas en aquellos infelizes siglos de la Yglesia, que se llaman de ignorancia; y mas que por experiencia propia podemos testificar, que buscando en los Libros el origen de nuestra inmunidad personal, despues de haber consumido mucho tiempo y trabajo, fatigando no poco el ingenio, ha sido preciso suspender el juicio por el temor inseparable de toda Opinion, a causa de la variedad, y aun contrariedad de las muchas que se advierten sobre este punto, sacando por vnico fruto de nuestras tareas el triste desengaño de no poder encontrar en todo el derecho divino texto expreso, ni precepto alguno positivo y formal, qual en lo humano y segun las reglas comunes, debe ser todo privilegio, pues, siendo este de la naturaleza de las esenciones odicasas y nocivas al derecho común debe constar por expresion formal y positiva.

Esta confesion, Señor, tan ingenua, (fº 3) como humilde, si por vna parte acredita nuestro modo de pensar libre de toda preocupacion, por otra nos inspira confianza, sirviendonos de garante para que se nos crea, y no se gradue de arrogancia, agena dela moderacion de nuestro estado, y mui opuesta a la circunspección y respeto con que debemos, y siempre hemos hablado a nuestros Soberanos, el asegurar, como aseguramos con toda firmeza, exponiendo al examen y censura de los muchos sabios, que como otras tantas luzes rodean y decoran el Trono de V. M. las doctrinas, y proposiciones siguientes, en que convienen y estan acordes vnanimemente todos los autores catholicos, discordes por otra parte, diversos, y aun contrarios en asignar el origen de la inmunidad personal, y que no referiremos aqui, sino con el fin de desembolver toda la luz, en que estan concebidos los Reales Decretos, titulos autenticos de nuestro Privilegio.

Primera: Que si la inmunidad personal no es de establecimiento o precepto divino, formal, positivo y expreso, qual debe ser todo privilegio, segun lo hemos asentado; es al menos mui conforme, consiguiente y consentanea, no solo a las expresiones con que en el Viejo Testamento se reservó para si el Señor a los Levitas, separandolos de los demas hijos de Isrrael, testificando que eran especialmente suyos, consagrados asu Culto, ofrecidos, y donados asu Magestad por aquel su Pueblo; sino tambien a la divina institucion de nuestra Religion, de nuestro Sacerdocio, de nuestro Ministerio, y a la Magestad, sublimidad, digni-

dad, y excelencia del culto establecido por el Divino autor de la ley de Gracia, por que ahora, Señor, es mas noble e ilustre el Orden de los Levitas, maior la dignidad de los Presbyteros, y mas sagrada la vncion de los Sacerdotes.

Segunda: Que si absoluta, y rigurosamente hablando, no es la inmunidad personal de aquel derecho natural primero, o del primer orden y grado, ni aun del segundo, por que no se deduce de sus primeros principios, o preceptos por consecuencias forzosas inmediatas y necesarias es al menos del tercero que dimana de ellos por consecuencias mas distantes, no absolutamente necesarias, ni del todo evidentes, y que por tanto necesi(f^o 3 v.)ta aun de las constituciones de los hombres, como el derecho de Gentes, en parte natural y en parte positivo, o humano. De este genero es la inmunidad personal de los eclesiasticos; por que en buena fe, supuesto el precepto natural del culto divino, y añadidas las verdades catholicas relativas a el que establecio nuestro adorable Redemptor, a la potestad, superioridad, y autoridad, que comunico a sus Ministros, y a los oficios que como a tales les son privativos, quales son los Juezes, Padres, Pastores, Maestros, y Mediadores entre Dios y los hombres, parece que es mui consiguiente y conforme a aquel rayo de luz, que participado de la Divinidad ilustra como señal e impresion natural a todos los racionales, el establecimiento de la singular honrra, distincion y privilegio del fuero de los mismos Ministros, maiormente en lo que con tanta inmediacion toca a sus sagradas personas, como son sus causas criminales.

Los clerigos, Señor, son la suerte peculiar, parte o herencia de nuestro Dios: son no solo sus Domesticos y Familiares, sus hijos predilectos y escogidos, sus siervos distinguidos, y donados a Su Magestad por los Pueblos, por los Gefes, o cabezas de ellos, sino también sus consortes, compañeros, y cooperadores en el divinissimo Ministerio de la salvación de las almas, sus embaxadores, las pupilas de sus ojos, sus vngidos, a los que no quiere que se toque, y por vltimo son su *Sanctum Sanctorum*, segun la expresión del Levitico. Asentado este cumulo de verdades irrefragables, parece que es tan natural la inmunidad personal del clero, como lo son las esenciones y privilegios, de que por derecho de Gentes gozan las posesiones, los hijos, los domesticos, y los familiares de los Soberanos, sus embaxadores, sus Privados, y demas Ministros. Sobre estas firmes basas y cimientos solidissimos, que en ningún tiempo podrán ser arruinados, ni (f^o 4.) por la razon, ni por la cabilosidad, se funda principalmente, estriba y se sostiene el privilegio de la inmunidad personal y del fuero, que tanto el derecho canonico, como el Civil y Real han concedido a los eclesiasticos, separandolos aun en sus causas criminales de la Jurisdiccion Secular, y reservando el conocimiento de estas a sus respectivos Superiores eclesiasticos, a quienes estan inmediatamente sujetos.

Por lo que hace al derecho canonico es tan notorio y manifiesto a

Documentos

todos, que basta haberlo proferido, y no tenemos por necesario producir las innumerables disposiciones que se hallan insertas, no solo en las colecciones de que comunmente vsamos en las Escuelas, y en los Tribunales, sino tambien en otras mas antiguas, y en las posteriores de las Bulas de los Sumos Pontifices, y de los Concilios, asi particulares, como vniversales, de que podia formarse vn catalogo mui difuso, sin incluir aquellos documentos, cuja fe han hecho dudosa los criticos. o han demostrado no merecer alguna. No, Señor, no lo tenemos por necesario hablando con V. M. y a presencia de sus sabios Ministros, de quienes sin lisonja, podemos decir que sus Pechos son codigos animados de todas las leyes, y Archivos fieles de los derechos y antigüedades de la Yglesia; pero para apoyo dela causa que promovemos, seanos licito copiar aqui las palabras del santo Concilio de Trento, por que ellas tienen la vncion, espiritu, y vigor de que carecen las débiles nuestras, y por que son palabras de la mas amada y respetada Madre de V. M. la Yglesia. Abla pues asi.

«Deseando el Santo Concilio que no solo se restablezca la disciplina eclesiastica en el Pueblo christiano, sino que tambien se conserve perpetuamente salva y segura de todo impedimento, ademas de lo que ha establecido respeto delas Personas Eclesiasticas, ha creido tambien deber amonestar a los Principes seculares de su obligación, confiando que estos como catolicos, y que Dios ha querido sean los Protectores (f.º 4 v.) de su Santa Fé, e Yglesia, no solo convendran en que se restituyan sus derechos a esta, sino que tambien reduzcan á todos sus vasallos al devido respeto, que deben profesar al clero, Parrocos, y Superior Gerarquia de la Yglesia, no permitiendo que sus ministros, o Magistrados inferiores violen bajo ningún motivo de codicia, o por inconsideracion la inmunidad de la Yglesia, ni las Personas Eclesiasticas, establecida por disposición divina, y por los Sagrados Canones, sino que asi aquellos como sus Principes presten la devida observancia a las sagradas constituciones delos sumos Pontifices y concilios. Decreta en consecuencia, y manda que todos deben observar exactamente los sagrados Canones, y todos los concilios Generales, asi como las demas constituciones Apostolicas hechas a favor de las Personas, y Libertad Eclesiastica, y contra sus infractores; las mismas que tambien renueva en todo por el preente Decreto. Por tanto amonesta al Emperador, a los Reyes, Republicas, Principes, y a todos y cada vno de qualquier estado y dignidad que sean, que a proporcion que mas ampliamente gozen de bienes temporales y de autoridad sobre otros, con tanta maior religiosidad veneren quanto es de derecho Eclesiastico, como que es peculiar del mismo Dios, y esta bajo su patrocinio, sin que permitan que le perjudiquen ningunos Barones, Potentados, Gobernadores, ni otros Señores Temporales, o Magistrados, y principalmente sus mismos Ministros; antes por el contrario procedan severamente contra los que impiden su libertad, inmunidad y jurisdicción, sirviendoles ellos mismos de exem-

»plo para que tributen veneración, Religión, y amparo a las Yglesias, »(f^o 5) imitando en esto a los mexores y mas religiosos Principes, sus »Predecesores, quienes no solo aumentaron con preferencia los Bienes de »la Yglesia con su autoridad, y Liberalidad, sino que los vindicaron de »las injurias de otros. Por tanto cuide cada vno en este punto con es- »mero del cumplimiento de su obligación, para que con esto se pueda »celebrar devotamente el culto divino, y permanecer, los Prelados y »demas clerigos en sus residencias y Ministerios con fruto y edificación »del Pueblo.»

Pasemos ahora al Derecho civil y Real; y por lo que a el toca podemos, Señor, asegurar a V. M. que todas las soberanas civiles Potestades del Mundo Catolico han establecido la inmunidad personal de los eclesiasticos, con maior, o menor extensión, y con algunas variaciones, que han sido efecto de la mas o menos instrucción, ó ilustracion en las maximas, principios, e ideas de nuestra Religión, del maior o menor amor, reverencia y reconocimiento a la Yglesia, del afecto o desafecto al estado eclesiastico, de las varias disposiciones y modos de pensar de los Ministros de los soberanos, y de otras diversas causas y ocurrencias, de que no nos hacemos cargo por evitar maior proligidad, y por que lo consideramos inutil para nuestro intento; por cuio motivo omitimos tambien encargarnos de las leyes estrangeras; lo que no puede decirse absolutamente del derecho civil o Romano, ya por que el se hizo comun a casi todas las Naciones de europa, ya por que aunque algunas de nuestras leyes prohibieron su vso y alegacion; pero otras posteriores permitieron su estudio; y es demasiado notoria la costumbre de alegarlas en todos nuestros Escritos, y en todos nuestros Tribunales, no por que tengan fuerza de ley, sino por la de la Justicia, razon o equidad natural que contienen; por eso omitiendo todas las (f^o 5 v.) demas solo recordaremos la constitucion del emperador Federico segundo, aceptada formalmente por el sumo Pontifice Honorio Tercero, y revocatoria delas constituciones anteriores, por las quales sus Predecesores habian establecido con restriccion, y limitacion nuestra inmunidad: la que restituo, y restablecio enteramente, y en todo genero de causas civiles, y criminales sin distincion, ni excepcion alguna.

Pero lo que da toda la fuerza y vigor al Privilegio de la inmunidad personal de que hasta aqui hemos gozado los eclesiasticos, es nuestro derecho Real nacional o patrio, cuio cuerpo se forma de los Decretos, Providencias, Cédulas, Pragmaticas y Leyes, que han dimanado en todos tiempos de ese soberano Solio, que tan gloriosa y dignamente ocupa V. M. Basta, Señor, indicar las claras terminantes disposiciones de las leyes de Partida, y de las Recopiladas para los Reynos de Castilla, é Yndias, la costumbre tan vniversal, como notoria, y la práctica comun, inviolablemente observada por los Tribunales Reales, superiores, e inferiores de ambos Dominios, y la vniforme doctrina de nuestros autores, que producimos como otros tantos testigos de la jurisprudencia del Reyno en este punto; de su consentimiento, o aceptacion del privile-

gio de que tratamos en los mismos terminos en que lo ha establecido el derecho canonico, a cuias decisiones han escrito que se debe estar en materia de inmunidad, aun quando los casos ocurrentes sean dudosos.

Sobre cuió particular no podemos desentendernos del exemplo, que entre otros muchos dio el Religioso Padre de V. M. quando se controvirtio ¿Si los eclesiasticos del (f^o 6) Reyno de Valencia, debian ser obligados á franquear y aprontar sus cavallerias y carruajes, para la conduccion de Granos a Madrid en tiempo de calamidad, y necesidad publica? Punto verdaderamente dudoso, y en el que la Balanza del juicio inclinaba a favor de la parte afirmativa, no solo por los fundamentos con que graves autores lo defienden asi, sino por los particulares fueros de aquel Reyno, y por el dictamen que fundado en ellos expuso entonces Vuestro Consejo de Hacienda. Sin embargo de todo la Piedad del Rey resolvió que no se les obligase a la tal conduccion, por la regla de que en tales dudas se debe seguir lo mas seguro. Encargandose de estos hechos, y de haber sido tambien favorable a la inmunidad el dictamen de Vuestro Fiscal del mismo consejo, dixo vn docto, y zeloso Ministro de V. M. que por ellos solos sin necesidad de otra Apologia, se descubra al Mundo el modo de pensar de los Fiscales del Rey (debio añadir, y el de su Magestad) en los puntos de inmunidad aunque dudosos. Pues ¿si esto procede así en lo respectivo a la inmunidad real, o de los Bienes de los eclesiasticos (igualmente que en lo tocante a la local) con quanta maior razon debe decirse lo mismo de la de sus Personas?

No solo en los felices tiempos del Augusto Padre de V. M., sino tambien en todos los siglos y Reynados anteriores se han multiplicado estos exemplos, y han procedido del Trono de V. M. en todos ellos resoluciones, Providencias y Reglamentos para conservar, favorecer, proteger y amparar la inmunidad personal de los eclesiasticos hasta en los mismos casos que comprehenden las leyes del nuevoCodigo. Considere en horabuena la opinion que la atribuye vn origen divino, como parto de la ignorancia de algunos siglos infelices. No es nuestro animo sostenerla, ni justificarla: pero a mas de que ella no ha sido adoptada por las leyes, pues la suponen estas vn origen puramente humano; la (f^o 6 v.) ignorancia no ha cundido tan generalmente a todos los ingenios, que en todas edades no haya habido en la Nacion, especialmente entre los que asisten al Trono de V. M. algunos de primer orden, que se han adelantado a su siglo, elevandose sobre sus luzes, como lo acreditan la legislación de españa, la mas justa y sabia de todas las de Europa, y la Historia literaria de esta Nacion, fecunda en ingenios: Ni todos los siglos han estado embueルトos en esas tinieblas: el decimo sexto es, y será en toda las generaciones venideras la gloria, y el honor de la Literatura Española; y es de notar que en el precisamente se celebrou en la Yglesia el famosissimo Concilio de Trento, corona de los anteriores,

y en que se renovó y revalidó quanto estos tenían establecido a favor de las inmunidades, y fuero privilegiado de los eclesiasticos, sin que las luces de este Siglo, ni los muchos sabios que entonces tenia la Nación en el mismo concilio y fuera de el, pretendieran embarazar la continuacion y curso de estos privilegios, declarandose al contrario los catolicos Reyes de España, Defensores y Protectores especialissimos de los Sagrados Canones, y constituciones de este Santo concilio

Pues si en todos los siglos cultos y no cultos ha sido general la proteccion y amparo por la legislacion Española de los Eclesiasticos en sus fueros, e inmunidad, es señal cierta de que en todos ha habido vn principio comun que influia en ello; y este no puede ser otro que el amor a la Religion, y la veneracion del sagrado Ministerio, y de los Sacerdotes; y no la opinion del origen Divino que se atribuye a la inmunidad Eclesiastica. Por que, Señor, en los siglos ante(f^o 7.)riores vna Religion combatia contra otra: queremos decir, las sectas de los Hereges, contra la verdadera Religion; y asi quedaban ilesos aquellos puntos, o derechos que son comunes a esta con aquellas, como es el honor y reverencia de sus respectivos sacerdotes; pero en este siglo de infelices luzes, la impiedad combate todas las Religiones aun mismo tiempo, y asi intenta demoler las Aras, y abolir enteramente el culto, minando sordamente en el respeto debido a los Eclesiasticos, bien persuadida de que, del desprecio de los Ministros al de la Religion, no hay mas que vn paso, y este muy facil a la humana miseria. No permita Dios, Señor, tengamos el atrevimiento de comprometer a V. M., ni de atribuir a sus Religiosissimos Ministros semejantes impios sacrilegos proyectos; pero, Señor, estas ideas, destructivas de la inmunidad eclesiastica, cunden; y Dios sabe las intenciones de los que las fomentaron en su origen: Lo que omitiremos hacer presente a V. M. es, que la infeliz nacion que las abrigó con calor en su infancia, se ve hoy hecha pasto vil de la impiedad y del fanatismo, pudiendo ella sola acreditar con su triste exemplo delante del Mundo entero: Que la Religion es el mas firme apoyo de los Ymperios, y la impiedad la destructora de los Cetros.

El celo que hace el caracter de nuestro Estado, y con que nos desahogamos libremente a presencia de vn Rey, que se precia, y justamente de Religioso, nos ha hecho detener en esta digresion, que asi podemos llamarla, pues hasta ahora nuestro intento solo ha sido presentar el derecho, a cuyo título los Eclesiasticos, vasallos de V. M. hemos gozado de nuestro fuero, Privilegios, e inmunidades, haciendo ver los varios Decretos, y sanciones que en todos tiempos han dimanado de Vuestra Soberana Real Potestad, a favor de ellas, no con atencion al origen divino que se las atribuye, sino con el obge(f^o 7 v.)to de honrrar la Religion en sus Ministros. La Ley de Partida lo comprehende todo aun mismo tiempo. Permitanos V. M. copiar aqui sus palabras, pues ellas solas ensierran los mas vigorosos títulos de la inmunidad Eclesiastica, y las causas finales o impulsivas de su concesion. «Franquezas muchas han, dice,

»los clerigos mas que otros homes, tambien en las Personas, como en
 »sus cosas. E esto les dieron los Emperadores, e los Reyes, e los otros
 »Señores de las tierras por honrra e por reverencia de santa Iglesia,
 »E es gran derecho que las hayan cá tambien los Gentiles, como los
 »Judios, como las otras Gentes de cualquier creencia que fuesen, honrra-
 »ban a sus clerigos e les facian muchas mexorias, e non tan solamen-
 »et a los suos mas a los estraños que eran de otras Gentes: : : e pues
 »que los Gentiles que non tenian creencia derecha, ni conoscián a
 »Dios cumplidamente, los honrraban tanto, mucho mas lo deben facer
 »los Cristianos, que han verdadera creencia e cierta salvación: E por
 »ende franquearon a sus clerigos e los honrraron mucho, lo vno por
 »la honrra de la fe, e lo al, por que mas sin embargo pudiesen ser-
 »vir a Dios, e facer su oficio, e que non se trabajasen, si non de aquello.

Al presentar a V. M. el derecho con que hasta aqui hemos gozado los eclesiasticos de nuestras inmunidades, nos ha parecido conveniente reservar para lo vltimo esta ley, por que ella sola es vn compendio o epilogo de quantas doctrinas llevamos establecidas, no como opinables o probables, sino como ciertas, evidentes, constantes, y comunes entre todos los autores catolicos, y por (f.º 8.) que, concebida en terminos que demuestran con claridad la hermosa luz, que brillaba entonces en este supremo Trono de V. M. (Luz que no puede ser ofuscada por las superiores de nuestro Siglo) hace ver la Jurisprudencia exquisita, y mucho menos comun en aquellos tiempos, que en estos, de que se hallaban adornados los sabios Ministros que la dirigieron y formaron; debiendo aun en el día ser ella entre muchas el recreo de Vuestros Sabios y doctísimos Consejos. Permitanos V. M. fixar vn poco la atención en las solidas y luminosas reflexiones que brotan de sus palabras.

Lo primero que asienta esta sabia ley es que los privilegios y esenciones de los eclesiasticos, no dimanán de otro principio que de la Suprema Real Potestad, por que no dice que hayan bajado del cielo al lado de sus Dogmas, sino que se las dieron *los emperadores e los Reyes, e los otros señores de las tierras por honrra, e por reverencia de santa Iglesia*. Lo segundo que aunque reconoce estas franquezas como graciosas, no por eso deja de confesar que son justas: *E es gran derecho que las hayan*. Lo tercero que funda su Justicia en la conformidad con el derecho de Gentes, pues todas de cualquier creencia que fuesen, *honrraban a sus clerigos, e les facian muchas mexorias*. Lo quarto que las deduce de la costumbre de los Judios, entre quienes por derecho divino, formal, positivo, y expreso se separaban los Levitas de la Jurisdicción delas otras Tribus, y se reservaban solo a la de Aron: *como los Judios*. Vltimamente atiende al sagrado Ministerio de los sacerdotes, sus cargos, y oficios: *por que mas sin embargo pudieran servir a Dios, e facer su oficio*; que es el medio por donde se deduce como diximos, del derecho natural, que ordena el culto.

Nos parece, Señor que esta ley no pudiera vaciarse aun en el día er

terminos mas (fo 8 v.) precisos, y que mejor expresaran las Regalias de V. M. ni que mas succintamente compendiaran los titulos Justissimos del Privilegio de nuestra inmunidad. Mas hay! que en vano nos detenemos en su apologia, pues asi ella como todas las anteriores, y posteriores, se hayan derogadas por las novissimas de VuestroCodigo. Los titulos poderosos a que atendieron para la concesion del privilegio de la inmunidad, se han reputado ahora por insuficientes: Vn solo golpe de Vuestra mano poderosa, nos ha despojado de esta preciosa Gracia, y ha arruinado para de vna vez el edificio, el Asylo, que asi podemos llamar de nuestras Personas, y con ellas de nuestro Ministerio; edificio levantado en muchos años por manos sabias, y que debe respetar la literatura moderna; por manos celosas de la Suprema Potestad civil, y que pueden emular vuestros fieles Ministros; por manos poderosas y augustas, que han empuñado Vuestro Real cetro, y que V. M. mismo reverenciara, respetara, y aun besara si estuvieran vivas. ¿Que, Señor, se ha creído acaso que arrastrados los eclesiasticos a los Tribunales Seculares, y perdida su inmunidad puede subsistir el respeto que se debe a sus sagradas Personas? De ninguna manera, pues quando esto absolutamente pudiera ser asi, es moralmente imposible en las circunstancias presentes; por que no es lo mismo carcer de vna gracia que perderla: El que carece de ella, no por eso se reputa indigno; pero el que la pierde, por el mismo despojo, que no puede ser sin culpa, queda reputado por indigno, y expuesto al desprecio: Se burlaran de los Eclesiasticos, los silvaran, moveran la cabeza, y todos diran den(fo 9.)tro de si mismos ¿como se halla tan desolada, triste, abandonada, y confundida la Porción del Señor, que antes estaba tan rica, gozosa y vana con las Gracias del Soberano? ¡Que tristeza para los buenos Ministros del Altissimo! ¡Que confusión, que desesperación para los malos! por que no queremos justificarlos a todos. Somos hombres, hijos de Adan, y tenemos pasiones; pero lo que es mas ; que alegría y regocijo para los enemigos de la Religión, que no contentos con abandonarla vilmente, se burlan y mofan de sus Misterios, de sus mas sagradas ceremonias, y de sus Ministros!

La inmunidad, si es vn mal, en las circunstancias presentes, es vn mal de aquellos que la Política reputa necesarios, y el Gobierno permite, observandolos, celandolos, y ciñendolos siempre a los terminos mas precisos: vn cumulo de circunstancias gravissimas se ha vnido en el discurso de tantos tiempos a este privilegio; y no se puede abolir sin desentenderse de todas ellas. Que se observe en horabuena la conducta delos Eclesiasticos; que se cele y cuide de que los Prelados no degen sin castigo a los delinquentes; que se tomen las mas exquisitas precauciones para dar al clero Obispos, que sean sucesores delos Apostoles, no solo en la Dignidad y Jurisdiccion, sino tambien en el amor y zelo de la salvacion de las almas, doctos, sobrios, justos, santos, irreprehens'bles, ta'es quales los pide la misma Yglesia, y quales V. M. há tenido el cuidado de escogerlos; pero que se veneren sus Personas, que se respeten sus causas

aun criminales, y que no sean arrastrados a Tribunal Secular, por que esto cede en desprecio de todo el estado eclesiastico.

Tambien puede ser que su inmunidad se haya creido contraria al buen orden, en que tanto se interesa el bien publico, o que embaraza y obstruye el exercicio de la Justicia Criminal; pero tan lejos esta de ser asi, que antes por el contrario ella (f^o 9 v.) mantiene el primero, y facilita el segundo; y tal vez este habra sido el bien politico que las leyes han pretendido sacar de la concesion de estas gracias y privilegios, por que bien sabida, y comun es la maxima de dividir para reynar: divide ut imperes, a mas de la armonia, que a favor del buen orden resulta en vn estado Monarquico de la diversidad de cuerpos separados, divididos entre si, y vnidos solamente en su cabeza, Gefe, o Monarca, de quien reciben todo el vigor, actividad y fuerza: Se facilita el curso y expediente de los muchos, varios, y gravissimos negocios, que cargando todos en un solo cuerpo, abrumarian su atención, y entorpecerian el gyro veloz y pronto que deben llevar las causas, especialmente las criminales, por lo mucho que interesa el Publico en su breve expedición y conclusion. La Jurisdiccion en el cuerpo Politico, es como el jugo nutritivo en el natural, que dimanando de vn solo principio, mientras mas se multiplican los canales por donde corre, mas se facilita su curso, y con mas prontitud participan de su beneficio todos los Miembros.

Por lo que hace al buen orden, este exige y clama que cada vno sea juzgado por aquellos Superiores a quienes por su destino esta inmediatamente sugeto y subordinado; los que no sean desiguales en el oficio, ni desemejantes en el derecho; esto es que los sacerdotes, sean juzgados por sacerdotes, como los Senadores por Senadores, y los Militares por Militares, y que ninguno sea juzgado por los que le sean opuestos; pero la experiencia antigua y moderna, aun quando no lo testificasen los canones, manifiesta con (f^o 10.) evidencia la aversión delos Seculares respeto delos Eclesiasticos, especialmente en lo que toca a sus inmunidades: por cuia consideración se prohibio hasta el admitirlos en juicio, ni como testigos, ni como acusadores en las causas criminales de los clerigos.

A mas que las costumbres publicas interesan mucho en que quanto sea posible, se oculten al Pueblo los delitos delos Eclesiasticos, no solo por evitar los contagiosos, y perniciosos efectos de su mal exemplo, y el escandalo, y perversion de los seculares; por cuio motivo el gran Constantino decia que cubriria con su Manto a un Sacerdote, si lo viera caer en vn pecado; sino tambien por que no se pierda el respeto, veneracion, y reverencia con que los Seculares deben mirar al estado, ni la confianza que deben tener en las funciones de su oficio; y por que no se embilezca, profane, y desprecie el mas santo y alto Ministerio que hay en la tierra, como por lo comun se experimenta en las Personas poco ilustradas, que, confundiendo lo personal del individuo con su profesion y estado, por no distinguir, ni separar la santidad y excelencia del vno, de la miseria, y fragilidad del otro, hacen recaer, y que redunde sobre

el estado el odio, y el desprecio que merecen las culpas de sus individuos. Los eclesiasticos delinquentes son los primeros en profanar, envilecer, y vitrajar su caracter y Dignidad; pero, supuesto este mal, en cierto modo necesario, e inevitable por la corrupcion de nuestra naturaleza, el buen orden pide que se procure evitar su aumento, su propagacion, y la maior extension, publicacion, y difamacion de sus delitos, precaviendo asi el daño, no solo de que contaminen a los Pueblos, sino también de que con perjuicio de ellos se hagan resaltar contra el estado con menos precio de la Religion, del culto y de sus misterios; que es puntualmente vno de los fines con que se han eximido de los Tribunales publicos seculares (fº 10 v.)res las causas criminales de los clerigos.

Por lo que toca a la recta, bien ordenada, decente, y decorosa administracion de la justicia criminal, a lo ya insinuado se puede agregar, que esta esençion, no deja sin jueces a los eclesiasticos delinquentes, ni sin castigo a sus delitos. La inmunidad no es, ni puede llamarse impunidad: ella sujeta los eclesiasticos a los Juezes de la Yglesia, y a las penas que esta Santa, Sabia, y Piadosa Madre tiene establecidas para castigo de sus crímenes con proporcion a su cantidad: y aunque algunas sean en si menores que las ordinarias impuestas por las leyes a los seculares en los mismos delitos; pero esto en vez de ser defecto, y desarreglo del Gobierno politico y externo, es lo que mas hace su perfeccion, lo que constituye la hermosura de su Gerarquia, y la armoniosa arreglada colocacion, y distincion de sus diversas partes; por que en la aplicacion de las penas, que es obra de la Justicia distributiva, no sólo se atiende a lo que son en si mismos los delitos, sino a otras varias circunstancias extrinsecas, quales son, prescindiendo de otras muchas, la calidad distinguida de los delinquentes por su nacimiento, o por su dignidad; la clase, o rango que ocupan en el estado; sus servicios, y otros miramientos y respetos, que no se pueden calificar de injustos; que vemos atendidos para minorar las penas por la legislacion criminal secular; y que todos, sin disputa, se reunen a favor de los eclesiasticos.

No se puede medir con vna misma regla todas las clases, y ordenes del estado, especialmente Monarchico; el qual no puede subsistir sin los diversos grados que lo consti(fº 11.)tuyen, ni el primer orden, qual es el del Clero en los estados catolicos, puede ser confundido, tratado, y castigado, con la propia pena que el último. Se le indulta de esta en algun modo, se le mitiga y se le conmuta en otra menor; pero mas conforme a su caracter, a su dignidad, y a las exigencias de vnas consideraciones tan justas, piadosas, y religiosas, quales son las ya insinuadas; las que verdaderamente puestas en paralelo con la vindicta y seguridad publica, son de vn orden superior, mas alto, y elevado por su fin, y objeto principal, que es nada menos que el mismo Dios, su religion y su culto.

Los sacerdotes, Señor, son nobles y la nobleza, y esençion de su estado, es superior a la del Lego mas illustre. Es verdad que son hombres, y tan debiles como los demas; pero como Ministros de Dios, y revesti-

dos de su autoridad, son otros tantos Cristos, hijos de Dios vivo, y estan marcados con su caracter divino, que en cierta manera los saca de la clase de hombres, los hace de otra especie diferente, y los eleva a un grado unico en el Mundo, y que casi pertenecen al Cielo: son hombres, pero la virtud del Altissimo reside en ellos, y son en su Ministerio superiores a los Angeles, por la fuerza, y asombrosa virtud, que les comunica su incorporacion con el sacerdocio eterno de Jesuchristo, y por su union con el para conducir la maior obra de Dios, que es la fundacion de su sublime e incorruptible imperio.

Tal vez se hallara informado el Real animo de V. M. de que los Juezes eclesiasticos son omisos en castigar los delinquentes, y que los delitos de estos quedan impunes, sin resarcirse el perjuicio, que causan a otras personas, y sin repararse el escandalo que ocasionan al Publico; pero, Señor, no podemos menos que asegurar a V. M. que procede sobre equivocacion este informe, venga de donde viniere. Como los Prelados, siguiendo el espiritu manso y moderado de la Yglesia, tratan de corregir las costumbres, y castigar los delitos de su clero, antes como (f. 11 v.) Padres que como Juezes, dirigiendose en esto por el conocimiento que tienen de las personas de sus subditos, y valiendose del respeto y amor que estos les profesan, no exercen la jurisdiccion en las formas que previene el derecho sino a mas no poder, y quando para ello se ven estrechados, o por el escandalo que ha padecido el publico, o por el daño que se ha irrogado a algun tercero; y aunque entonces lo hacen con menos estrepito que el que se acostumbra en los Tribunales Seculares, procurando asi evitar, pero sin perjuicio de la justicia la publicacion de los delitos, y la difamacion de sus subditos por que saben por experiencia las resultas y malas consecuencias, que de ello sacan contra el estado eclesiastico los Seculares o por ignorancia, o por malicia.

Si, Señor, con este tiento, y prudencia vsan Vuestros Obispos dela Jurisdiccion que les ha confiado Vuestra Suprema Potestad; y no correspondia otra cosa, ni se debia esperar menos del acierto con que V. M. los nombra, ni de las exquisitas precauciones, previos conocimientos e informes con que vuestro consejo de Camara los consulta, sin atender a otra cosa que a la necesidad de las Yglesias, y a la doctrina, conducta, virtud, y merito de los Sugetos que propone en sus consultas. Esto es lo que ha tenido el maior influxo, en que tanto en esa antigua como en esta nueva España haya habido en todos tiempos Obispos que han sido el decoro de las Yglesias, y el honor del Estado, y la piedra mas preciosa del Real Cetro de V. M. no menos zelosos de Vuestras Regalias y suprema Potestad, que han sabido sostener contra los insultos, que amantes de la Disciplina eclesiastica, que en sus Providencias, Decretos, (f. 12.) y Pastorales han procurado vigorizar, reanimar, y restituir a su antiguo estado y esplendor. Hablen en esta America, en que solo cuenta tres Siglos la dominacion de España, los quatro concilios Pronvinciales celebrados en Mexico; y aunque el vltimo no ha sido aprobado aun por la Silla Apostolica; pero todos han merecido la aceptacion, agrado y

aprobacion de V. M. estendiendose Vuestros Fiscales en sus respectivas exposiciones en elogio no menos de la fidelidad, que de la doctrina y zelo de los Padres de que se compusieron.

Pero el genio por lo comun aspero y duro de los Seculares, no se persuade a que se han castigado los delitos, mientras no ve a los Reos conducidos entre Bayonetas a vna horrorosa Carcel, y cargados en ella de prisiones. Entonces si, cree que se ha exercitado la Justicia Criminal aunque estos infelices se consuman y pudran en ella, y aunque sus procesos, quando no hay parte que pida, se esten barados años enteros, verificandose despues el correspondiente castigo, si acaso se verifica, quando ya han pasado muchos años, y quando ya el Publico no tiene memoria, ni aun idea siquiera de sus delitos. Esto no pueden ni deben hacer los Prelados, por que el Gobierno economico de las Yglesias necesita de los Eclesiasticos para el Ministerio, y no conviniendo tenerlos inhabilitados mucho tiempo, los corrige y castiga, valiendose de los medios mas prontos, y aunque suaves los mas seguros y eficaces para producir vna correccion sincera y de corazon, haciendolos entrar dentro desi mismos para que reconozcan su deber, custodiados y observados en vn monasterio por los Prelados y demas Religiosos, y esto conduciendolos a el sin arresto formal, y sin estrepito, por vn puro precepto, o simple intimacion, y tal vez en el silencio de la noche, para ocultar con su Manto el castigo, y con el los delitos delos Eclesiasticos. Esto conviene así, Señor, por el bien del Publico, y por (f.º 12 v.) la decencia del mismo Estado Eclesiastico.

Ahora permitanos V. M. examinar sin calor quales son los delitos frecuentes y comunes en los Eclesiasticos, no porque intentemos justificarlos; pero si, rebajar mas de las tres partes de la idea horrorosa con que deben haberlos presentado a V. M. Los eclesiasticos son Gente escogida y probada, antes de ser admitida al Ministerio: Gente, por lo comun de nacimiento, de educacion, de verguenza, de honor, que tiene obligaciones, y que las conoce, y a quien su mismo Ministerio provee lo necesario para su subsistencia y manutencion. De aqui viene el que rara vez se entregan a aquellos vicios groseros e infames, que son tan comunes entre gentes a quienes faltan estos principios: son mui pocos los que se dan al vicio de la embriaguez, y casi ninguno a quien se haya puesto la nota de Ladron. No podemos negar que han cometido algunos homicidios; pero han sido muy raros, y por tanto no deben formar regla, ni llamarse comunes y frecuentes. Los que en ellos se pueden llamar tales son, o puramente eclesiasticos, esto es, que solo contravienen a las leyes de la Yglesia, relativas a su Ministerio y estado, o algunas incontinencias mas o menos circunstanciadas: Pecado gravisimo a la verdad, y sacrilegio horroroso en vn sacerdote, cuja pureza deberia emular la de los mismos Angeles; pero si pudiera (que no puede) decirse que este género de delitos hasta aqui ha quedado impune por los juezes Eclesiasticos, nos atrevemos a asegurar a V. M., que en lo sucesibo lo quedaria y mucho mas, siempre que su conocimiento pertene-

ciese al secular, a no ser que obrase la aversion al Estado, en cuio caso es de temer (fv 13.) que se exedan los limites de la Justicia, por que, Señor, entretenidos los Juezes Seculares en custodiar la seguridad publica, y conocer de aquellos delitos que le perturban, reputan por de poca monta las incontinencias, y asi experimentamos, que siendo estas mucho mas comunes en los Seculares, que en los Eclesiasticos, no las remedian en ellos, ni las castigan sino a muchas instancias, y persuasiones de los Parrccos, en cuias Feligresias se cometen estos desordenes.

Mas demos que algunos Prelados Eclesiasticos sean omisos; por que decir que todos es un arrojio y temeridad notoria: afirmar que los mas es falsedad, que puede convencerse facilmente; y asi demos que algunos, no ya por vn mero afecto compasivo, como era regular pensar, ni por nimio amor a su clero; sino por inaplicacion, y por desidia sean omisos en castigar los delinquentes ¿y sera esto suficiente para despojar a todo el Estado Eclesiastico de vn privilegio tan antiguo, tan justo, tan conforme a la grandeza, decencia, y dignidad de su sagrado Ministerio? ¿Quando, Señor, vn abuso particular, ha sido razon bastante para derogar vn privilegio comun? ¿Acaso por que en vno, y otro cuerpo este, o haya estado floxa la disciplina Militar, se ha tenido nunca por conveniente despojar a todo el exercito del fuero, que se le concedio para honrrar la profesion de las armas, consagrada a la quietud, felicidad, y defensa del estado? Pues acuerdese V. M. que las victorias delos isrraelitas mas que a las armas de Josue, se debieron a las manos de Moyses levantadas al cielo. ¿Acaso por que algunos nobles, desmintiendo su origen, abusan de la distincion que tienen en el estado, y de las esenciones que V. M. les concede, se ha creido justo despojar a la Nobleza de estos privilegios otorgados en premio y recompensa de los buenos servicios desus antepasados? Pues de la misma manera, manteniendo V. M. a la Yglesia sus privilegios, fueros, e inmunidades, no habra hecho otra cosa, como buen Rey Catolico, que exonerarse de algun modo de las muchas (fv 13 v.) obligaciones que tiene a esta oficiosissima Madre; cuios multiplicados Beneficios omitimos recordar a V. M. por que sabemos bien que todos estan gravados, y vivos en vuestro Real animo para el reconocimiento. Y ¿que, Señor, quando todos los cuerpos del estado gozan quieta y pacificamente de sus privilegios, fueros, y esenciones, solo la Yglesia ha de perder las suias ¿Pues con que se recompensan sus servicios? Que ¿en el Generoso y clemente Corazon de V. M. se ha de hacer mas lugar el castigo de los delitos, que el premio y la recompensa de las buenas acciones? permitanos V. M. este inocente y santo desahogo del sacerdocio.

Pero apuremos mas la dificultad, y poniendonos de parte de los que suponemos han informado a V. M. contra los Prelados eclesiasticos, demos que en las circunstancias presentes, todos sean indolentes, inaplicados, omisos, y que por el contrario los juezes Seculares todos sin excepcion, sean integros, rectos, aplicados, laboriosos, y amantes de la justicia ¿Acaso tenemos seguridad de que en las generaciones venide-

ras, y en los tiempos futuros haya de ser lo mismo en la sucesion de estos y de aquellos? ¿No es más regular pensar, atendiendo a la Santidad del Estado, y a los poderosos motivos que tienen los Eclesiasticos para desempeñar sus deberes, el que estos cumplan mejor que los Séculares con la confianza del Soberano, y con las estrechissimas obligaciones que les impone la misma Yglesia? No pretendemos, Señor, calumniar el Zelo de los Séculares, pues sabemos bien que entre ellos tiene V. M. Ministros celosissimos y juezes integros, que no son capaces de torcer la balanza de la Justicia, por quanto el Mundo tiene demas precioso; pero debemos asegurar a V. M. que el estado eclesiastico por su naturaleza es mas incorruptible, pues la total abstraccion en que debe vivir de los negocios del siglo, lo hace mas apto y expedito para atender a sus obligaciones; fuera de que las leyes deben abrazar todos los tiempos; y de estos antecedentes deducimos, que las que han establecido la inmunidad del estado eclesiastico, son mas seguras, mucho mejores, y mas justas que las que derogan este privilegio, pues estas solo se puede decir que tienen vna bondad pasagera y transitoria, ocasionada de la infelicidad de ciertos tiempos, en que la corrupcion es tan general, que llega hasta el santuario; pero la bondad de las otras, fuera de los justos titulos en que se fundan, es absoluta, y deducida de la naturaleza misma de las cosas.

Pero para que nos detenemos en combatir los motivos, que se pudieron haber tenido presentes por las novissimas leyes para derogar en parte la inmunidad eclesiastica, quando en la naturaleza del privilegio que nos conceden las antiguas, tenemos lo bastante para fundar su irrevocabilidad? Por que ya se considere este como donación graciosa hecha a la Yglesia de parte de la Suprema Real Jurisdiccion; ya se contemple como remuneración justa de los grandes y repetidos Beneficios, que tanto la corona, como el estado han recibido en todos tiempos de la benefica y officiosa mano de esta dignissima Madre, es preciso convenir en que para despojar de el al estado eclesiastico, derogarlo primero, y finalmente abolirlo, es menester desatender todo el derecho, desquiciarlo, digamoslo así, y pasar por el trastorno general desus primeros principios y elementos; por que si el es vna donacion es donacion hecha por V. M.; y las donaciones que los Reyes hacen a favor de la Yglesia, son irrevocables segun la ley recopilada de Castilla; fuera de que debe considerarse como donación entre vivos, autorizada por las leyes anteriores a las del (f.º 14. v.) nuevo Código, y formalizada por la tradicion o entrega que se hizo a la Yglesia de la Jurisdiccion donada, a cuiá consequencia ha vsado de ella sin embarazo en sus Tribunales, y ha formado constituciones para su arreglo, y para su conservacion, para su defensa e indemnidad, como de cosa que hizo suya, y adquirió con tan justos relevantes Titulos ¿Y quien no sabe que todo el derecho se reune, y grita a favor de estas donaciones, que sin disputa da por perpetuas, irrevocables, e inderogables?

Mas si se considera como retribucion, o justa recompensa de los ser-

vicios hechos por la Yglesia al estado, y a vuestra corona, como es preciso considerarlo, aun es maior la fuerza, y mas solido el cimiento en que estriba, y se sostiene su perpetuidad, e irrevocabilidad; por que entonces, Señor, ya sale de las reglas comunes de privilegio; ya debe considerarse como contrato de rigurosa justicia, ya tiene cierta equidad natural, en vna palabra, ya deja de ser privilegio, y pasa a ser derecho el que los eclesiasticos hemos desfrutado gozando de nuestra inmunidad. ¿Y que, Señor, la observancia y cumplimiento de los contratos de rigurosa justicia no obliga a V. M. en conciencia, quando no con la fuerza coactiva, al menos con la directiva? No seria mutua la obligacion, que es en lo que precisamente consiste la esencia de este contrato. Por otra parte, si el es, como ya diximos vn derecho, y no adquirido por vn tercero, sino por todo el cuerpo de la Yglesia, ¿se podrá persuadir a V. M. que, procediendo, como procede en todo con la maior circunspeccion, equidad, y justicia, puede privar a alguno desu derecho? No hay voz o palabra mas digna de la Magestad del que (f. 15) reyna, dixero. Los emperadores Teodosio, y Valentiniano, que confesarse sugeto a las leyes, y lo mismo testificó el Rey Recesvinto en vna ley del Fuero Juzgó: *cá ese mesmo derecho, ó esa misma ley debe tener el Rey en sos Servos, que lo que manda guardar a sos Pueblos.*

De estos principios se ha deducido siempre la irrevocabilidad de las concesiones hechas por la Yglesia a favor de los Principes; y es constante v comun principio entre los autores, que ellas, de ningun modo estan sugetas a derogacion, ni a otras Providencias Pontificias por fuertes que sean ¿Pues por que, Señor, no se han de deducir de los mismos principios las mismas consecuencias a favor de las donaciones o concesiones hechas por Vuestra Magestad a la Yglesia?

Bien claro las deduxo vuestro colegio de Abogados de esa corte en vn dictamen que merecio Vuestra Real aprobacion, y la de Vuestro Consejo de Castilla, e insertó la Real Provisión de seis de septiembre de mil setecientos setenta: Permitanos V. M. copiar aqui sus palabras. «Pero igualmente debe el Colegio en honor de la Justicia y de la Yglesia sentar que en estos privilegios (abla de nuestra inmunidad personal, y real) son de vna esfera mui eminente sobre todos los de otra especie. La naturaleza de los privilegios, y sus condiciones, tienen para su graduación dos reglas ciertas y magistrales, o tres para decirlo todo. »La causa, el sugeto a quien se dispensan, y el concedente. De aqui es »que los concedidos por la Yglesia a los Principes, no están sugetos a »derogaciones, ni a otras Providencias Pontificias por fuertes que sean; »y si inconsulto Principe, se intentasen alterar, los Zelosos Patronos del »Pisco no renunciarían al recurso de la Proteccion. =Procediendo esta »doctrina con sobresaliente motivo en los Reyes de España sobre los »derechos de Patronato, tercias, y otros que gozan en las Yglesias en »retribución de la sangre, de las vidas, y de los intereses, que con sus »vasallos sacrificaron en honor de la Religión: : : ¿Pues que (f. 15 v.) se »dira por el oposito de los Privilegios, que los mismos Principes conce-

»dieron a su dignissima Madre la Yglesia? ¿Hay en la linea de lo criado
»merito comparable con los que en su principio y progreso hizo, y los
»que continua, y continuará hasta su término? No hay Principe, Reyno,
»ni alguno de los mortales que deje de reconocerse sublimemente benefi-
»ciado de la liberalissima mano de esta Piissima, y poderosissima Madre:
»Luego sus esenciones, aunque por vna mui misteriosa Providencia del
»Criador, traigan origen de la Potestad Regia, ya deben considerarse
»como remuneraciones onerosas, e indelebles, y como contratos de rigo-
»rosa justicia, esentos de las comunes reglas de los privilegios. Por eso
»dixo sto. Thomas que esta esencion se fundaba en la equidad natural:
»*naturalem equitatem habet* = Apenas se lee en la Historia triunfo gran-
»de de las Monarquias catolicas, que no se deba en gran parte a la
»poderosa mediacion de la Yglesia con el Rey de los exercitos; y quan-
»do el rigor del cuchillo no ha alcanzado a vencer muchas perniciosas
»turbaciones y reveldias, se han visto allanar con la dulzura de la voz
»evangelica, y con el apremio terrible de la censura = De esta casta son
»los privilegios y esenciones de la Yglesia.»

Pues si de esta Casta, continuamos nosotros, son los privilegios y esenciones de la Yglesia ¿por que se desatiende su naturaleza? Si los Zelosos Ministros de V. M. de ningun modo renunciarian el recurso de la Proteccion, caso que la Silla Apostolica intentase, sin expreso consentimiento de V. M. alterar, o disminuir en parte las innumerables concesiones y Gracias hechas por la Yglesia a Vuestra (f.º 16) Real corona ¿por que los Ministros de la Yglesia, no menos zelosos que los de V. M. hemos de callar, cuando se intenta derogar y abolir vn Privilegio que V. M. nos ha concedido, irrevocable por su naturaleza, y al que hacen venerable y sagrado a mas de su antigüedad, el concedente, el sugeto a quien se concedio, y las causas de su concesion? Nuestro silencio, Señor, en semejantes circunstancias, lejos de ser efecto de nuestra sumision, se debería construir como vna perniciososa indolencia, y como vna falta mui grosera de la obediencia que debemos prestar a las leyes de V. M. quando ellas estan en su vigor y fuerza, como se deben considerar las que establecen y mandan observar y guardar las inmunidades de los eclesiasticos; pues hasta ahora no se han promulgado ni publicado en forma otras contrarias que las revoquen, deroguen, corrijan, o enmienden.

En esta inteligencia nos hemos considerado obligados, no solo por ser privilegio de nuestro estado el que ellas establecen, sino por ser leyes de V. M. a sostenerlas y promover su mas escrupulosa observancia hasta que V. M. plenamente informado determine por vltimo lo que mas sea de su Real agrado. En fuerza de esta obligacion, que desde luego reconocemos, como leales vasallos, temerosos de la confirmacion de las nuevas leyes, y de la revocación de las antiguas, hemos hecho ya presentes a V. M. con todo el rendimiento y sumision que debemos los titulos y causas, que nos parece persuaden la subsistencia de estas, igualmente que la revocación de aquellas; y ahora del mis-

no modo pasamos a instruir Vuestro Real animo, asi de los escandalos, disenciones, movimientos, trastornos, y funestissimas consecuencias que produciria en este Obispado, y en toda la America, la execucion de las novissimas leyes, que derogar el privilegio de nuestra inmunidad, como de los que ya en parte han ocasionado los inmaturos, violentos, y precipitados procedimientos dela sala del Crimen de (fº 16 v.) Vuestra Real Audiencia de Mexico en la causa suscitada contra el Presbytero Parroco de Quimixtlan Dn. Manuel de Arenas: vnico medio por donde en este obispado se han hecho publicas las leyes del nuevoCodigo: de suerte, Señor, que si la Sala no hubiera abusado de ellas (como lo da a entender la declaración de Vuestra Real Audiencia, haciendo restituir el Reo con sus autos a la Jurisdiccion Eclesiastica, que habia ya tomado conocimiento de su delito, y de cuias manos se extrajo) hasta el dia se ignorarian en el; siendo de admirar la moderacion y espiritu de paz y tranquilidad, que conforme a las disposiciones Canonicas y Reales anima a esta Vuestra Yglesia, pues viendo turbada sin las debidas formas la posesion en que pacificamente se hallaban del vso de su jurisdiccion, sufrio con mansedumbre no solo el vltraje y desaire publico, sino tambien la fea nota de indolencia; que en el comun de las Gentes vulgares, y no vulgares de esta ciudad padecio su reputacion, por los principios, y opiniones contrarias al establecimiento de estas nuevas leyes, en que generalmente todas estan educadas, e imbuidas intimamente, antes que tratar de defenderse con las armas espirituales, que le son propias; que V. M. le permite en estos lanzes, y de que en ningunas circunstancias pudiera haber vsado con mas aceptacion y gusto del Publico, que en las presentes; pero se abstuvo de ello, solo por que se decia, que era ley de V. M., aunque no publicada, ni comunicada por Vuestro Consejo, como es de derecho, vso y costumbre: vnicamente basto a contenerla Vuestro Real y augusto nombre; mas (fº 17) despues de esto, no puede menos que acercarse llena de temores al Trono de V. M. suplicandole rendida y humildemente se digne revocar, abolir, y anular estas novissimas leyes que privan al Clero de su inmunidad, no tanto por ser este vn privilegio decoroso y conforme a la decencia del estado Eclesiastico, quanto por que su derogacion traheria funestissimas consecuencias a la Religion, al Estado, al Systema de legislacion que se ha establecido, y tal vez a Vuestra Real Corona: obgetos todos que nos son mas amados que la misma vida, pues no dudariamos sacrificar esta a tan sagrados intereses.

Tal vez pareciera que hemos llegado, tarde al primario y principal obgeto de nuestra intencion; pero a mas de que nos ha parecido oportuno delinear, y presentar primero, en quanto alcanza nuestra cortedad vna idea justa, legal, y canonica del privilegio que se nos ha concedido, del que hemos gozado hasta ahora, y del qual nos vemos privados por las insinuadas leyes, y despojados por la Sala del Crimen en las Personas de algunos individuos de nuestro estado; nos ha detenido y embarazado no poco el espiritu, que como a leales, amantes y reco-

nocidos vasallos, nos anima de obedecer, cumplir y executar no solo las leyes, cédulas, y provsiones de V. M., sino quanto entendemos ser de su soberana voluntad, y quanto vemos autorizado con su augusto Real nombre. Sentimos toda la dureza de vna necesidad tan llena de amarguras y aflicciones, qual es la que nos executa a reclamar, aunque con toda la veneracion y respeto, que debemos, vnas leyes que parecen ya formadas, y aun se dicen aprobadas por V. M.; pero, Señor, si combatimos estas leyes novissimas, defendemos las antiguas con que hasta ahora hemos sido gobernados: Si pedimos la abolicion y revocacion de aquellas, solicitamos la reno(f^o 17 v.)vacion de estas. Todas han dimanado de la misma Real Potestad; pero las vnas no han sido promulgadas como las otras, que a mas de esto han sido confirmadas, y comprobadas con la practica, uso y costumbre del Reyno: Las nuevas parecen estrafias puestas en paralelo con las antiguas, que han constituido hasta hoi nuestro derecho Patrio y Nacional: aquellas parecen tan opuestas a la Piedad característica de la Nacion, como conformes estas; y esas se advierten tan acordes con las disposiciones canonicas, como discordes y contrarias aquellas; y por vltimo, Señor, las nuevas nos privan del privilegio que nos concedieron las antiguas. En este conflicto despues de muchas dudas nos hemos determinado a elevar hasta los pies del Trono nuestros clamores, confiando lo vno en la singular Bondad, y Benignidad con que V. M. se digna oír hasta al mas infeliz de sus vasallos, quando promueve y defiende el derecho que juzga corresponderle, y lo otro en la lizencia otorgada por nuestras leyes, para que se obedezcan, y nose cumplan las Cédulas, Cartas, Ordenes, y Provisiones, aunque todas tengan fuerza y autoridad de ley, quando aparezcan o sean desaforadas, contrarias al derecho comun, o particular adquirido por algun tercero; y tambien por que las leyes de Yndias previenen, que se suspenda lo mandado por Cédulas y Provisiones Reales, y por los Virreyes y Presidentes delas Audiencias, siempre que de su cumplimiento se siga *escandalo conocido, daño irreparable, o se tema movimiento, o inquietud en la tierra.*

Pues todas estas causas se (f^o 18) reunen, Señor, en la presente ocurrencia, por que las novissimas leyes de Vuestro Código, relativas al fuero de los Eclesiasticos, no solo son opuestas a las canonicas, sino tambien a las Reales, que sin distincion, ni excepcion alguna han establecido este fuero privilegiado del clero en todas sus causas criminales; por que se contrarian y destruyen el derecho, no ya particular, sino publico, adquirido por todo el cuerpo del Estado eclesiastico; y por vltimo, por que son desaforadas, pues privan al clero desu privilegio, desu fuero, y de la posesion que le han conservado la practica, costumbre, y estilo de los tribunales, y del metodo, orden, y modo con que se ha procedido en este genero de causas; lo que nos parece sobradamente fundado con lo alegado y expuesto hasta aqui; y asi solo nos resta informar y cerciorar el Real animo de V. M. de que las novissimas leyes causarán en esta America escandalos generales, daños irreparables, y comociones. di-

senciones y discordias perniciosísimas, capaces de turbar la pública tranquilidad, de desazonar el gusto con que todos recibimos la dominación de V. M. y de producir otras funestísimas consecuencias: Motivos que tubieron presentes, y expresaron las recopiladas de Yndias, y que todos se debe temer resulten de la novísima legislación, pues a juicio de los Legisladores y Politicos son ellos los efectos naturales, los sucesos comunísimos, y los resultados mas frecuentes dela mutacion, siempre peligrosa, de las leyes.

Entre estas siempre han sido las mexores aquellas a que se ha encontrado preparada, y dispuesta la Nacion, que se han sabido conformar con las opiniones comunes, que tanto influxo tienen en las costumbres, y que han podido respetar estas, contempORIZANDO con el modo de pensar, con los vsos, y a veces hasta con los defectos, o vicios característicos y nacionales, como el Libelo del Repudio que dio Moyses a los Judios, atendiendo a la dureza de sus corazo(fº 18 v.)nes. No siempre, Señor, se han de dar al Pueblo las mejores leyes, sino aquellas de que es mas susceptible, y que recibira mexor. Esto es lo que respondió Solon, preguntado por la naturaleza de las que formo para los Ateníenses; y el mismo Dios lo califico así, asegurando que habia dado a su Pueblo algunos preceptos, que no eran absolutamente buenos, pero que tenían cierta bondad relativa: esponja verdaderamente que absuerve las dificultades, y obgeciones que se pudieran hacer contra las leyes de Moyses. Siempre que los establecimientos nuevos choquen abiertamente las costumbres, vsos, y opiniones generales, aunque sean buenos en si, se deben temer de ellos las mas funestas consecuencias. ¿Que turbaciones y trastornos no causaria en la China, o en el Mogol quien quiera que quisiese establecer en ellos el gobierno Democrático? pues este mismo trastorno ha sido el efecto que segun lo testifica la experiencia de todas las edades y Naciones han causado las leyes nuevas, que se han formado y querido establecer para abrogar las antiguas consagradas con la comun aprobacion, recibidas, practicadas vniformemente, y que, sirviendonos de la expresion de Platon, han tenido la fortuna divina, de que sus establecimientos hayan sido confirmados, afianzados, y vigorizados con vn vso inveterado. Solo la ley Evangelica, chocando abiertamente con las opiniones, vsos, pasiones, y costumbres de todo el Mundo, ha podido ser recibida, y propagada con tan buen suceso, como gusto, y brevedad; pero este ha sido el efecto dela gracia poderosísima de su Autor, y siempre (fº 19) se ha mirado esta circunstancia como vna de las mexores pruebas de la Divinidad de nuestra Religion

Toda otra legislación debe proponerse y asentar como maxima fundamental, igualmente legal que politica, la de evitar en quanto sea posible la abrogacion, o derogacion de las leyes antiguas, pues se ha observado que las mas vezes, la vtilidad que resulta delas nuevas no equivale a los trastornos, escandalos y daños que ocasionó la variacion. Así el mismo Jesuchristo en el establecimiento de su nueva ley, para no comover, ni inquietar los animos de los Judios, no se desdeño de

tomar la precaucion de advertirles, que no venia a quebrantar la ley, sino a cumplirla. La sola novedad perturba; todos se inquietan, y comueben con la variacion de aquellas leyes y costumbres, en que han sido educados, y con que estan conaturalizados. Siempre es obra muy dificil, y punto menos que imposible la de borrar, o arrancar del espiritu de los Hombres aquellas impresiones que han hecho en ellos las leyes y costumbres, en que han nacido, y que saben ser de antiquissima inmemorial observancia. Lo que ven revestido de estas qualidades, lo juzgan siempre mexor, mas cierto y verdadero, que lo que de nuevo sale a luz, y de aqui ha resultado la otra maxima de ser mas importante al estado la conservacion desus leyes antiguas aun quando son algo viciosas, defectuosas, y menos perfectas, que su alteracion, o mutacion, aunque sea en leyes mas vtiles, mejores, y mas perfectas, pues la sola novedad perjudica al Estado, como fecundo manantial de escandalos, perjuicios, y daños irreparables. Los mejores Ministros que tubo la Francia en los siglos anteriores a su revolucion conocieron la monstruosidad y defectos groseros de la Legislacion Francesa; pero todos ellos se abstubieron de corregirla, o quererla enmendar, juzgandolo como asunto imposible y peligrosissimo, y sin llegar a la Raiz (f^o 19 v.) se contentaron con solo ir remediando los males conformes asomaban.

Esta maxima general en ninguna Nacion tiene mas cabida que en la nuestra. Los Yndios, Señor, y los españoles no solo Europeos, sino tambien Americanos, son la gente mas adherida, y mas tenaz desus leyes y costumbres, especialmente quando estas o aquellas tienen alguna relacion o enlace con la Religion y con la Piedad. Bien sabida y comun es la censura que hacen de la Española las otras Naciones de Europa, tratando su religiosidad de supersticion y fanatismo: censura injusta, e iniqua a la verdad; pero que demuestra con evidencia lo imbuida que esta la Nacion en la Religion que recibió de sus mayores, y la escrupulosidad, y particular esmero con que los españoles han tratado y visto siempre todos los respetos Religiosos.

La Americana, que se gloria de haber recibido de esta su Religion y sus costumbres, ha correspondido con ventajas, pues aqui se observa, y retiene firme y constantemente todo lo que es, o dice alguna relacion, aunque remota a lo religioso y piadoso: De aqui viene si que en ella el particular amor, respeto, y veneracion que se profesa al estado Eclesiastico, y con que se mira a cada vno de sus individuos en particular, es, no ya efecto sencillo de Religion, sino sentimiento general, que excita un Entusiasmo comun a todos os Americanos: Aqui las Gentes mas distinguidas por su nacimiento o por sus empleos no reusan besar la mano a un eclesiastico, aun quando no tiene otra recomendacion que esta, y gustosos le ceden en sus concurrencias el lugar preferente. Aqui (f^o 20) las Gentes bajas con los Mestizos, Mulatos y demas castas jamas les hablan, sino con el sombrero en la mano, y ellos tienen tanto ascendiente en sus corazones, y hasta en sus pasiones mismas, que aun en medio de la embriaguez, que les es tan comun, y quando la ira

esta hirviendo con mas calor en sus pechos, por las desazones, pependencias, y quimeras, que aquel vicio les ocasiona frecuentemente, la sola presencia de vn Sacerdote, y aunque no lo sea, con tal que llebe habito, o insignia clerical, los reprime, los reporta, apaga en ellos la colera; y los que tal vez hubieran hecho frente a los Ministros de la Justicia, o eludido su vigilancia, se separan prontamente, y sin hablar mas palabra, que *ya esta Señor Padre, ya se acabó*, toma cada vno su camino, ocupando despues la veneracion al sacerdocio y al Estado Eclesiastico el lugar que en sus pechos ocupaba antes la ira, pues sin acordarse mas del obgeto que dio motivo a sus disgustos, no lleban otra cosa en la boca y en los labios que las alabanzas del estado y caracter del que los ha separado: *Christos de la tierra; Maria Santissima besaba la tierra que pisaba vn sacerdote*, dando a entender en estas expresiones el justissimo motivo que los habia desarmado, y hecho deponer la ira.

Alguna vez se vio en esta ciudad pelotones de los Barrios, que estaban mutuamente apedreandose en lo escampado, desbaratarse y finalizar todo por solo algun Eclesiastico, que se les presentaba, amenazandolos con vn latigo o azote. Estas Guerras, que asi llamaban ellos, de vnos Barrios contra otros, eran mui frecuentes, pues apenas habia dia festivo en que no se verificasen: De ellas resultaban heridas, muertes, turbacion de la publica tranquilidad, siendo de temer que resultase tambien algun daño, o perjuicio al estado en general; pues estos desordenes que habian resistido a la vigilancia de los Magistrados; que no habian podido ceder al temor (fo 20 v.) de las Patrullas, por que o se vnian entonces contra ellas o si estas conseguian separarlos por vn lado se formaban en otro, cedieron gloriosamente a vn motivo de Piedad, haciendo las Pazes, y abrazandose tiernamente todos los Barrios para celebrar la ceremonia solemne con que esta Yglesia coronó la Ymagen del Santissimo Patriarca Sr. Sn. Josef. Este encono de los Barrios, tan inveterado, que no se sabia quando, ni por que motivo habia tenido principio, finalizó vltimamente, pues en diez años que hace se celebró la dicha ceremonia, no se han buuelto a suscitar semejantes desordenes. De suerte, Señor, podemos asegurar a V. M. que en la America tiene en el respeto, amor y veneracion al Estado Eclesiastico vn parapeto fuerte para contener infinitos excesos y desordenes; pues son tantas las Patrullas que mantienen en las ciudades la tranquilidad publica, quantos son los Eclesiasticos que en ellas moran, o andan sus calles. Esta veneracion o respeto a los Eclesiasticos, esta siempre mantenido y fomentado de algunas opiniones o preocupaciones, que son comunissimas entre la Gente vulgar, pues a mas dela insinuada de que la Santissima Virgen besaba la tierra que pisaba qualquier sacerdote, aunque fuera el mismo Judas, comunmente creen y estan persuadidas estas Gentes, de que los sacerdotes en el dia del Juicio final han de ser juzgados con separacion de los otros hombres, para que no se hagan publicos a estos los pecados de aquellos: creencia piadosa por su principio, preocupada a la verdad, pero que no llega al grado de fanatismo, y que debe calificarse de

inocente y aun útil por los buenos efectos que produce' (fº 21) aumentando la veneracion al Estado Eclesiastico.

Pero adonde el entusiasmo con que aqui se venera este estado se halla en su maior punto y fuerza es en la Nacion sencillissima, religiosa, y aun pudieramos llamar santa de los Yndios, y con maior motivo que el que tuvo Homero para nombrar con este epiteto la de los Etiopes. Entre ellos sí, se puede decir que llega hasta el fanatismo, y que no tanto es efecto de Religion, quanto vna Religion distinta y separada, por que los Yndios respetan hasta los mismos desordenes de los sacerdotes. Estas pobres Gentes, Señor, a quienes los frecuentes daños y perjuicios, que comunmente les han causado, y causan siempre que pueden los Mulatos, los Negros, y aun los Blancos, prohibidos por eso de habitar en sus Pueblos, o Reducciones, prevaleciendose de su sencillez, han hecho contraher vn caracter sombrío, de timidez, y desconfianza, que no les es natural, como pudieramos manifestar a V. M., en ningunos tienen la confianza que en sus Sacerdotes. Los Parrocos, y los otros Ministros de la Yglesia en sus Pueblos, son para estos infelices los paños de lagrimas: a ellos ocurren en sus aflicciones: con ellos desahogan su corazón, quejandose de las opresiones y tiranias, que la codicia descompasada de algunos, y aun pudieramos asegurar a V. M. de muchos Alcaldes Mayores o Subdelegados les hace sufrir continuamente. En estos lanzes sus sacerdotes los consuelan, y los alivian: Ellos los aconsejan y dirigen en sus recursos a los Tribunales Superiores, quando con oficios y Providencias paternales no pueden remediar, o contener semejantes excesos, por que no podemos menos, Señor, que informar a V. M. que en estos sus Pueblos, y especialmente en los distantes y remotos de las Poblaciones, que llaman de razon, el exercicio de Vuestra Real Jurisdiccion está encargado a los hombres mas despreciables por su nacimiento, por su conducta, o por los oficios que han tenido anteriormente.

Buena prueba dan de esta verdad los autos formados en la causa del Cura Arenas, y en (fº 21 v.) la defensa hecha por parte de la Jurisdiccion de esta Yglesia ante Vuestra Real Audiencia de Mexico: si V. M. supiera que el Teniente Justicia contra quien se excedio el Cura es vn hombre de la infima extraccion, que hasta alli se habia exercitado en los oficios de sastre, Escuelero, y criado de los Pueblos y curas de aquel canton: Si V. M. estuviera informado de que la incontinencia de vna hija suya, que el ocultaba, o protegía, habia dado ocasion al zelo legitimo del cura para excederse; y que por el contrario este es vn eclesiastico de nacimiento limpio i regular, que tiene crianza, y que se ha educado en los colegios; que si no es irreprehensible en su conducta, al menos no ha dado que decir en el Obispado, por mas que se pretenda atribuirle vicios que no tiene, y que sus servicios le han grangeado el Curato, o destino que posee, vendria V. M. en claro conocimiento de la facilidad con que se abultan, y se graduan de enormes los delitos de los Eclesiasticos, y al mismo tiempo del genero de Hombres en cuyas manos los Alcalde.

Mayores, o Subdelegados ponen el sagrado deposito de la Justicia, sin autorizarlos de otro modo, que con su simple nombramiento que no es confirmado, ni siquiera presentado a Vuestra Real Audiencia, o Superior Gobierno, por que estos, Señor, por lo comun no visitan los Pueblos, si no los llaman a ellos sus intereses, residen frecuentemente en la capital delas Provincias y ni en ellas ni en los Pueblos que en algunas Alcaldias son numerosos, exercitan por si mismos la Justicia, si no por medio de los tenientes, que buscan y solicitan mas propios para que les faciliten sus negociaciones y les sirvan en ellas, que para exercer la Real (fº 22) Jurisdiccion, siguiendose de este principio dos consecuencias, ambas perniciosissimas: que o mantienen esta Jurisdiccion desairada y embuelta en la vileza en que ellos se han criado y conaturalizado, o si la quieren sostener, es excediendose, y saliendo de los limites de lo justo, y a veces hasta de lo racional.

De aqui nacen la opresion, y las muchas vejaciones de los Pobres Yndios; de suerte, Señor, que estos infelices, viviendo bajo la dominacion y amparo del Rey mas christiano, mas Religioso, mas justo y compasivo de quantos tiene el Mundo; que los quiere como las Niñas de sus ojos, que los ama tiernissimamente como hijos, protegiendolos, amparandolos, y considerandolos en todo como Menores, no dejan de ser miserables, y son no obstante dignos de compasion: viven oprimidos, tiranizados sin otro consuelo, que el que comunmente hallan en sus Parrocos, y demas sacerdotes: A estos ven en sus Pueblos, por lo menos en todos los dias festivos, por distantes que esten de la Cabezera, y por peligroso y aspero que sea el camino que de esta lleba a aquellos: De ellos tienen experiencia que visitan sus Enfermos, que se compadecen en sus necesidades, y que muchas veces se las remedian; que los aconsejan en sus dudas, que los defienden, y protegen en las insinuadas tiranias, haciendo propias y personales sus causas, ocurriendo ellos mismos a solicitar de Vuestros Tribunales Superiores Despachos para contener, refrenar, y muchas vezes aprisionar y castigar a los Alcaldes Mayores y demas Justicias, que prevaliendose desu autoridad, y abusando de la sencillez, ignorancia y poquedad de estos infelices, labran en ellos, y son los autores desu opresion y miseria.

Esto es, Señor lo que entre los Yndios ha fomentado el respeto y veneracion a los sacerdotes que heredaron, o aprendieron de su Religioso Conquistador Cortes, quien igualmente politico que buen soldado, fecundo en recursos, supo diestramente mudar de direccion al fanatismo con (fº 22 v.) que veneraban a los falsos sacerdotes de sus abominables idolos: esto es lo que hace que ellos veneren a los eclesiasticos como a Padres, nombrando antonomasticamente a su Parroco con este tierno titulo: *Nuestro Padre*. De aqui viene, que si algun eclesiastico llega a las tristes chozas de los Yndios, es hospedado en sus *Santocales*, nombres que dan a sus Adoratorios, o a la Estancia, destinada a sus santos, que siempre es la mas limpia y decente: Todo se le franquea, aun quando no lo conocen sino por el Trage, o insignia, sir-

viendolo con sus propias personas como criados oficiosamente, y sin estipendio, y esto es tan general, y tan comunmente sabido en este Reyno, que no faltan viandantes, que abusando de esta buena, Religiosa, y sencilla hospitalidad de los Yndios para con los eclesiasticos, se les fingan tales, o por lo menos les ofrecen ocasion de engañarse ellos mismos, presentandoseles vestidos del color modesto, que ha adoptado este Estado, por que saben que asi han de tener cabida y buen pasage en sus Pueblos. De aqui viene que jamas ban a visitar a sus Parrocos, o a los otros Ministros de la Yglesia, sin llevar a'gun ramo de flores, y otro qualquier presente de poca entidad, y qual corresponde a sus certissimas facultades: Muchos de ellos al besar la mano de los sacerdotes hincan en tierra la rodilla, y jamas estan en su presencia, aun quando son Regidores, Alcaldes, o Gobernadores en sus Pueblos, sino con el sombrero en la mano, y con mucha compostura, circunspeccion, y modestia. Todo esto, Señor, tiene tanto influjo en la docilidad con que los encuentra el Gobierno, que somos de sentir, que quitado, o afloxado este resorte, mudarian enteramente de caracter: A el se debe (fº 23) la facilidad en las Matriculas, la integra, pronta, y expedita recaudacion de los Tributos, la reduccion de sus Pueblos, y la fixa estabilidad, y permanencia de sus individuos en ellos; pues para todo esto se cuenta siempre con los Padrones delos Curas, con su asistencia personal, a las cuentas o Matriculas, y con los officios, paternales, que siempre y facilmente pueden hacer, visitando, como visitan con frecuencia sus Pueblos, para que oigan Misa, para que se confiesen, y para todos los officios del Ministerio, que tan continuamente los lleva a ellos.

Este es, Señor, el caracter de los Americanos, esta la constitucion politica, legal, y moral del Reyno, y esta la Religion de los Yndios, en quienes no bien cimentada en sus puntos esenciales, se sostiene por este exterior aparato, que quitado, caeria necesariamente, lexos de propagarse y radicarse mas en ellos, conforme a las piadosas intenciones de V. M. Los Yndios todavia son parvulos en la Religion, aun fluctuan, y es menester tratarlos como a tales, y darles alimento de parvulos: Las ideas que embuelve el nuevo systema de legislacion, forman vn alimento mui recio, que apenas podran digerir los mas provecos. Todos los hombres nos llevamos mucho de las exterioridades; pero mucho mas los Yndios, y este es efecto del poco uso que hacen de su razon y entendimiento. Podemos protestar con toda la verdad, y sinceridad que debemos, ablando a V. M. que al formar esta pintura, nada hemos exagerado, ni ponderado: Nuestro vnico Norte ha sido la verdad, y en el lienzo no hay rasgo que no este tomado escrupulosamente del original.

Pues supuestos estos antecedentes, pasada la sorpresa, que como primer efecto debe necesariamente seguirse a la promulgacion y execucion de las novissimas Leyes, que degradan al Clero, vna de dos cosas debe precisamente verificarse, y resultar: o se entibia, y ultimamente se paga este entusiasmo de veneracion a los Eclesiasticos, o se enfureze, é (fº 23 v.) irrita. Si se apaga, o amortigua, desaparecen por conse-

quencia forzosa todas las utilidades que de el ha sacado el Gobierno del estado. Las Matriculas no seran tan faciles, ni tan exactas, fallara la recaudacion de Tributos, o se entorpecera mucho, se desmoronaran los Pueblos de los Yndios, y estos se dispersaran por los Montes, conforme a su genial inclinacion: De este modo serán en ellos mas frecuentes las idolatrias, que aun en este siglo ha habido muchas, a pesar de la vigilancia de los Parrocos, y del respeto que a estos profesan: La codicia siempre insaciable de algunos Alcaldes Mayores y Subdelegados hará entences destrozos en estos infelices asu salvo conducto, por que ya no encontrará en ellos, ni la resistencia, ni la defensa de los eclesiasticos: Las turbaciones, disenciones, y movimientos, que la imprudencia de aquellos ha causado, y causa muchas vezes, haciendo odioso vn Gobierno, que es por su naturaleza suave, con mesciar diestramente, aunque contra toda justicia y razon, con las ideas de Gobierno, las que rigen y gobiernan sus negociaciones, las mas vezes injustas, tomaran mas cuerpo; por que los eclesiasticos no tendran influxo ni autoridad para contenerlas, o prevenirlas. Demos que se castiguen algunos mas delitos de los eclesiasticos, y aun demos que ninguno quede impune; pero muchos mas, y de maior gerarquia resultaran entre los Yndios, en sus Pueblos, en los de la Gente de razon, y en las ciudades populosas; por que, prescindiendo de los tumultos, que han apaciguado, o prevenido los Eclesiasticos, ¿quantos homicidios no (fº 24.) ha embarazado su respeto, separando ellos, y mediando entre los que reñian; y cuiá riña tal vez hubiera terminado por la muerte de alguno de los dos, o por la de ambos? La embriaguez, Señor, en estas Gentes, ni necesita motivo para trabar la pendencia, ni su ira en estos casos reconoce limites, pues se matan hasta por medio real. Todas estas utilidades por momentos iran desapareciendo del estado; y el nuevo systema de legislacion debe causar vn fermento tan general en las opiniones, en los vsos, en las costumbres, en las leyes, en la Religion de los Americanos, que no podemos calcular todos los efectos que de el pueden causarse, ni el termino que vltimamente pueda tener: Amortiguado, o del todo extinguido el entusiasmo de veneración al clero no parecerán juntos todos estos sintomas o efectos; pero insensiblemente iran asomando; y vna vez perdida la veneracion al estado Eclesiastico, no sera facil restituirla al grado que tiene.

Pero si se enfureze, o irrita con la promulgacion y mas con la execucion de las leyes que derogan su inmunidad, y fuero privilegiado, no quisieramos pronosticar, ni menos sobrevivir a los funestissimos efectos que el pudiera tener. Lo cierto es, Señor, que el entusiasmo irritado obra prodigios, como lo ha comprobado la Nacion Francesa con el perniciosissimo de libertad; pues toda la politica de este gobierno revolucionario solo ha consistido en manejar diestramente y saber conservar este entusiasmo, fomentando, y no dejando apagar el calor en la Nación: Asi ha conseguido fixar su natural inconstancia, y los Franceses que nunca han sido constantes en el valor, ni pacientes en la adversidad, o desgracia, se han visto ahora sufrir esta heroicamente, y vencerla sufriendo.

Ni el que hemos insinuado es vn terror pánico, exitado por el calor de la imaginacion como pudiera, siendo nosotros los (fº 24 v.) mas amantes, e interesados en mantener y conservar la justa, y equitativa dominacion de V. M. Este temor prudente resulta y nace de la practica del Reyno, y del conocimiento que tenemos del caracter desus naturales. No podemos, ni debemos, ni queremos tampoco hacer pronósticos infelices; pero nuestro silencio en las presentes circunstancias deberia ser responsable de qualesquiera resultas, que pudiera tener esta nueva legislacion, irritando, como es de temer el entusiasmo con que estas gentes veneran a los Eclesiasticos, pues esta es puntualmente la ocasion en que nuestras leyes nos mandan ablar, y ablar con libertad, y sin emboso.

Los Yndios, Señor, naturalmente tienen valor y espíritu guerrero; lo que acreditaron, así en la rapida extension de su imperio (pues acantonados en sus principios en las riberas de los Lagos, en menos de vn Siglo dieron a este, sin otro medio que el de las armas, la extension prodigiosa, en que lo encontraron los españoles) como en la vigorosa y tenaz defensa que hicieron los Mexicanos de su capital, pues sostubieron valerosamente por once dias el asedio de vna ciudad abierta, y sin Murallas, peleando en todos ellos contra el exercito de Cortes, numerosissimo por los cien mil Hazcaltecas que llebaba en su auxilio, y que a causa del odio inveterado y nacional eran fieras, quando se trataba de pelear contra los Mexicanos, y resistiendo con muy inferiores armas a las superiores de los Españoles, que como desconocidas antes de los Yndios, no encontraron en Mexico los resguardos, ni defensas correspondientes, sin que ni esta circunstancia de las armas, ni la terrible mortandad y carnizeria (fº 25) que ellas causaban, ni la sorpresa en que aun estaba la Nacion, por la novedad del color, fisonomia, trajes, costumbres, caballos, y armas de los Españoles pudieran intimidarlos, ni amedrentarlos, como antes amedrentaron, desconcertaron, y derrotaron enteramente a los valerosos e invencibles Romanos algunos Elefantes, desconocidos a estos, que llebó Pirro con su exercito a la Ytalia. Los Mexicanos, a pesar de estas novedades y ventajas, resistieron valerosamente, sostenidos del Entusiasmo Religioso que sus Sacerdotes procuraron mantener y fomentar con aquellas vocinas tan funestas al exercito de Cortes que ellos sonaban desde el Templo. Es verdad que este valor, y espíritu guerrero esta amortecido, y amortiguado, por el ningun manejo que ellos tienen de las armas, cuyo uso, así de las defensivas, como de las ofensivas, les prohibieron justissimamente nuestras leyes, que ademas vedaron se les enseñase a fabricarlas, y aun que asistiesen en las casas de los Maestros de estas fabricas, y por otras oportunissimas, y vtilissimas Providencias del Gobierno, relativas a sus Trages, a que no anden a cavallo, y a que no residan en sus Pueblos los Españoles, Negros, Mestizos, Mulatos y demas castas. Los ha envilecido tambien la suma pobreza y miseria en que ellos viven, y ha sufocado las ideas de honor, y de gloria que tenían antes de la Conquista, como lo acreditan sus Historias. Y que ¿no seria posible suscitar estas semillas, siempre que tubieran para su

direccion alguna cabeza organizada y con luz, aunque por otra parte la mas infeliz y desconcertada, pues era necesario que hubiera perdido enteramente todas las ideas de honor, de lealtad, y de Religion?

Por otra parte los Yndios son la Gente mas dura y propia para las fatigas de la Guerra, pues a mas de lo ingenioso desus estratagemas, y de lo fuerte de su natural constitucion, la vida aspera, laboriosa, y frugal que todos ellos lleban, los hace insensibles a los rigores de la estacion, e infatigables en los caminos, por dificiles y fragosos que sean: Saben, y estan acostumbrados a sufrir la hambre, y la sed, duermen sobre la dura tierra, y si (fº 25 v.) es necesario a cielo raso, sin que aya fatiga ni trabajo, que ellos no sean capaces de llevar con alegria y constancia. Desuerte, Señor, que, si se pudiera, o conviniera adiestrarlos en las armas, nos parece, que no tendria V. M. mexores tropas. ¿Y si por desgracia, y para suma infelicidad de la America se encontrara esa Cabeza miserable, que daños y perjuicios no pudiera causar al Estado, a la Corona, y a la Religion? maiormente en el dia en que la escasissima Guarnicion de este Reyno, y las pocas tropas que en el tiene V. M. estan arriadas en las inmediaciones del Puerto de Veracruz, a causa de la presente Guerra, y de las Turbaciones de la Europa, por cuio motivo el centro, o interior del Reyno se halla sin defensa.

Se puede decir que hasta la presente los Yndios generalmente ignoran las disposiciones de las nuevas leyes; y esto mismo se podria, y deberia asegurar de los Españoles y demas Gentes si la acelerada conducta de la sala del Crimen de Vuestra Real Audiencia de Mexico, no se hubiera dado tanta priesa en hacerlas executar, como la verifiko en esta ciudad con ocasion dela Causa del Cura de Quimixtlan; pero nos parece conveniente informar a V. M. el modo y los medios con que llegaron a nuestra noticia las ya insinuadas leyes del nuevoCodigo, para que se imponga V. M. de lo mal que sehan entendido, y de como se ha abusando de ellas, infiriendo despues de todo, como y con que frecuencia se abusará en lo succesibo, resultando siempre el perjuicio contra la porcion mas sana, mas inocente, mas vtil al estado, que es la Yglesia.

De resultas de haber arrestado vuestro Gobernador Yntendente de esta ciudad, por si solo, sin auxilio, sin concurrencia, y (fº 26.) aun sin noticia del juez Eclesiastico, y puesto por medio de sus Ministros en la Carcel publica Secular al cura de Quimixtlan Dn. Manuel de Arenas, se indagaron, e inquirieron de parte de la Jurisdiccion Eclesiastica, asi los motivos de vn procedimiento tan estraño, irregular, y aqui nunca antes visto, como las facultades hasta la presente desconocidas con que habia obrado Vuestro Gobernador: quien desde luego aseguro que habia procedido en cumplimiento de orden de la mencionada Sala del crimen y el efecto de estas y otras diligencias, fue la noticia simple, privada y extrajudicial que se adquirio de estas leyes, que solo en Yndias pueden haber tenido la suerte de ser executadas antes que sabidas. El escandalo general que padecieron todas estas Gentes, los asomos de conmocion y tumulto que se observaron, logrando los eclesiasticos la fortuna de pre-

venirlos; el disgusto y desazon que se noto en todos los vecinos de esta numerosa Poblacion, acusando nuestra prudencia y lealtad, de indolencia, de poco Zelo, y hasta de desidia y abandono, manifiestan claramente lo expuesto que estuvo el Estado por la inmadura execucion le estas leyes, y las resultas que se deben prudentemente tener desu promulgacion.

En efecto luego que estas Gentes vieron por sus mismos ojos, u oyeron decir lo que jamas habian visto, oido, ni sabido, que vn sacerdote, sin que le valiera su caracter, ni su empleo distinguido y respetable de Parroco, ni su honrrada conducta, habia sido conducido en medio de vn piquete de soldados a la carcel publica secular, y adozenado en ella con las hezes del Pueblo, y con los Reos mas infames; por que poco hace al caso que estuviera en el lugar menos indecente, si al cabo todos moraban bajo vn techo; y las Gentes miran con igual horror todas las estancias de este Sitio; todas se perturbaron y conmovieron; todas se escandalizaron, y se alarmaron: No se hablaba otra cosa en la ciudad, y este era el asunto de todas las conversaciones: Vnos (fo 26 v.) decian neciamente que ya la Heregia se iba introduciendo en el Reyno: Otros instruidos en las perturbaciones de Europa y sabedores igualmente de que todas ellas han tenido tambien por obgeto la Religion, o al menos se han valido de su abandono para obrar con la libertad, que ella no permite, creian que esto era comenzar vna abierta persecucion contra la Yglesia, y sus Ministros, semejante a la que han sufrido en la Francia, e Ytalia: Todos andaban cabizbajos, observando en los Juezes Eclesiasticos sus movimientos: Los acusaban de poco religiosos, de n'ningun zelo, de indolentes, no faltando algunos que estendieron esta fea nota a Vuestro Cabildo, como en quien reside habitualmente la Jurisdiccion, aunque el exercicio de ella, corresponda a la Cabeza, que es Vuestro Obispo; y no haciendo este movimiento alguno de su parte, decian ellos, lo deberia hacer aquel; pero nosotros, Señor, lejos de aprobar semejantes fantasticas ocurrencias, tratabamos de apaciguarlos, y de hacerles ver los limites estrechos en lo temporal de la Jurisdiccion espiritual dela Yglesia, y la extension del vasallage que igualmente comprehende nuestras personas que las Seculares.

Vna desgraciada casualidad hizo que en aquellos dias faltasen las lluvias, aun siendo el tiempo critico de ellas, y que a consecuencia escaseasen las semillas, y se sintiesen, como es regular, algunas mas dolencias y enfermedades en el publico; pues todo esto se atribuyo al desacato, que asi llamaban, con que se habia tratado al sacerdocio, pronosticando ya con esto hambres, epidemias, y todos los otros males y azotes, con que Dios suele castigar en los hombres el vltirage de sus Ministros. Los Eclesiasticos hubieran querido contener, o contradecir estos falsos vaticinios, y pronosticos, y en efecto procuraban hacerlo; pero con temor y sobrecogidos ellos mismos, pues leen con frecuencia en los libros santos los terribles azotes con que Dios ha castigado la profanacion de sus templos, y de todo lo que pertenece, y está reservado a su

Culto: Saben por el Libro segundo de los Macabeos, que quando Eliodoro quiso por Orden de Antioco despojar de sus riquezas al Templo, en tiempo del sumo Sacerdote Onias Tercero, fue aquel golpeado y azotado por vnos prodigios espantosos y raros que admiró toda Jerusalem; y vltimamente puesto en terminos de morir, sin poder recobrar la vida y la salud sino por las fervorosas oraciones de este; ¿pues, si así zela Dios, defiende y protege visiblemente la santidad de los haberes destinados a su culto, o la inmunidad real; y esto en tiempo en que irritado contra los judios, a causa de sus infidelidades y pecados, les habia embiado la persecucion de los Sirics; como no celará la santidad de los mismos Ministros Sagrados de su culto, que es lo que constituye la inmunidad personal?

Lo que pudieron hacer libremente algunos Eclesiasticos tan instruidos de su obligacion como amantes fieles vasallos de V. M. y testigos por experiencia de su dulce, suave, y justo Gobierno, fue prevenir y desbaratar vn complot, o conjuracion formada ya entre mas de quarenta hombres de la plebe, para sacar a fuerza abierta de la carcel al dicho cura: lo que seguramente hubiera sido el santo o la señal para comenzar vn tumulto, o conjuracion general, en que tal vez se nubieran mezclado Gentes de otra esfera. En la America, Señor, siempre es de temer que suceda esto mismo; y no es regular que siempre llegue a noticia de eclesiasticos, y de eclesiasticos tales, que antepongan, como debemos hacerlo todos, los deberes del vasallage, oficio, y Ministerio, al dolor, que naturalmente nos debe causar, la privación del fuero, y la sugesion a los juezes seculares. Para pacificar en esta ocasion a las Gentes, para impedir las comociones del Pueblo y (fº 27 v.) mantener la tranquilidad publica hemos tenido los eclesiasticos todo el influxo trabajando clandestinamente, y con la dulzura y prudencia que es característica de nuestro estado; y no Vuestros Magistrados, ni los Juezes Seculares, pues estos se hallan ignorantes de todo, o si lo han sabido, ha sido mucho despues, por que semejantes conversaciones pasaban en lo privado, y asombra de tejado; y buen cuidado tenian los que así ablavan, y mucho mas los artifices del complot de no ablar o tramar este en su presencia, o en la de aquellos sugetos, que pudieran ponerlo en su noticia.

Nosotros quisieramos reprimir, sufocar, y desterrar, hasta de la imaginacion de los hombres semejantes ideas, o representaciones; y nos es muy sensible no poder explicar y desentrañar a todos con la maior claridad y distincion, como es menester vnas ideas, en que se advierte mezclado y confundido el Trigo con la zisaña, y cuya separacion no hacen, ni pueden hacer todos; pero esto mismo nos hace venir en conocimiento de que todavia no ha llegado el tiempo conveniente (si pueden o debe serlo alguno) para la publicacion y execucion de los establecimientos que comprehenden las citadas leyes del nuevoCodigo. Para esto, Señor, era necesaria maior instruccion en el comun de la Nacion, haber variado primero su enseñanza, haberla antes mudado

los Libros y Codigos, que hasta ahora son los que andan en manos de todos, y haber señalado para que bebiesen las doctrinas otras fuentes, distintas de las que hasta aqui han tenido; pero mientras subsistan aquellas en que han bebido, y beben todavia, es casi imposible disipar y borrar tales ideas: aun es crecido, mucho mas de lo (fº 28) que se piensa, y casi general el numero de los parvulos que se escandalizan con semejantes establecimientos.

La sala del Crimen parece, Señor, que no debio divulgarlos, ni reducirlos a execucion, maiormente sin orden expresa de V. M., en vnos tiempos tan peligrosos, calamitosos, y turbulentos, por que siempre debio temer que estos procedimientos solo fuesen productivos de funestissimas consecuencias, especialmente en vn Pueblo sencillo, ignorante, y religioso: todos saben las turbaciones ocurridas en la Europa, y esto los tiene timidos, sobresaltados y alarmados: Todos gimen por la opresion y afliccion en que se hallan la Yglesia, y su cabeza, y esto igualmente los tiene consternados, oprimidos, y affigidos; ¿pues para que añadir afliccion á afliccion, dolor a dolor, y presentar nuevas ocasiones de amargura? En ocasion tan critica, como la que presentan estas ocurrencias, parece que exigia la prudencia se suspendiese la divulgacion y cumplimiento de vnas leyes, capaces por su tenor, materia, y demas circunstancias, no solo de infundir escrúpulos gravisimos en vna Nacion de suio piadosissima, y de comprometer las authoridades Real, y eclesiastica, de que siempre resultan turbaciones y desordenes; sino tambien bastantes a causar en las Gentes vnas impresiones poco favorables a la justificada, y piadosa conducta de V. M. y de sus maiores Tribunales, riesgo, o peligro tan digno de ser temido como evitado, para no dar ocasion a las Gentes de que creiesen, que era valerse y aprovecharse de la que proporcionan estas mismas ocurrencias para divulgar y executar las tales leyes al tiempo preciso en que la Yglesia, y su supremo Gefe lloran su abatimiento, vltrage, desprecio, y persecucion; y en que se hallan sin defensa, sin uso de sus armas, y en captura por los enemigos comunes del genero humano, pero que lo son con especialidad de nuestra Religion y Monarquia.

Efectivamente luego (fº 28 v.) que se divulgaron los establecimientos de las nuevas leyes por los publicos y ruidosos procedimientos de los Juezes Seculares, fue otra piedra de escandalo, pero de mucho peso, y dilcil de remover, la reflexion ovia sobre la falta del Breve, o Bula pontificia; que si la hay será tan nueva como las mismas leyes, y hasta hoy se ignora. Unos preguntaban ¿si habia precedido, o no? Otros la suponian, por que es demasiado notoria la conducta, siempre vniforme y constante de nuestros soberanos, la que V. M. se ha dignado tambien imitar, de ocurrir al Sumo Pontifice en solicitud de su anuencia, o consentimiento, ya para reducir, o minorar los Asylos sagrados, ya para excluir del goze de ellos a los Reos de los delitos exceptuados, ya para exigir contribuciones del Clero, y de los Bienes legalmente Eclesiasticos, obrando en todo esto con puntual arreglo y sujecion a los estable-

cimientos canonicos ¿pues si asi se ha obrado, y se obra en lo respectivo a la inmunidad local, y real, por que no se ha de practicar lo mismo en lo tocante a la de las personas mismas de los Eclesiasticos? La de su fuero personal, ha sido siempre formal, positiva, y expresamente preservada no solo en las concesiones Pontificias de las Gracias de Millones, escusado, subsidio, Novales, y vnica contribucion, sino tambien en las Reales instrucciones y Despachos que se han expedido para su execucion, igualmente que en el auto de Presidentes; y lo que es mas, por la mayor fuerza que entre los Soberanos tienen sus Concordatos, en el articulo octavo del que celebraron en el año de mil setecientos treinta y siete la santidad del Sr. Clemente Duodecimo, y la Magestad del Sr. Don Felipe quinto, y en las Bulas y Breves que a consecuencia de otros artículos del mismo Concordato (f^o 29) despachó el propio Sto. Padre sobre inmunidad local, y sobre otras materias que mandó publicar el mismo Soberano por su Real Provisión de doze de mayo de mil setecientos quarenta y vno. Omitimos por que no son necesarias otras muchas pruebas de esta preservacion del fuero personal delos eclesiasticos, pero no podemos dejar de recordar a V. M. el exemplar de su justissimo, y Religiosissimo Padre, quien, aunque por su Pragmatica Sancion contra los juegos y jugadores desaforó a todos los privilegiados, aunque fuesen Militares, criados dela Real casa, o de otro qualquier fuero, por privilegiado que fuese, y aunque para derogarle se requiriese su especifica, e individual mencion, pero preservó expresamente integro, e ileso el fuero de los eclesiasticos en sus causas criminales sobre juegos; con lo que lo reconocio en todas las demas. Es principio en todo cierto el de que los derechos de las cosas han sido establecidos con respeto, y por causa de las Personas, a las que miran como su fin y obgeto; y la inmunidad personal, no solo es la maior de todas por la vnion, consagracion y caracter, de que carecen los templos y los Bienes eclesiasticos, sino que tambien por este motivo puede llamarse la inmunidad de las inmunidades, o el sancta sanctorum de la inmunidad; pues de poco sirve la delos Bienes, y la del fuero en las causas civiles, si en las criminales, que hieren en las mismas personas, no la han de gozar los sacerdotes.

Vuestra Real Sala del crimen no ignora, ni puede igncrar, que estas novissimas leyes, a mas de que son de la maior gravedad, y sobre materia, que se ha mirado siempre con la mas delicada y escrupulosa religiosidad, y de las mas importantes, e interesantes consecuencias, no se han circulado, ni comunicado, como se ha hecho con otras varias del mismo Codigo, quales son por exemplo, las respectivas al fuero de las demandas judiciales sobre principales y reditos de Capellanias Eclesiasticas y colativas, a los nombramientos de Provisores, y a la Pension Conciliar establecida en favor de los (f^o 29 v.) Seminarios, Leyes todas del Libro primero del nuevo Codigo, que se han comunicado para su observancia por cédulas generales y circulares de veinte y dos de Marzo de ochenta y nueve, de veinte y quatro de Agosto de noventa, y de primero de Junio de noventa y nueve. No se ha hecho lo mismo

con las relativas al fuero de los eclesiasticos en sus causas criminales; y de aqui dicurrimos, e inferimos que es la voluntad de V.M. no sancionar todavia su observancia, por que si la quisiera, o huviera querido V.M. las hubiera circulado y comunicado en la misma forma y modo que las otras ya mencionadas: esta es la costumbre notoria, practica, y estilo, que no puede ignorar la Real sala, pues contante, y uniformemente se ha observado en estos Reynos, siempre que V. M. y sus Predecesores han querido que en ellos se cumplan y executen las leyes y demas Providencias generales que han dictado para su gobierno; maiormente, quando por ellas se ha establecido, y con especialidad en materias y puntos eclesiasticos, alguna novedad, correccion, o revocacion de las leyes anteriores.

La naturaleza, materia, y fin de las que hacen el objeto de esta representacion, exigen por si mismas, el que antes de su observancia se hubiesen comunicado no solo a los Tribunales, y juezes Reales, si no tambien a los eclesiasticos superiores, e inferiores. Su naturaleza es de leyes criminales y penales, que derogan, corrigen, y revocan las anteriores eclesiasticas y Reales y con especialidad dela Recopilacion de Indias: Su materia son vnos delitos de eclesiasticos, los que en ellos han gozado hasta ahora de (fº 30) la inmunidad, de que les privan estas leyes; y su fin trasladar, y pasar a los Juezes Reales la jurisdiccion, que con exclusion sua han exercido hasta aqui los Eclesiasticos. ¿No se debe hacer saber todo esto en la forma acostumbrada y correspondiente a vnos y otros juezes, igualmente que a la clase de vasallos con quienes, y de quienes hablan estas leyes?

¿Que sorpresa la de los Eclesiasticos delinquentes al verse tan violenta, como repentinamente privados desu fuero, aunque en pena de sus delitos, por vnas leyes que antes de cometerlos, no habian llegado, ni debido llegar a su noticia, y de las que no la adquirieron sino despues que se han comenzado a executar en ellos! ¿La pena de la ley, maiormente quando no lo expresa, comprehende los delitos cometidos antes de su establecimiento legal, que es la promulgacion? El fin primario y principal de la ley criminal, no es castigar los delitos pasados, sino precaver los futuros: Ni las leyes, ni sus Autores desean castigos ni Reos: Lo que quieren, y a lo que aspiran es a evitar los crímenes con el temor de las penas, y a contener, o refrenar con el la perversa inclinación de algunos hombres; pero ¿como conseguir estos fines por medio de vnas leyes absoluta, o legalmente ignoradas por no publicadas ni promulgadas?

¿Que sorpresa tambien la de los Juezes Eclesiasticos al hallarse del mismo modo despojados de su Jurisdiccion, y al ver que se les arrancan de su Tribunal, y de sus manos aquellos mismos Reos clerigos contra quienes estan procediendo sobre la fe dela legislacion anterior! y esto en virtud de vnas leyes novissimas, tan ignoradas por ellos, como por los Reos. Aun por solo el importantissimo objeto dela paz y tranquilidad publica; por evitar disenciones, y discordias entre ambas Jurisdicciones, y por conservar la vnion del sacerdocio, y del imperio, no pudo (fº 30 v.)

la Sala ni debió poner en execucion estas leyes antes de haberse circulado, y comunicado a los Juezes Eclesiasticos igualmente que a los Reales. o lo que es lo mismo, antes de haberse publicado, y promulgado en la forma acostumbrada.

No hay para que detenernos en fundar la indispensable, e invariable necesidad de promulgar y publicar antes de executar las leyes puramente humanas para que obliguen asu cumplimiento y observancia, especialmente las criminales, y las nuevas, que derogán, revocan, y reforman, o corrigen las anteriores que estan en vigor y practica. Esta es vna verdad de derecho notorio, convencida, y demostrada hasta la evidencia por Filsofos, Theologos y Juristas, particularmente los mas modernos, que la han puesto en su maior claridad y perfeccion al tratar de las leyes eclesiasticas publicadas unicamente en Roma; pero no podemos desentendernos de haber oido que este principio tan legal, como fundado en todo derecho, natural, divino, y humano, fue desatendido en la causa de cierto Religioso, cuyos crímenes notorios han llenado de abominacion y oprobio su profesion y nuestro Estado; pero esto no puede ni debe valer a la sala para justificar sus procedimientos, lo primero, por que mientras las sentencias, autos, o resoluciones no expresen sus fundamentos, es menester adivinar, para asegurar quales fueron los principios que atendieron, y quales los que despreciaron. Los Juezes especialmente de Tribunales Superiores, no acostumbran fundar sus determinaciones, y mucho menos significar los alegatos que juzgan inconducentes.

Lo segundo: por que las raras gravísimas circunstancias de esta causa dan motivo justo para no detenerse en la consideracion de no haber sido promulgadas vnas leyes, cuya disposicion de ningun modo era necesaria para la decision de las ocurrencias de la misma causa, bastando, como efectivamente bastan las antiguas canonicas y Reales para excluir del privilegio clerical a vn Parricida alevoso, semejante, sino igual al eclesiastico homicida de su propio Obispo; y quando no eran necesarios los establecimientos de las nuevas leyes para el caso ocurrente, era tambien inutil alegar en el la falta de su promulgacion. De hecho ni en los autos de Vuestra Real Audiencia de Mexico ni en Vuestras Reales Cédulas, despachadas sobre esta causa, se mencionan para nada las leyes del nuevo Código; prueba clara de que ellas no han tenido influxo alguno en la misma causa, y de que sus determinaciones han girado sobre otros principios. Las circunstancias, adjacencias, o qualidades adjuntas, varian al infinito los delitos, y sus procesos; y por eso es maxima tambien legal la de que no se debe juzgar por exemplos; y lo tercero, por que seria vna injuria y calumnia tan detestable como falsa, y antojadiza la de imaginar que en la justificacion, igualdad, e imparcialidad conque nuestros superiores tribunales distribuyen, y administran la justicia, se hiciese lugar la variacion, y diversidad de aceptar este principio, quando se opone contra las leyes eclesiasticas, y de despreciarlo quando puede y debe obrar contras las Reales.

Mas sea lo que fuere dela particular indicada Causa, en que desde el arresto del Reo concurrio, e intervino el Ordinario Ecclesiastico, lo cierto es, que quando se trata de vnas leyes, novissimas en su disposicion, y generalcs, quales son las del nuevoCodigo, no promulgadas, ni comunicadas para su cumplimiento, se hace el mexor lugar la excepcion que hemos propuesto, especialmente para el fin, a que hemos vsa(fº 31v.)do de ella; que es el de la abolicion de las mismas leyes, por ser como es notorio, que es tan facil revocar las no publicadas, ni aceptadas, como difiicil hacer lo mismo con las que tienen asu favor estas poderosas circunstancias.

Supuesto pues el ya expresado principio, que no es susceptible de derogaciones, ni revocaciones, y supuesta tambien la diferencia, que debe siempre tenerse presente, entre la publicacion material insolemne, e ilegal, o de mero hecho, que de ningun modo puede hacer obligatorias las leyes, aun al que las sabe; y la solemne formal, o de derecho, que es la que vnicamente induce la obligacion desu observancia, aun al que las ignora, se hace incomprendible el fundamento, sobre que la sala ha pretendido exceptuar, y excluir de esta regla, como de hecho lo ha executado, a la mas noble, distinguida, y privilegiada clase de los vasallos que V. M. tiene en estos Reynos, cumpliendo, y solicitando cumplir en sus individuos vnas leyes, que sabe no han sido promulgadas, y que no puede ignorar la necesidad de su publicacion en las formas acostumbradas: Unas leyes, cuyo cumplimiento no se le ha encargado, ni aun se le ha comunicado su disposicion. ¿Pues de donde dimana el irregular y extraordinario empeño que ha tomado en su execucion? No queremos atribuirlo a otro principio, sino a que sabe que las tales leyes se hallan en el nuevoCodigo, cuyo primer Libro se ha dignado V. M. aprobar. Pero ¿y en vn tribunal qual es el de la sala, no es crimen prevenir el juicio de V. M. y de su Supremo Consejo, anticipando la execucion de vnas leyes, que hasta ahora no se le han comunica(fº 32)do, ni se le ha mandado que proceda con arreglo a ellas? ¿No es vuestro Consejo de Yndias el vnico conducto, por donde se deben comunicar hasta las mismas leyes que V. M. quiera se observen en estos sus Dominios? ¿Puede acaso ignorar la Sala las funciones y officios, que en esta parte corresponden privativamente al mismo Supremo Consejo, y que se leen en nuestra Recopilacion? Fuera de esto ¿quanta es la distancia que media desde la formacion y aprobacion de las leyes hasta su promulgacion y execucion? ¿Quantas causas pueden impediria, y embarazarla, aun despues de formadas y aprobadas las leyes? ¿No necesitan tambien de oportunidad? ¿quantas dudas, e inconvenientes se pueden pulsar en la execucion, que no ocurrieron al tiempo de su disposicion, o sobrevinieron a ella? por que al fin son obras de hombres. No nos atrevemos a entremeternos en los secretos de V. M. y de su Consejo; pero no podemos dejar de presumir que sera justo y grave el motivo por el qual se ha omitido circular y comunicar estas leyes del modo que se ha hecho con las otras que ya expresamos

V. M. se sirvió aprobar todas las que comprehende el Libro primero del nuevo Código desde veinte y siete de Marzo de mil setecientos noventa y dos, previniendo a su Consejo que las fuese poniendo sucesivamente en uso y practica, y arreglando a ellas sus determinaciones en los casos que ocurriesen; pero esto se entiende y debe entender procediendo el medio preciso y acostumbrado para la observancia y cumplimiento de toda ley, qual es su promulgacion, y librando al efecto las Cédulas y Providencias, que no se han despachado para la execucion de estas leyes; que como todas no se forman unicamente para la decision de los litigios, o acciones de los hombres, entabladas ya en los Tribunales, sino para que ellos arreglen a estas pautas sus acciones, antes de (fo 32 v.) que lleguen a ser enjuiciadas; ni pudo jamas ser la intencion de V. M. que mientras se estuviesen en los Archivos del Consejo, y de la via reservada sirviesen guardadas alli, de norma y regla para las decisiones y procedimientos en Yndias; antes bien así como mando V. M. que se pasasen copias autorizadas del mencionado Libro primero del nuevo Código a Vuestro Consejo, a la via reservada, y a Vuestros Fiscales, para que en la de adelante arreglasen al tenor de sus decisiones las cédulas y Providencias que fuese librando el Consejo en los casos que ocurrieran, las resoluciones y ordenes que se expidiesen por la via reservada, y las respuestas de Vuestros fiscales del propio Consejo, promoviendo su observancia; del mismo modo entendemos ser igualmente la Voluntad de V. M. que para que en éstos sus Dominios se execute lo propio que en la Corte, primero se pasase y comunicase a ellos igual copia de las mismas Leyes; como que no puede ser conforme a la voluntad, siempre justa de V. M. que ellas sean norma y regla de las decisiones judiciales, y no de las acciones que las anteceden. y dan motivo a ellas; ni que para la determinacion de los negocios de Yndias, rija y gobierne vn código en Madrid y otro en Yndias, maiormente quando estos no estan acordados, como efectivamente no lo estan sobre el fuero de los Eclesiasticos en las causas que comprehenden las disposiciones de las leyes doce título nono de la inmunidad, trece título doze de los clérigos, y setenta y vna título quinze de los Religiosos del Libro primero del nuevo Código.

El modo con que estas leyes vinieron al Reyno fue por añadidura a Vuestra Real (fo 33) Cédula fecha en Sn. Lorenzo a veinte y cinco de octubre de mil setecientos noventa y cinco, y dirigida a Vuestro excmo. Virrey de Mexico, sobre el proceso de incontinencia qualificada *con circunstancias agravantes y notables* de vn Religioso laico. Con este motivo se previno precisamente a Vuestro Virrey entre otras cosas, que en casos semejantes procediese con arreglo a la ley setenta y vna, de que se le acompañaba copia; y como en esta ley se citen la duodécima, y la decima tercera, se copiaron tambien estas; pero sin mandato especial de V. M. De este enlace que entre si tienen estas leyes, por la citación que en unas se hace de otras, resulto sin duda que a la copia de la setenta y una, se agregase la de las otras dos que

ella cita; y aqui nos parece que no son de omitir dos reflexiones: Primera, que Vuestra Real cedula solo mandó especificamente observar la disposicion de la ley setenta y vna; mas no las de las otras dos, que como ya diximos ni aun se mandaron copiar: Segunda: Que Vuestra Real Cedula se dirigió vnicamente a Vuestro Virrey, mandandole precisa, y expresamente que arreglase sus procedimientos a la ley setenta y vna; pero sin prevenirle lo mismo por lo respectivo a las otras dos leyes, no obstante que en la cedula se refieren con su cita vnas palabras dela duodecima; y sin mandarle tampoco que al mismo efecto, comunicase y circulase en la forma acostumbrada la propia Real Cedula, lo que tal vez se omitiria por esta consideracion; y de aqui ha resultado, que estandose ella guardada en la secretaria del Virreynato, y tal vez en las de Vuestra Real Audiencia y Sala del crimen, si se les paso por vuestro Virrey, como es de discurrir, aunque lo ignoramos, comenzase la misma Sala a cumplir, y hacer executar las leyes agregadas a la cedula, al menos en este Obispado, antes de que en el se hubiese tenido noticia (f^o 33 v.) de ellas.

Ni el enlace que entre si tienen estas leyes es bastante antecedente para que este Tribunal infiera de haberse mandado cumplir la vna, que esto mismo se debia entender por lo respectivo a las otras dos; por que este discurso lo resisten las disposiciones de derecho en materias, como la presente, odiosas por su naturaleza, de mui rigurosa y estrecha interpretacion; en las que por esta razon se excluyen semejantes interpretaciones, y extensiones, tanto en los Rescritos, cuya naturaleza, calidades, y efectos tienen las cedulas, como en las leyes penales, y nuevas, y mas si revocan, o derogan las anteriores: estas deben ser sancionadas especificamente, y no por ilaciones, ni deduciones. Las remisiones de vnas a otras en el Codice que las reúne a todas, no bastan para que mandada cumplir por separado y especialmente la sola referente, se entienda lo mismo de las otras, maiormente quando si asi lo hubiera querido V. M. con la misma facilidad y ocasion que mando lo vno, hubiera tambien mandado lo otro. La interpretacion singularmente en materias dela naturaleza de estas leyes, siempre se debe hacer contra las que, pudiendo, no manifestaron mas abiertamente su Voluntad. Al menos presentaba justa razon de dudar el modo con que vinieron al Reyno las leyes doce y trece; y antes de reducir las a execucion parece que debio la sala, por medio de la correspondiente consulta, asegurarse dela Voluntad de V. M. sobre su observancia; la que en materia (f^o 34)teria tan grave como delicada, llena de escrupulos, y peligros exige orden especial y expresa, no deducida de interpretaciones y consecuencias, expuestas a no merecer la aprobacion de V. M. y a causar los ruidosos escandalos, que han resultado de sus precipitados procedimientos.

Y no solo se excedio la sala, haciendo executar vnas Leyes, que sabe mui bien y le consta no han sido promulgadas ni publicadas en los terminos regulares y acostumbrados, sino resolviendo, al

menos practicamente y con sus hechos, por si sola, y sin la previa consulta que antes de todo otro procedimiento, debio haber dirigido a V. M. vnas dudas y questiones mui dificiles, implicadas, y de la maior gravedad, que todas o nacen del texto, y de las entrañas mismas delas leyes, o quando menos, estas la dejan en pie, y no dan luz bastante para resolverlas. debiendo por lo mismo haber suspendido sus procedimientos hasta que V. M. se hubiera dignado dccidirlas.

La ley duodecima declara *quelos eclesiasticos no deben gozar inmunidad en los delitos enormes o atrozes, ni en los maiores de sedisiones, alborotos, y perturbaciones dela paz publica.* No es facil comprehender qual sea la mente o intencion de esta ley en su segunda parte. ¿Si calificar de maiores, y exceptuados todos los delitos de sedisiones, alborotos y perturbaciones dela paz publica? lo que daria vna mui grande extension a la disposicion de la ley, e igual limitacion a la inmunidad que restringe; o ¿si solo quiso excluir de ella a los Eclesiasticos delinquentes en las Sedisiones, alborotos, y turbaciones que son las maiores en su genero? que es lo que da a entender la construccion del texto, y lo que en las menores dejaria salva la inmunidad. En este delito caben muchos grados, y muchas especies de menor, o maior gravedad, y de maior o menor enormidad, y atro(f^o 34 v.)cidad, o por las circunstancias que ocurran, o por los fines y obgetos que se propongan los delinquentes, o por la calidad de sus Personas, o por la clase y esfera de aquellas contra quienes lo cometan: pero a mas de esto, es cierto, que la ley no determina quales son esos delitos enormes atrozes que exclue de la inmunidad personal, como se han fixado y especificado los exceptuados de la local, y los que por algunas Constituciones Pontificias excluyen tambien de la Personal del Clero; que no da regla alguna para medirlos, ni declara que juez ha de hacer la calificacion de ellos: Tres puntos que parece debieron haber impedido la execucion de la ley hasta que V. M. hubiese declarado sobre ellos su Voluntad. Nosotros nos extenderemos en ellos, para que vista la gravedad y tomado el peso a la materia, se venga en claro conocimiento, y se deduzga como consecuencia necesaria la ligereza con que se ha procedido, comenzando desde luego por el abuso de la jurisdiccion que la ley permite, y al mismo tiempo manifestaremos a V. M. por este mismo medio los progresos abusivos que debe temer esta legislacion, y el estado quimerico, a que vltimamente se vendrá a reducir la inmunidad tan sagrada en los tiempos anteriores.

En la Jurisprudencia no hay regla fixa, ni autorizada para calificar la enormidad, o atrocidad delos delitos: Hasta hoy se ha quedado este punto embuelto en la obscuridad, que es el efecto natural de las opiniones arbitrarias, diversas, y entre si opuestas; y ninguna de ellas, como que no pasa de opinion, puede dar fundamento (f^o 35) tan solido y claro, como es menester para excluir a los eclesiasticos de su inmunidad personal: El goze de ella se funda en la regla comun y general; su exclusion en la excepcion de esa regla; pero la excepcion debe ser

tan clara y manifiesta como la misma regla, y ambas deben ser autorizadas, o establecidas por la misma Potestad legislativa; de otra suerte el efectivo goze, o la privacion de la inmunidad, quedaria pendiente del arbitrio y opinion de los Juezes; lo que, si en todas materias es muy peligroso y lleno de inconvenientes; lo es mucho mas en las criminales y de inmunidad.

Los eclesiasticos siempre pretenderan que sus delitos en las ocurrencias particulares de cada vno no son comprehendidos en la clase de los exceptuados; y por el contrario los seculares; de lo que no pueden resultar sino choques, discordias, y disensiones, turbatibas de la publica tranquilidad, y de la concordia de ambas jurisdicciones por que cada delito costara vn litigio entre ellas, vn recurso por via de fuerza a Vuestra Real Audiencia, y el vltimo a V. M.; que es puntualmente lo que en el dia se esta experimentando, sin esperanza de que los excitos de cada causa particular, que es preciso sean varios, por que recaen sobre todas las circunstancias de cada proceso, puedan producir la regla comun o fixa que se hecha de menos, puesto que es moralmente imposible, muy rara, y dificil tal reunion de ocurrencias y adjuntos que hagan los casos identicos, o en el todo semejantes.

La enormidad y atrocidad de los delitos tambien es susceptible de muchos grados desde el infimo hasta el Supremo. Hay algunos que por si mismos son enormissimos, y atrocissimos, para los quales no hai necesidad de ley declaratoria, como ni para aquellos que han declarado ya tales las constituciones eclesiasticas al efecto de privar de su fuero al clerigo que los cometiere; pero hay otros, y son muchos maiores (fº 35 v.) en numero, de los que se puede, y debe dudar, si a este efecto son, o no comprehendidos en la clase de enormes y atrozes: A todos los hace mudar de qualidad la infinita variacion de sus circunstancias, y por esta consideracion se ha opinado que el punto en question no es susceptible de regla fixa, o legal, respecto a que las leyes nunca pueden, ni deben extenderse de modo que sus decisiones comprendan la infinita diversidad y variacion de circunstancias posibles; las quales, como en lo moral, y tambien en lo legal, judicial, y forense minoran, agravan, y hacen mudar de especie vnos mismos crímenes. Por esta causa el clero de la Yglesia Galicana jamas pudo alcanzar de sus Reyes, que fixasen, determinasen, o dicsen regla cierta para calificar los casos que llaman privilegiados, en los que los tribunales seculares de aquel Reyno, conocian de las causas criminales de los Eclesiasticos: pero por falta de esta regla, o declaracion se horado tanto el fuero del clero en sus causas criminales, que llegó a reducirse a solos los delitos eclesiasticos, y aun en estos metian tambien su hoz los Parlamentos con pretexto de mantener y amparar las libertades de aquella Yglesia, y de proteger los canones recibidos en aquel Reyno.

Debe temerse y precaverse que suceda lo mismo en el nuestro, por que puestas vnas mismas causas o principios, es regular y natural que resulten los mismos efectos. Los delitos exceptuados por las leyes del

nuevo Código, son puntualmente los mismos con que en Francia se comenzó a introducir su Jurisprudencia Nacional en (fº 36) sus casos privilegiados. De estos delitos se pasó luego a los que carecían de esas qualidades, bajo el pretexto de que, aunque estuviesen desnudos de ellas, eran por otra parte ofensivos de la quietud, seguridad, y tranquilidad pública, y otros quedaban sin el condigno castigo por la insuficiencia de las penas eclesiásticas; y de este modo por grados se fue desgarrando y destrozando la inmunidad personal, de suerte que llegó a quedar reducida a los precisos terminos de la antiquada, y revocada Constitución de Justiniano; que reconocida a fondo nada concedió al clero, por que su inmunidad en los delitos Eclesiásticos es indisputablemente de derecho divino, no dependiente de la voluntad de los emperadores, ni de sus constituciones.

En puntos de Jurisdicción todo consiste en comenzar con suceso: De vn exemplar se abanza a otros: introducida la cabeza se pasa todo el cuerpo. La Jurisdicción que se ve favorecida del Principe, siempre emprende sobreponerse a la que cree abatida, o desatendida: esta es vna experiencia de todos los siglos, y de todas las Naciones, y no ha fallado en las presentes ocurrencias. Con motivo de que la Real Cedula, a que se añadieron las nuevas leyes, habla del delito de incontinencia que ya insinuamos, se han imaginado los Magistrados Seculares que pueden ya tomar conocimiento, y castigar las de los Eclesiásticos; y a buelta de sus delitos enormes pretenden tambien proceder y castigar, a lo menos por via de corrección, aquellos que no merezcan formal pena y mucho menos la capital, obrando en esto al modo que está dispuesto para en semejantes casos por lo respectivo a la inmunidad local de los seculares; pero no advierten que esta se conserva ilesa, y surte todo su efecto obrando de ese modo, quando la personal del fuero, se pierde con el solo hecho de tomar la jurisdicción Real judicial conocimiento de los delitos del Eclesiástico; ni consideran la notoria diversidad de (fº 36 v.) la *qualidad* de las Personas, que todo lo obra en estas materias, ni ven por vltimo que la incontinencia de que habla Vuestra Real Cedula fue vna incontinencia qualificada con circunstancias *notables* y *agravantes*, que aunque V. M. no quiso expresarlas, sin duda por vn efecto de su miramiento religioso a la profesion del Reo, pudieron tal vez ser, segun se puede congeturar del tenor de la misma cedula, o la reincidencia, en cuyo caso despues de las correspondientes moniciones, priva el derecho canonico del privilegio del fuero al Eclesiástico que se entrega a delitos enormes, o la seducción, especie de rapto, que constituia vno de los casos privilegiados del Reyno de Francia.

En el, de los Eclesiásticos de inferior orden, se hizo transito a los del primero, y se sugetaron al fuero Secular hasta los casos privilegiados en que incurriesen los Obispos, aun quando a su Dignidad Apostolica, se añadiese la de Cardenales de la Santa Romana Iglesia. Todas eran consecuencias forzosas de los principios que sobre nuestra inmunidad

adoptó aquella Nación; y en toda otra son de temer las mismas resultas, siempre que ella apruebe, acepte, y establezca los propios principios; que no sin dolor vemos estampados en los Libros y Discursos que últimamente se han publicado sobre la Potestad Real, y sobre las esenciones del clero.

Nuestros españoles en los tiempos anteriores al último tercio de este siglo, por lo comun detestaron siempre, e improbaron estas mismas Maximas, o principios que ahora se aplauden, y se esfuerzan en los indicados Libros y Discursos, cuyos Au(f^o 37)tores por imitar las singularidades de los Extranjeros, se olvidaron de las censuras con que la Inquisicion de España ha notado los escritos de Talon, de Richer, de Macanas, y de otros muchos de iguales doctrinas, y no reflexionaron que en nuestro Reyno esta formal, y solemnemente aceptado, y mandado cumplir y observar el Santo Concilio de Trento, que no admitió la Francia; que están recibidos en el y vsados los cuerpos del Derecho canonico, y demas constituciones Eclesiasticas, ya conciliares, ya de los Sumos Pontifices, que nunca aceptaron los Franceses; y que por estos motivos pudieron ellos discurrir, y obrar en la materia con la libertad, que no es licita a los Españoles; los que ademas no pueden contar como aquellos con vna costumbre antiquisima, aceptada por sus obispos, sabida, consentida, y al menos tolerada por los Romanos Pontifices. No conocemos Libertades de la Yglesia Española: Sabemos que no se pueden extender a ella las de la Galicana, que a juicio de vn docto y piadoso frances, son vnas verdaderas servidumbres, y cuyo cimiento, reconocidas, y examinadas a fondo, solo consiste en sus costumbres antiguas, y en no haberse sugetado a las ya insinuadas leyes Eclesiasticas, por no haber sido admitidas ni aceptadas en aquel Reyno, como lo han sido en el nuestro.

Pero si en materia de inmunidad pudiesemos discurrir y obrar como los franceses (hablamos en todo esto de los tiempos anteriores a su abominable revolucion; de los tiempos de su Monarquia, no de su Republica) presto caeria por tierra entre nosotros, como cayó entre ellos todo el edificio de la inmunidad personal. A este efecto cooperaron mucho las dos opiniones que parece les deben su origen, o al menos los abrazaron con ardor; vna de calificar por casos privilegiados (nosotros diremos exceptuados) todos los delitos que el derecho llama publicos, y a mas de estos todos los otros a los quales el juez eclesiastico no puede, o no debe imponer sino menor pena que la (f^o 37 v.) decretada por las leyes seculares, en castigo de los mismos delitos. Si, supuesta la disposicion de la ley duodécima, se admitiesen estos modos de opinar para calificar quales son los delitos enormes o atroces, apenas quedarian algunos que no fuesen comprendidos bajo de estas medidas, por que se extienden a mucho las cathogorias delos delitos publicos, y delos que el Juez eclesiastico castiga con menor pena que la ordinaria de las leyes civiles. No habria delito que el Juez Secular no pretendiese ser comprendido en esas reglas, como que to-

dos los que castiga la Potestad civil, mas o menos, siempre se oponen o al bien publico y comun del estado, o la seguridad que deben tener los vasallos en sus Personas, y Haciendas, o al buen orden, paz, y tranquilidad de la sociedad. Estos son los obgetos propios de la Potestad civil, y las miras, pautas, o normas a que arregla y proporciona sus respectivas penas. Las Balanzas con que la Potestad secular, y la Eclesiastica pesan los delitos, son tan diversas, como los fines, y obgetos peculiares de cada vna. No tienen en ambas vna misma gravedad los delitos; y aunque en el peso del santuario sean siempre maiores los de los Eclesiasticos que los de los Legos, tambien es cierto que por la Dignidad y demas qualidades de las personas (en que debe siempre tenerse presente su inmunidad, por que aun la local basta para eximir a los Reos de las penas ordinarias de las Leyes) se minoran las penas del fuero externo, o judicial, y que las de la Yglesia, aunque no priven de la vida, tienen la cierta proporcion ya insinuada, que satisface bastantemente a la vindicta publica; la que no está ligada a la efusion (f. 38) de sangre, que mas participa de venganza, que de remedio, o satisfaccion al publico, y se consigue igualmente con los destierros, reclusiones, y demas penas canonicas.

Ademas que no hay Aranceles de ellas, ni de las impuestas por las Leyes, que en el dia pudieran servir para hacer paralelo entre vnas y otras, y por su cotejo, o comparacion venir en conocimiento de si quedan, o no bastantemente castigados por las eclesiasticas los delitos de los clerigos, por que tanto en los autores criminalistas, como en la practica de los Tribunales vemos que por la maior parte es hoy arbitraria la imposicion de penas en los Tribunales Reales igualmente que en los eclesiasticos, aun prescindiendo de los casos en que es forzoso, que las circunstancias de que se viste cada delito en particular, hagan variar su pena. De donde resulta que al efecto de hacer ese juicio comparatibo, para que lo surtiese la disposicion de la ley duodecima, seria preciso o formar vna nueva legislacion criminal Real, y Eclesiastica, o dar vigor a la antigua, excluyendo todo arbitrio de los juezes, igualmente que las practicas, vsos, y costumbres contrarias que las han antiquado, derogado, o abrogado; pues no parece justo que al efecto de excluir hoy al Reo Eclesiastico de la inmunidad de su fuero, sirva de regla para medir la enormidad, o atrocidad de su delito la pena de vna ley que carece de observancia en los tribunales

Estas mismas consideraciones persuaden, que si no es en los terminos que acabamos de expresar, tampoco puede servir de regla para calificar al fin referido de enormes o atroces los delitos, ni como quieren vnos los que inducen infamia de hecho, a causa de la irregularidad consiguiente a esta infamia, ni como opinan otros los que castigan las leyes con pena de muerte, por que sobre haber la costumbre derogado a las mas de estas penas, nuestros mismos Autores han reconocido y confesado que nuestra antigua legislacion criminal excedio (f. 38 v.) no poco en la imposicion de tales penas, tal vez proporcionadas en-

tonces, no a la verdadera cantidad de los delitos, sino a las costumbres, y exigencias de aquellos tiempos.

Pero dese la regla que se diere, si la materia es susceptible de alguna, para calificar los delitos: ¿que Juez es el que ha de hacer su aplicación? ¿El Real, el Eclesiástico, o ambos? Sobre esta importantísima question, que puede justamente numerarse entre las excepciones que el derecho llama prejudiciales, callan enteramente las leyes del nuevo Código, y su decisión parece que debía preceder a todo otro procedimiento del Juez Real, por que la qualidad del delito es la que en el caso le da la Jurisdicción, de que priva al Juez Eclesiástico; y la qualidad atributiva de la Jurisdicción, es la que ante todas cosas debe fixarse, y determinarse por el Juez competente para ello. Lo primero en que debe afianzarse, o asegurarse todo Juez es en la Jurisdicción con que procede, por que ella es el cimiento, fundamento, y base principal sobre que se levanta todo edificio judicial, con la justa mira de precaver nulidades, y demas daños, e inconvenientes que resultan de proceder sin jurisdicción, o con la que es dudosa, e incierta; de donde dimana la maxima legal y canonica, de que dudando el Juez de su Jurisdicción, no puede, ni debe obrar, sino suspenderse, y abstenerse, hasta que por el respectivo superior se disipe, y disuelva la duda.

La jurisdicción Eclesiástica funda de derecho sobre las Personas eclesiásticas, del mismo modo que la Real sobre las de los Legos: Los procedimientos de aquella contra Seculares, igualmente que los de esta contra Eclesiásticos son excepciones de las re(f. 39)glas comunes; y por eso deben ante todas cosas calificarse las qualidades, que les dan, o les quitan la Jurisdicción en los casos ocurrentes; y el no hacerle así es exponerse al tan facil, como manifiesto peligro de traspasar los terminos señalados a cada jurisdicción. Para precaver este inconveniente Vuestra Real Cedula de quinze de Marzo de mil setecientos ochenta y siete, a mas de disponer que se guarde la inmunidad local, no solo quando desde luego aparece que el delito no es de los exceptuados, sino tambien quando este punto se presenta como dudoso, exige que para obrar la Jurisdicción Real contra el Reo refugiado, como excluido, privado, o exceptuado de la tal inmunidad, proceda la correspondiente declaración del Juez eclesiástico; que eso es lo que significa el mandar que se le pida la consignación formal y llana entrega del Reo, sin caución relativa a la indemnidad de su Persona.

En las ocurrencias de la inmunidad local, es privativa de la Jurisdicción Eclesiástica la declaración, segun las formulas de estilo sobre si el delito es, o no de los exceptuados: En esto convienen los Regnicolas, que testifican tambien ser esta la uniforme costumbre y practica de los Reynos de Castilla, Leon, e Yndias, y así la previenen expresamente las Bulas Pontificias despachadas sobre este genero de inmunidad, recordadas, y mandadas tener presentes por la santidad de Clemente decimo quarto en su Breve sobre reducción de Asylos, el que se le mandó cumplir en estos Reynos por Vuestra Real Cedula de dos, o nueve de

Noviembre de mil setecientos setenta y tres; y así lo han dispuesto también entre otras Vuestras Reales Cédulas de cinco de Abril de sesenta y cuatro, veinte y nueve de Julio de sesenta y ocho, cuatro de octubre de setenta, quince de Mayo de setenta y nueve, y vitimamente la que gobierna al presente la materia, que es la ya citada de quince de Marzo de ochenta y siete, sin que podamos dejar de copiar las palabras de la Real Cédula que con fecha de veinte y ocho de Mar(fº 39 v.)zo de mil seiscientos veinte dirigió el S.^{or} Don Felipe Tercero a Vuestra Real Audiencia de Lima: *Habiendose visto, dice S. M. por los del mi consejo de Yndias, para que en todo se proceda con la justificacion que materia tan grave requiere, me ha parecido advertir, como lo hago, que el conocimiento delas causas sobre inmunidad eclesiastica, pertenece a los Jueces Eclesiasticos.*

Lo mismo, y no ya por semejanza, igualdad, o identidad de razon, sino por otra mucho maior, mas solida y fuerte, se afirma, y se debe afirmar en lo respectivo a la inmunidad personal del fuero, o de las causas criminales de los Eclesiasticos, por que en la que es precisamente local, el crimen enteramente profano, y la notoria qualidad de la Persona secular, fundan a favor de la Jurisdiccion Real, que es la Ordinaria, y la que esta en posesion respecto del Reo, sin que a favor de la Eclesiastica ocurra otra circunstancia que la muy extrinseca del efugio al Sagrado Asylo; pero en lo tocante a los crímenes de los Eclesiasticos la qualidad igualmente notoria de la Persona, que se puede decir intrinsecamente Eclesiastica por su caracter y consagracion, su vestidura, trage, o insignia exterior, y muchas veces tambien su empleo, o destino publico, todo conspira a favor de la Jurisdiccion Eclesiastica, que está en regla, y en posesión respecto del tal delinquento.

La Santidad de Clemente octavo en su constitucion por la qual privó del fuero clerical a los Eclesiasticos Asesinos, previno expresamente que su respectivo Juez eclesiastico debia calificar el delito, y declarar haberlo cometido el delinquento, y la clara decision de esta constitucion en la parte relativa (fº 40) al juez que debe declarar la qualidad del delito, la extienden los Interpretes a todos los demas crímenes, por los quales otras Constituciones Pontificias han privado a los Eclesiasticos del privilegio del fuero: Los mismo dispuso la Santidad de Julio Tercero en la Bula que despachó para que en el Reyno de Valencia no gozen de ese privilegio los clerigos de Tonsura, que cometiesen alguno de los muchos delitos que expresa, pues hablando con los Prelados de Valencia, Tortosa, Segorve, y Cartagena, a quienes la dirigió previene que primero se habia de hacer constar legitimamente ante ellos que los Tonsurados habian cometido alguno de los tales delitos: Lo propio se observa para excluir del fuero Eclesiastico a los clerigos de Menores y casados, quando no reunen en si las calidades que para que gozen de el exige el Tridentino, pues al Eclesiastico corresponde privativamente decidir y declarar, si concurren o no en ellos esas calidades: Por vltimo el conocimiento, y decisión judiciales de las quæstiones sobre

gozar o no del privilegio del fuero clerical, quando se reclama por parte interesada, o por los Juezes de Oficio, son del resorte de la Jurisdiccion Eclesiastica, segun la elegante, y celebradissima Constitucion de Bonifacio Octavo aceptada, recibida, y practicada en el Reyno, y adoptada por nuestras Leyes de Partida, y Recopiladas, lo mismo que las relativas a clerigos de Menores y casados, a cuias disposiciones adaptaron las suias nuestras leyes, y las Reales instrucciones expedidas en su conformidad, i para su cumplimiento.

Todos estos principios persuaden que no el Juez Secular, sino el Eclesiastico, es el que debe declarar la qualidad del delito que deba excluir al clerigo del privilegio del fuero; y a mas de las ya insinuadas consideraciones, lo convence tambien la reflexion de que la privacion del fuero en tales casos, es pena del delito qualificado; pero las penas de ningun modo pueden ni comenzarse a executar, sin (f^o 40 v.) que primero se declare haber los Reos cometido los delitos a que estan impuestas; y esta declaracion solo puede hacerla el Juez Eclesiastico, por que antes de ella no tiene Jurisdiccion alguna el Secular sobre el clerigo delincente.

Sin embargo de todo la Sala del Crimen con sus hechos de arrestar por si sola a los Eclesiasticos, mandandolos poner en las carceles Seculares, y procediendo como de hecho ha procedido en la causa de D. Manuel Arenas y otras semejantes, se ha apropiado la facultad, que hasta ahora no se le ha concedido, ni es de presumir se le conceda por V. M. de calificar a su solo arbitrio los crimenes, que supuesta la observancia de la ley duodecima debiesen excluir a los Eclesiasticos de su fuero. Nunca es de discurrir que V. M. con la sola decision de esta ley quisiese tambien derogar de vn solo golpe, a mas del privilegio clerical, las decisiones canonicas y legales que autorizan al Juez Eclesiastico, como el vnico competente para calificar o declarar las qualidades de los delitos que excluyen del goze de la inmunidad; ni que del mismo modo quiera V. M. privar a su Real Audiencia del exercicio y uso que le es privativo de la Regalia en los recursos de Fuerza.

Para calificar los delitos es necesario proceder con muy detenido examen de los hechos, y de todas sus circunstancias: Obra que por lo comun no puede resultar de solas las Sumarias. No hay cosa mas frecuente, ni mas experimentada, que la de turbarse, y desfigurarse sus verdaderas ocurrencias e ideas, falsificando los juicios plenarios lo que aparecia de los (f^o 41) Sumarios: Bien examinado todo suelen tener los crimenes muy diferente, y aun opuesto semblante del que presentan las primeras quejas, frecuentemente exageradas, abultadas, y animadas mas de resentimientos y zelos, que del verdadero, prudente, y sabio zelo de la justicia. Asi lo ha experimentado la misma Sala en la causa de D. Manuel Arenas; y asi lo persuaden los diversos modos con que, segun los reglamentos Eclesiasticos, y Reales obra la Jurisdiccion Secular en las causas de inmunidad local en juicios Sumarios y plenarios, y antes, o despues de la declaracion del Juez Eclesiastico,

sobre ser, o no exceptuado el delito; y por último nunca puede anticiparse a proceder judicial, jurídica, y contenciosamente el Juez, a quien no da Jurisdicción, sino una calidad que todavía no se ha determinado, ni declarado, por el que únicamente puede, y debe hacerlo; y esto mismo persuade que antes de esta declaración el Reo solo puede ser arrestado por su Juez, y puesto en la cárcel propia de su fuero: de que aun no está privado; y para que lo fuese en virtud del solo juicio sumario, debería proceder igual declaración Pontificia, a la que se ha hecho por lo respectivo a la inmunidad local.

Si las leyes del nuevo Código no individuaron los delitos que excluyen de la inmunidad personal; si no dieron regla cierta para calificarlos, y si no declararon el Juez que debe hacerlo, tampoco decidieron, desde quando han de comenzar a verse los Jueces Real y Eclesiástico, ni quales han de ser las funciones de este, durante el proceso, ni como se ha de obrar quando el eclesiástico haya prevenido no solo en el conocimiento del delito, sino tambien en la prisión del Reo, o al contrario quando el Juez Real haya comenzado a conocer de la causa, sin haberse aun arrestado el delincuente: Otro manantial de dudas y disenciones entre ambos jueces, y otra ocasion de los abusos que ha hecho la Sala de las (fo 41 v.) mismas leyes.

La duodécima no habló de tal unión, ni aun por remisión a la setenta y una, que es la que únicamente la establece, pues la decima tertia la excluye positivamente, por que hace privativo del Juez Real el conocimiento de los delitos que expresa con total inhibición del Eclesiástico. La setenta y una que dispone esa unión en los delitos enormes, o atroces de los Religiosos manda, *que el proceso del hecho criminal se forme por la Justicia Real en unión con la Ordinaria Eclesiástica, hasta poner la causa en estado de sentencia; y que si de los autos resultasen meritos para la relaxacion del Reo al Brazo Secular, pronuncie el Eclesiástico su sentencia, y devuelva los autos a la Justicia Real para que proceda ulteriormente a sentenciar, obrar y executar todo lo demas que hubiere lugar en derecho.*

Esta novissima legislación no se puede entender de aquellos procesos extrajudiciales, puramente instructivos, informativos, o de mero hecho, que siempre han podido formar por si solos los Jueces Reales sobre los crímenes de los clérigos, y los Eclesiásticos, sobre los delitos de los legos, a fin de dar cuenta con ellos a los respectivos Superiores de los Reos, remitiéndoles estos, o deteniéndolos por vía de providencia, pero a disposición de su Juez en los casos en que por si solos pueden tambien aprehenderlos, sin perjuicio alguno de la Jurisdicción privativa, por que en todo esto se obra sin ella provisional, y extrajudicialmente, o por vía de providencias económicas, gubernativas, paternales y domésticas, dirigidas únicamente, o a contener y precaver los delitos, o a asegurar, y custodiar sus autos (fo 42 res); pero no se pueda aplicar este sentido, o inteligencia a las nuevas leyes, por que su fin y objeto se dirige a privar de su fuero privilegiado a los eclesiásticos en los delitos

que comprehenden sus disposiciones, dando la Jurisdiccion a los Juezes Reales, y la vnion con estos de los Eclesiasticos, debe producir efectos propios de la jurisdiccion contenciosa, o judicial, siendo el principal el de que el Juez Eclesiastico se halle obligado a estar y pasar por el proceso, que con su concurrencia haya formado la Justicia Real, para conforme asus resultas imponer aquellas penas, que sean privativas de su Jurisdiccion, como lo manifiestan la misma ley setenta y vna, y mas claramente Vuestra Real Cedula de catorze de octubre de mil setecientos noventa y seis, dirigida a Vuestro M. Reydo. Arzobispo de Mexico en la causa de Fr. Francisco Miranda.

Abla pues la nueva legislacion de procedimientos en todo rigor judiciales, jurisdiccionales, y contenciosos; y por eso parece que la vnion de ambos Jueces debia comenzar al menos desde que dela Sumaria resultase, o apareciese que el delito era de los exceptuados; y como la Sumaria debe necesariamente preceder a la prision, que de ella debe resultar, como efecto de su causa, de hay es, que en los casos de las nuevas leyes, aun supuesta su observancia, no puede, ni debe decretarse, ni hacerse el arresto del Reo Eclesiastico, sino por ambos Juezes vnidos, y de ningun modo por solo el Real, quando no sea en los terminos arriba sentados, por que la prision formal es acto de Jurisdiccion contenciosa, de imperio, y de execucion en la Persona; amas de que la notoria qualidad de la del Eclesiastico delinquente, exige que no se haga sin auxilio, intervencion, o concurrencia de su Juez, como la del Lego por la misma razon inversa no se puede hacer por la Jurisdiccion Eclesiastica, aun en los casos privativos de su resorte, sino con auxilio de la Real; el que parece debia ella pedir a la Eclesiastica, quando haya comenzado (f. 42 v.) á conocer del delito del clerigo, para que de este modo ambas obrasen vnidas desde este principio executivo de la Jurisdiccion en causas criminales; mas la Real Sala del Crimen no ha entendido asi las nuevas leyes; y, abusando de ellas, por si sola ha mandado arrestar y poner en las carceles seculares a los Eclesiasticos, Reos de los delitos cuyo conocimiento jurisdiccional y contencioso juzga corresponderle por virtud de las mismas leyes, y eso aun hallandose los delinquentes formalmente arrestados por su Juez Eclesiastico: en cuyo evento parece que, aun por sola vrbanidad, atencion, armonia, y correspondencia, debian seguir en el mismo arresto formal, al menos hasta que se declarase si su delito era, o no de los exceptuados, y con sujecion a las resultas de esta declaracion.

Ella es la vnica que puede dejar expedita para sus funciones a la Jurisdiccion Real, antes obstruida por la qualidad de la Persona, y por la pendencia, e indecision dela duda sobre ¿si en el delito se verifica, o no la qualidad, que exigen las leyes para excluirlo de la inmunidad del fuero, del mismo modo que en la inmunidad local, no queda desembarazada la Jurisdiccion Real, aunque el Reo sea lego, y su crimen profano, hasta que despues de que por las vias canonicas i legales, acostumbradas, y observadas en nuestros Tribunales, se haya decidido ¿si el delito es, o nó de los exceptuados, a lo que es su equivalente, hasta que por el

Juez Eclesiastico se haga la formal consignacion, y llana entrega, o se declare que hace fuerza en denegarla; de suerte que hasta llegar á este paso se conserva ilesa al Reo lego la inmunidad local; y parece correspondiente que (fo 43.) hasta arribar al mismo termino se conserve la personal del fuero al Eclesiastico delinquente; lo que es clara, y manifiestamente conforme a las disposiciones de las Leyes de Partida, que hablan de los casos en que por sus delitos deben los eclesiasticos perder su fuero, y ser relaxados al Brazo Secular.

Al lego que se entró en la Yglesia, no se le extrahe de ella sin anuencia, o intrvencion del Juez, o Prelado Eclesiastico; y si se le pasa a la carcel Real, es bajo vna caucion que le conserva en todo su inmunidad; pues ¿por que no se ha de observar lo mismo con la correspondiente proporcion, quando el Juez Eclesiastico haya comenzado a conocer del delito del clerigo, y lo que es mas quando haya radicado su Jurisdiccion con la prision, o arresto? Aun el emperador Justiniano, cuias constituciones fueron muy contrarias a nuestra inmunidad, dispuso por vna de ellas, que si el Juez Eclesiastico hubiere comenzado a conocer de los delitos comunes de los clerigos, no entrase la Justicia Secular a tomar conocimiento de ellos, sino despues de que la Eclesiastica los hubiese depuesto de su honor y grado.

En el Reyno de Francia, a cuias Jurisprudencia es semejante la que establecen las leyes del nuevo Codigo, se dejaba al Reo en su carcel eclesiastica, si ya estaba arrestado, o no se ponía en ella si lo reclamaba su Juez, aunque bajo de su responsabilidad para entregarlo a la Jurisdiccion Real, segun las resultas de la decision sobre el caso privilegiado, y amas de esto ambos Juezes, obrando bajo de esta calidad concurrían, y se asociaban para la formacion del proceso, o procesos en que cada vno, aunque vnidos, actuaban por separado, hasta declarar del mismo modo si el caso era, o no de los privilegiados; y hecha esta declaracion se separaban, quedando el Reo, o por dela Jurisdiccion Real, si convenian sus sentencias en que el caso era privilegiado, o por de la Eclesiastica, si concorda(fo 43 v.)ban en que no lo era, o interponiendose en caso de discordia la apelacion como de abuso, equivalente a nuestro Recurso de Fuerza. Se sabia pues quales eran las funciones de el Eclesiastico en esta vnion, por que hasta la mencionada declaracion obraba como juez, llevando la autoridad y procedencia, y acudiendo a su Tribunal el Juez Real, como para en su caso lo dispuso la ya indicada constitucion de la Santidad de Bonifacio octavo, y como parece lo exigen la naturaleza de la Jurisdiccion Eclesiastica, su posesion sobre el Reo por la qualidad de su Persona y su caracter, Abito, o insignia; y no es de presumir que si V. M. quiere que se observen las novissimas leyes, niegue a sus Juezes Eclesiasticos en estos Dominos la distincion, honor, y preeminencia que se les concedian en el Reyno de Francia en estas vniones, o asociaciones de ellos, y de los Juezes Reales.

Por eso, aunque asi lo da a entender el tenor de la ley y lo descubre a ya citada Real cedula de catorce de Octubre de noventa y seis, no

podemos todavía persuadirnos que sea la mente, e intención de V. M. que el Juez Eclesiástico se vna con el Real solo para hacer las funciones de Testigo, o Fiscal de los procedimientos de este, o para que aquel quede ligado, con motivo de su concurrencia, a estar y pasar precisamente por el proceso así formado para pronunciar su sentencia de relaxación al Brazo secular, o de degradación, quando para ella resulten de lo actuado los meritos necesarios: Punto embuelto todavía en opiniones por lo tocante a la inmunidad personal; aunque decidido ya (fº 44) por lo respectivo a la local. La imposición de tales penas es privativa del Juez Eclesiástico; pero ¿como ha de sentenciarlas en virtud de vnos autos, en que no ha obrado como Juez, y en que no ha tenido las funciones de tal? ¿Ha de ser Juez únicamente para la sentencia definitiva, y no lo ha de ser para la formación del proceso, que es el antecedente necesario, y el solo medio para llegar a pronunciar la sentencia? Al que se le concede el fin, se le debe conceder también todo lo indispensablemente necesario, y aun lo útil y conducente para llegar a ese fin; y por consiguiente si el Juez Eclesiástico es el único que puede pronunciar las tales Sentencias, debe concurrir, y obrar en el proceso que actuare el Juez Real con calidad, investidura y funciones del Juez; por que de otro modo se le privaria con anticipación de su Jurisdicción, esto es antes que legitimamente constase ser el delito de los exceptuados; o se le vendría a conceder únicamente para sentenciar, mas no para actuar, o formar el proceso, de que debe resultar su Sentencia. Las de degradación real, o verbal, y de relaxación al Brazo Secular, parece que deben ser el efecto de un juicio mas instructivo que el Sumario, queremos decir del plenario, que exige el derecho comun, por la gravedad de estas penas, por el daño irreparable que causan, y por la qualidad de los Reos; que es en lo que consiste la diferencia de esta inmunidad a la local, a mas de la que ya arriba insinuamos.

La literatura y prudencia de Vuestros Ministros de la Sala del crimen, no pudieron dejar de presentir, y preever las dudas y dificultades hasta aqui propuestas, por que ellas brotan del contexto de las mismas leyes nuevas, y del modo con que se ha tenido noticia de ellas en el Reyno; y como todas hieren en su ejecución, en vez de proceder a ella, parece que debieron suspenderla, hasta que V. M. (fº 44 v.) las hubiese disipado, allanado, y decidido con sus Soberanas resoluciones, por que ningun Juez por sabio, y prudente que sea, puede valerse de sus luces y prudencia para determinar, ni aun en los terminos que le parezca justo, las dudas que arrojan de si mismas las leyes, sino que debe precisamente suspenderse en su ejecución y cumplimiento y ocurrir al Legislador para que declare su Voluntad, e intención segun se previene repetidas veces en nuestras leyes, y lo previno también especialmente V. M. por lo tocante a las del Libro primero del nuevo Código. A esta consideración debe agregarse la de que por vna parte la materia es la mas grave y delicada y la mas llena de riesgos, peligros, y escrúpulos, y por otra la nueva legislación tan complicada, encadenada, y vnida con otros establecimien-

tos Reales y canonicos, y con otros principios que hasta hoy gobiernan en los Tribunales Reales y Eclesiasticos, que no es posible conciliarla con ellos, ni ponerla en execucion, sin la revocacion, o correccion, que en quanto sea posible debe siempre evitarse, y que hasta ahora no se ha servido hacer V. M. de esos mismos establecimientos y maximas consiguientes a ellos. Por esto no son de estrañar las discordias, y disensiones entre ambas Jurisdicciones, la turbación, e inversión del orden de sus respectivas funciones, los escandalos, y la turbacion de la paz, quietud, y tranquilidad publica.

Pero, Señor, prescindiendo de los procedimientos de la Sala, estas mismas causas deben producir el efecto (f.º 45) que solicitamos y hemos pedido a V. M. de la abolicion y revocacion de las nuevas leyes, o al menos, y por lo pronto de la suspension de su cumplimiento: En ellas se funda, y con la maior solidez, como ya alegamos a otro intento, la Regalia de retener y suspender la execución de las Bulas y Constituciones Pontificias, que introduzcan alguna novedad en las leyes, costumbres, o derechos recibidos, y practicados en el Reyno, o que de algun modo perjudiquen a las Regalias de V. M. o a las Gracias concedidas á Vuestra Corona por la Silla Apostolica, o que dañen al derecho, no ya de algun cuerpo, comunidad, o estado, sino de qualquier vasallo particular; y los mismos principios influyen para que al menos se suspenda el cumplimiento de las Leyes del nuevo Codice relativas a la inmunidad personal. Las Leyes, Señor, no se dedignan de imitar a los canones, como ni los canones a las leyes; y de la sabiduria, justificacion, y prudencia de V. M. nos prometemos que no se desdeñara de imitar en esta ocasion la respuesta del Sumo Pontifice Celestino tercero en otra semejante ocurrencia: *Consultius duximus multitudini, et observatae consuetudini deferendum, quam aliud in disensionem scandalum populi statuendum, quadam adhibita novitate.*

No necesitamos, Señor, de nuevos remedios para la conservacion de la salud publica: la variacion tal vez la destruiria, como se experimenta en la corporal: Basta hacer efectiva la aplicacion de los decretados por las leyes con que se ha gobernado este Reyno desde que se planto en el la Religion con la Piedad, y dominacion Española; y mas, quando no se percive ni la evidente vtilidad, ni la vrgente necesidad, que son necesarias para mudar, o variar las leyes antiguas. Las recopiladas en nuestro antiguo Codice, las cédulas Reales de que ellas se formaron, y las posteriores que refieren con diffusion nuestros Autores, han determinado el modo de proceder contra (f.º 45 v.) los eclesiasticos Reos de delitos enormes, atroces, y escandalosos, contra los incorregibles, sediciosos, alborotadores, inquietadores, y conmovedores de los Pueblos, consultando a la seguridad, Paz, y vindicta publicas al mismo tiempo que a la indemnidad del fuero privilegiado del clero, con solo vsar de la Potestad economica, gubernativa y Politica, sin valerse de la jurisdicción contenciosa del fuero Secular; en lo que abanza tanto el publico por la prontitud, celeridad, y facil expediente con que obra la primera, quanto pier-

de con el uso de la segunda, por la dilacion a que precisan las formas de los procesos, los tramites ordinarios del orden judicial, y las instancias primera, segunda, y a vezes Tercera. Los delitos quedan bastante-mente castigados, el publico vengado, y consultado a la seguridad de los Vasallos con las penas de destierro, de embarque para esos Reynos, de sequestros de los Beneficios, de privacion de ellos, de deposicion, de degradacion, y relaxacion al Brazo Secular en sus respectivos casos; y el Juez Real siempre puede pedir al Eclesiastico la imposicion de estas y otras penas, con las Ynformaciones, que puede actuar instructivas, y de mero hecho, o sin ellas, y hacer que le manifieste la Sentencia que pronunciare, y el proceso que formare para su satisfaccion, y para entablar los recursos que previenen las mismas leyes, y cédulas, quando le parezca que el eclesiastico no ha impuesto las penas correspondientes a los delinquentes; y a mas de esto, que es puntualmente lo dispuesto y establecido por nuestra antigua legislacion, se atenderia a todo, sin necesidad de la nueva, y sin perjuicio de la inmunidad personal del fuero, con solo extender (f.º 46) a las causas criminales de los Eclesiasticos, cujos delitos fuesen de los maiores, o de los que comprehenden las leyes nuevas la antigua ley de Yndias que manda a *los Fiscales de Vuestras Reales Audiencias sigan las causas que pasan ante los Ordinarios, y otros Juezes Eclesiasticos sobre inmunidad de las Yglesias, y otros qualesquier negocios y pleytos, por sus mismas personas, o las de sus solicitadores Fiscales*. Asi serian constantes a la Jurisdiccion Real los procedimientos, y las determinaciones de la Eclesiastica; y aquella siempre que le pareciese conveniente, o necesario podria vsar a mas de los medios que indican las leyes recopiladas, los que son propios de la Potestad economica, que no se opone a nuestra inmunidad, como la judicial y contenciosa.

Las leyes y cédulas que acabamos de hablar, aunque comprehenden todos los otros delitos que las del nuevo Codice; pero no el de lesa Magestad en su primer capitulo, y orden, segun la enumeracion y graduacion que hace nuestra ley de Partida: Delito el maior de todos, que en sí solo embuelve vna multitud de los mas enormes y atroces, justamente comparado a la Lepra, tan grave como expressan nuestras leyes, y tan abominable, execrable, y horroroso, que si fuésemos libres para hacerlo y no nos estubiese prohibido por los Sagrados Canones, renunciariamos desde luego, por lo respectivo a el, el privilegio del fuero clerical, pero, Señor, este delito es mui digno de que el Juez Eclesiastico prive por su Sentencia, o por ella declare privado del fuero al infeliz que lo cometiére, de que lo relaxe al Brazo Real, y de que lo mande degradar, como lo merece segun vna ley de Partida, aun el que falsificare las cartas, o Sellos Reales; mas entre tanto que las Constituciones Pontificias no lo exceptuan de la inmunidad personal, como lo han exceptuado de la local, parece lo mas seguro, y lo mas conforme no solo a derecho, y a la comun doctrina de sus Ynterpretes sino alas piadosas y religiosas intenciones (f.º 46 v.) de V. M. que aun en este delito resplandezca su Piedad,

y su Religión, mandando que se observen las disposiciones canonicas, y Reales anteriores a la ley decima tertia, titulo doce del nuevoCodigo; la qual excluye enteramente a la Jurisdiccion Ecclesiastica del conocimiento de este crimen. No lo hicieron asi los mas gloriosos Predecesores y Progenitores de V. M. que la reconocieron en el mismo delito con sus hechos positivos, mucho mas eloquentes, persuasivos y poderosos que las palabras.

¡Quantos de estos hechos pudieramos referir! Nuestros Libros estan llenos de ellos: Nos contentamos con los siguientes: El Señor don Carlos quinto en su pragmática dada en Bohormes á diez y siete de Diciembre de mil quinientos veinte contra los comuneros de Castilla, previno: *El si fueren Personas Ecclesiasticas, o de orden las mandaremos remitir a nuestro muy Sto. Padre, o a los otros sus Prelados, a quien son sujetos.* El mismo soberano impetró de la Santidad de Clemente septimo en el año de mil quinientos veinte y tres Breve, para que el Virrey de Cataluña procediese contra los ecclesiasticos comprehendidos en la Rebelion de aquel Principado, y semejantes Breves se continuaron despachando por otros Romanos Pontifices hasta el año de mil seiscientos y quarenta: El famoso Suplicio del obispo de Zamora, Reo de lesa Magestad, no se verificó sino con precedente Breve del mismo santo Padre clemente septimo, dado en veinte y siete de marzo de mil quinientos veinte y tres, a solicitud del propio señor Don Carlos quinto: Su hijo el Señor Don Felipe Segundo, que mereció los epitetos de prudente y justiciero, imitó la conducta de su (f.º 47) invicto Padre, para que se procediese contra los Ecclesiasticos Reos en la conjuracion de Portugal: Lo mismo se observó para procesar al Religioso Agustino Fr. Miguel Santos, autor de la ficcion del Pastelero de Madrigal, y para otras ocurrencias de reveliones, acaecidas en el Reyno de Napoles, vnido entonces a Vuestra Real corona: Lo mismo executó el S.º don Felipe Tercero con motivo del tumulto y sedicion que hubo en Mexico al tiempo en que como Vuestro Virrey gobernaba estas Provincias Don Diego Pimentel, Marques de Gelves, pues para que se procediese contra los ecclesiasticos que fuesen comprehendidos en ese crimen se impetro Breve de la Santidad de Urbano Octavo, dado en ocho de Febrero de mil seiscientos veinte y cinco, segun la copia que de el existe en los Libros de nuestro Cabildo; y por último el Sabio, Justo y Piadoso S.º Don Carlos Tercero en su Pragmatica sobre la expatriacion de los exjesuitas protestó solemnemente que solo vsaba de su Suprema Potestad Economica.

La misma maxima de acudir al Santo Padre en solicitud de su anuencia, o consentimiento han observado constante y vniformemente todos nuestros Soberanos, y tambien V. M. en lo tocante a la inmunidad real del clero, siempre que se ha estimado justo y necesario, que con parte de sus Bienes ecclesiasticos contribuia en socorro y alivio de las necesidades publicas y urgentes del Estado; y parece forzoso, si se ha de obrar con consecuencia de principios, que se observe lo mismo en lo respectivo a la inmunidad personal, o fuero de los Ecclesiasticos en sus

causas criminales, aunque sean sobre delitos de lesa Magestad: vna y otra dimanada de la Suprema Potestad de V. M. y la real con menos dudas y dificultades que la Personal; pero si por razon de su origen se puede revocar en parte, o derogar la personal, sin anuencia del Sumo Pontifice, lo mismo, y del propio modo se podra hacer con la real; y de esta suerte con (fº 47 v.) el tiempo podra venir a quedar aniquilada vna y otra, por que vna vez abierta la puerta, y allanado o desembarazado el camino, es mui facil acelerar, y abanzar los pasos hasta llegar al vltimo termino.

Ni puede, Señor, decirse con solidez y justicia que exigir el consentimiento de la Silla Apostolica, es sugetar en lo temporal, y hacer en ello dependiente de su Potestad, la suprema de V. M. No es asi, por que solo es verificar aquella igualdad que de los mismos soberanos exigen la justicia y la equidad natural, cuyos principios precisan a observar con otros lo que cada vno quiere que se observe consigo mismo: *sufre la ley que has dictado*, grita la razon: *No hagas a otro lo que no quieres que otro haga contigo*, clama la equidad. V. M. como ya diximos con otro obgeto, de ningun modo sufriria que el Romano Pontifice, derogase, alterase, restringiese, limitase, o revocase, ni en todo ni en parte las Gracias, concesiones, y privilegios, que ha otorgado la Silla Apostolica a favor de su Corona, sin previa anuencia, o consentimiento de V. M. por que ya hizo suyas todas esas Gracias, ya estan incorporadas, vnidas, y agregadas a la Corona, y separadas en cierto modo de la Yglesia y de su Potestad; pues de la propia suerte las esenciones y privilegios que Vuestra Soberana Real Potestad ha concedido a la Yglesia, al Estado Ecclesiastico, a la Religion, al mismo Jesuchristo, que es el fin vltimo de todas nuestras inmunidades, no pueden ya variarse, ni alterarse, sin la anuencia de su Vicario en la tierra, Gefe de nuestro estado, y cabeza de la Yglesia, quien (fº 48) como Supremo Distribuidor de todos sus bienes, derechos, y acciones, los dispensa, y dispone de ellos segun las exigencias de la necesidad, o vtilidad publica de los Reynos, como lo ha executado siempre sobre estas mismas materias en todos los de la cristiandad, y muy especial y singularmente en los de V. M.

No es asi, por que solo es observar y cumplir los pactos, contratos, y quasi contratos celebrados por los Soberanos, desempeñar el honor de la palabra Real, en cuiu execucion debe sobresalir resplandecer, y brillar vna exuberancia de sinceridad, fidelidad, y buena fe, tanto maior, quanto se eleva la Magestad sobre el resto de los demas hombres, a quienes siempre debe dar exemplos, que practicamente los enseñen a llenar los deberes que pide el buen orden de la sociedad, de la que los mismos Soberanos son miembros aunque los principales, por que son su cabeza y su corazon: No es asi por vltimo, por que solo es cumplir con la religiosidad, y escrupulosidad correspondiente el juramento que sobre los Santos Evangelios hacen Nuestros Soberanos al tiempo de su Coronacion; y si en acudir al Romano Pontifice hay alguna dependencia o sugesion, es sugesion y dependencia que

se han impuesto los mismos Soberanos. Las Potestades Real y Eclesiástica son supremas, absolutas, e independientes, cada vna en su línea; pero ni la Real se puede justamente decir dependiente de la Eclesiástica, por que sin consentimiento de esta no pueda variar ni alterar lo temporal que una vez concedió a la Eclesiástica, como ni esta se puede llamar dependiente de la Real, por que sin su anuencia no pueda revocar, restringir, ni limitar lo que vna vez la donó de su pertenencia: Estas son leyes, que se han impuesto mutuamente ambas Potestades; las vnicas que pueden imponerse en lo humano; pero que se manifiestan maiores, y (f. 48 v.) que en cierto modo se exceden así mismas con sujetarse a estas leyes: *Et re vera, dixerunt imperatores Teodosio y Valentiniano majus imperio est submittere legibus Principatum.*

Hemos concluido nuestra representación, y solo nos restan dos cosas; la primera: Protestar a V. M. como lo hizo el Sumo Sacerdote Onias, quando se quejo con Antiocho de la calumnia de Simon y de los perniciosos efectos que ella causaba en Jerusalem, que no ocurrimos a V. M. para acusar a los Ministros de la Real Sala del Crimen, sino vnicamente, como aquel sacerdote, para solicitar el remedio de la publica utilidad, y tranquilidad del Estado, pues quanto hemos dicho de sus procedimientos, no ha sido con el objeto de syndicarlos; si solo con el fin de defender nuestro fuero y Jurisdiccion, en cuya posesion y goze hemos sido inquietados, turbados, y despojados, a nuestro entender, antes de tiempo, y por medios, y modos injuridicos, e ilegales: La segunda renovar ante el Augusto Trono de V. M. las humildes, reverentes, y sumisas súplicas, que desde el principio hemos insinuado, dirigidas a implorar de la Religiosa Real Clemencia de V. M. se sirva revocar, anular, y abolir las citadas leyes del nuevo Código, y conservar al Clero de estos sus Dominios en la quieta y pacifica posesion, que hasta ahora ha tenido de este decoroso privilegio.

Estas leyes, Señor, si se han de introducir, establecer, y observar en estas Provincias de V. M. harán en la Historia, y en la posteridad el oprobio de las Yglesias de America, pues quien quiera que cotege con ellas las anteriores y la (f. 49) religiosidad española, deberá deducir consecuencias, poco favorables y honrosas, o contra las mismas leyes, nuevas, o contra estas Yglesias, como que ellas se hayan hecho acreedoras al establecimiento de las vnas, y derogacion de las otras. Y ¿que? en el glorioso Reynado de V. M. han de contraher vna mancha, que no podrán ellas labar en todas las generaciones venidoras? No lo esperamos así del renuevo que gloriosamente han dado las Santas Casas de Sn. Luis y Sn. Fernando, vnidas y enlazadas en el Trono de las Españas para honor del cetro, gloria de la Nación, y libertad, seguridad, y decoro de la Yglesia: No lo esperamos así del hijo, heredero dignísimo de las Virtudes, no menos que del Trono de Carlos Tercero el Religioso: No lo esperamos así, ni lo debemos esperar de V. M. quien por sus personales Virtudes, ha merecido mas que heredado los augustos soberanos Titulos de Rey Catolico, Hijo primogenito de la Yglesia, su

Defensor, y Protector y particularissimamente del Santo Concilio de Trento, aceptado solemnemente por el Señor Don Felipe segundo, y mandado cumplir y observar, no solo por su Real cedula, sino tambien por leyes de Castilla y de Yndias: Concilio en que con todo empeño se previene, se manda, y se establece el fuero privilegiado de los Eclesiasticos, y la sacrosanta inmunidad de sus Bienes, y Personas.

No pretendemos, Señor, quedar esentos de la Suprema Soberana Real Jurisdiccion, o Potestad de V. M. Nunca nos hemos creído excluidos, o separados de ella: La reconocemos con nuestra misma suplica; y estamos bien persuadidos de que ella es inenagenable, e inseparable de la Magestad y Soberania, y mui gustosos nos hemos sometido, y de nuevo nos sometemos a ella, teniendo siempre por nuestra maior felicidad la de reconocer vn Cetro, el mas religioso de quantos tiene el Mundo: Lo que pretendemos es, que la porcion del Señor, porcion la mas noble, la mas escogida, la mas inocente y santa del Estado, destinada al religioso culto del Rey de los Reyes, no sea confundida con las demas; que se separe, que se segregue y exima de la Jurisdicción Contenciosa y Judicial que exercen los Tribunales Seculares, como lo estaba antes de las nuevas leyes, sin perjuicio alguno de la Magestad, o Soberania de la Suprema Potestad de V. M.

A esto se reduce la Gracia que rendida y humildemente imploramos de V. M. Este es el privilegio, que como si nunca lo hubieramos gozado, pedimos ahora nuevamente; y para cuja consecucion no alegamos ya, ni su antiquissima inmemorial observancia, no obstante que estamos persuadidos de que casi es tan antiguo como la Yglesia misma, ni la disposicion divina, de que en expresion del Tridentino trae su origen o principio, ni los establecimientos del derecho canonico, sin embargo de que en todo el apenas encontramos concilio, que no lo haya promovido, mandando su cumplimiento y observancia, y fulminando las mas terribles censuras, contra los que impidan, estorben, o embarazen su execucion; pero en nada de esto nos fundamos ya, como ni tampoco en los innumerables Decretos, Providencias, Cedulas, y leyes, que del Trono de V. M. han dimanado en todos tiempos para establecerlo, protegerlo, ampararlo, y defenderlo. A nada de esto atienda vltimamente V. M. sino solo a las circunstancias criticas y peligrosissimas en que se halla la Yglesia, que Jesucristo fundo con su preciosissima Sangre: sus (fº 50) poderosos y sagrados respetos son los que interponemos e interesamos para con V. M.; combatida en sus Dogmas por las Heregias delos siglos anteriores, escarnecida, y befada en sus mas Santas Ceremonias por la impiedad del presente, no le queda, atendiendo a la actual Providencia de su Divino Autor, no le queda otro Asylo en que ampararse, en que exercer libremente sus funciones, en que mantener con seguridad su creencia, y gozar desahogadamente de sus fueros y privilegios, que los religiosissimos Dominios de España, y no ha de permitir V. M. que en ellos la impiedad del siglo abra esta Brecha, comenzando por el desprecio de los sacerdotes, que concluirá tal vez con el abandono de la

Religion: Asi lo necesita y pide la Yglesia Vniversal, que como Madre abriga a V. M. en su seno; que lo nutre con el pabulo de su Doctrina, y que le franquea los tesoros de sus Sacramentos, y demas inagotables gracias: No ha de ser Vuestra Magestad menos piadoso que Salomon, quien gustosissimo concedida a su Madre quanto entendia ser de su agrado y voluntad: Asi lo pedimos a V. M., y asi tambien lo esperamos con tanta confianza, que desde ahora casi numeramos este beneficio entre los muchos que hemos recibido en todos tiempos, desu liberal, benefica, y siempre Paternal mano, tributando desde luego a V. M. por todos, y por cada vno en particular las mas humildes, y rendidas gracias.

Nuestro Señor guarde la Catolica Real Persona de V. M. los muchos felices años, que (fº 50 v.) han menester la christiandad, y estas sus Provincias. Sala Capitular de la Sta Yglesia de la Puebla de los Angeles y Noviembre diez y ocho de mil setecientos noventa y nueve años.

Señor

Salvador Obispo de la Puebla /Rubrica/

Josef Franco
y Grègorio

Jose Joaquin de España

Juan Nepomuceno de Santolalla

Antonio Joaquín Jerez

/Rubricas/

Por mandato del Obispo Presidente y Cabildo

Joseph Fernando Baldomar
Secretario /Rubrica/

MISCELANEA

I

EL DERECHO ROMANO-VULGAR TARDIO *

I

El Derecho vulgar de la época romana tardía constituye la rama más reciente en el árbol de la ciencia romanística. Hace sólo tres decenios que se reconoció claramente esta fase de la evolución del Derecho romano y se la comprendió en su modo de ser. El Derecho romano-vulgar de la época tardía ha despertado tanto mayor interés por corresponderle una importancia decisiva en la historia del Derecho occidental; este Derecho vulgar representa la forma en que aparece el Derecho romano al influir en la evolución jurídica medieval del Occidente de Europa, es decir, de Italia, Francia y la península ibérica.

La fase inicial en que todavía se encuentra hoy día la investigación del Derecho vulgar, lleva, sin embargo, aparejada la discusión de algunas cuestiones básicas: ¿Cómo hay que delimitar el concepto de Derecho vulgar? ¿Es lícito llamar Derecho vulgar a esta rama jurídica de la época romana tardía? ¿Debe calificarse como Derecho vulgar todo Derecho que ha tenido vigencia durante la época postclásica en el Occidente del Imperio, o solamente una parte del mismo? En este último caso ¿cómo hay que deslindar el Derecho vulgar

* Este artículo contiene el texto de la conferencia que pronuncié en marzo de 1961 a invitación de las Facultades de Derecho de Barcelona, Valencia, Madrid, Santiago, Valladolid y La Laguna. He aceptado gustoso el ofrecimiento de ceder mi conferencia a esta Revista para su impresión y estoy muy agradecido a los editores, aunque haya expuesto ya las ideas aquí contenidas en otros trabajos en lengua alemana. Me remito, en primer lugar, a mi trabajo *Zum Begriff des spät-römischen Vulgarrechts*, que aparecerá en los «Studi onore di Emilio Betti» (II, 541-572), luego al artículo *Vulgarrecht*, que he presentado a la *Realenzyklopädie de Pauly-Wissowa*. En ambos trabajos se encuentra también una documentación detenida de mi pensamiento, pacificando de las fuentes y de la literatura. Además, puede verse un ligera indicación en la «Revista Labeo, 6 (1960), págs. 228-231. Agradezco al Doctor Juan Miquel el haber realizado la traducción española.

de las otras partes integrantes del ordenamiento jurídico de aquel entonces? Estas cuestiones son todavía hoy día objeto de debate; sin embargo, comienzan ya a perfilarse ciertos rasgos fundamentales mediante la fijación de las nociones concretas.

Intentaré, tan sólo, caracterizar en líneas generales el Derecho romano de la época tardía y mostrar cómo se separa de los otros factores de la historia jurídica romana de esta época y el significado que hay que otorgarle en el marco total de la evolución del Derecho romano.

Primero unas palabras referentes al estado de la investigación. El nombre Derecho vulgar procede del germanista Heinrich Brunner, el cual en su obra «Historia jurídica del documento romano y germánico», 1880, designó con esta expresión al Derecho romano corrompido, por el que se regían los habitantes de las provincias en la época imperial tardía. El romanista Ludwig Mitteis recogió el concepto en su obra «Derecho imperial y Derecho popular», 1891, y contrapuso este Derecho romano degenerado al Derecho popular del que él trataba, esto es, a las instituciones jurídicas peculiares de los pueblos no romanos. Sin embargo, corresponde a Ernst Levy el mérito de haber reconocido el Derecho romano vulgar de la época tardía en su amplia significación y de haberlo deducido en sus conexiones esenciales. Desde su fundamental conferencia en el Congreso de Oslo de 1928 sobre «Occidente y Oriente en la evolución postclásica del Derecho romano» (ZSS 49 [1929], 230 ss.) ha descubierto en múltiples investigaciones sobre puntos concretos, los caracteres esenciales y las circunstancias históricas del Derecho romano vulgar. Además, en dos extensas obras, ha expuesto magistralmente el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones del Derecho vulgar del Occidente romano; y todavía en época más reciente sigue trabajando con éxito en el esclarecimiento de esta materia. Las investigaciones de Levy han provocado una discusión en la que se dilucida, ante todo, el concepto de Derecho vulgar, su carácter como Derecho, y su relación con los otros estratos del ordenamiento jurídico romano tardío y, en especial, con el Derecho imperial. Una aportación decisiva ha sido el estudio crítico --estilístico de Franz Wieacker sobre vulgarismo y clasicismo, en el que se concibe al vulgarismo como un fenómeno estilístico histórico-- cultural y en el que se explican las notas del estilo del pensamiento vulgar en materia jurídica, enriqueciendo, al mismo tiempo, nuestro saber sobre la manifestación concreta del Derecho romano-vulgar de la época tardía. Pero, al lado de estos problemas generales, se encuentra también el trabajo en problemas concretos, sea en

las instituciones positivas y en los principios del Derecho vulgar, o en la investigación de sus fuentes; y precisamente en esta rama, se ha destacado la ciencia de la historia del Derecho español gracias, entre otros, a los profundos estudios de Alvaro d'Ors sobre el *Codex Euricianus*.

II

¿Qué es, pues, el Derecho vulgar? Su nota específica se encuentra en que, como ha mostrado Wieacker, está impregnado del carácter estilístico del vulgarismo. Presupone un Derecho precedente o contemporáneo de un nivel estilístico superior, un Derecho clásico del que le separa la caída de nivel estilístico. El Derecho vulgar se comporta por ello, respecto al Derecho clásico como el latín vulgar respecto a la antigua lengua clásica. La pérdida de la disciplina espiritual que había distinguido al Derecho clásico queda de manifiesto en una porción de caracteres que son comunes al Derecho vulgar y al latín vulgar.

1. Aquí hay que destacar, en primer lugar la necesidad de contigüidad visual; nota esencial, en la que coinciden el Derecho vulgar y el Derecho arcaico de la época romana primitiva, que aún no ha sido científicamente elaborado. Debido a esta necesidad de contigüidad visual comete, por ejemplo, el Derecho vulgar el error de confundir la simple apariencia jurídica con el derecho mismo, y así mezcla la posesión, como señorío de hecho sobre una cosa, con la propiedad, de tal modo que *possessio* y *dominium* en el Derecho vulgar confluyen. O se confunde el derecho con su prueba como aparece en la desmesurada fuerza de los documentos debitorios. Si hasta esta época la documentación servía, fundamentalmente, para asegurar la prueba, ahora aumentan sus efectos a un acto constitutivo de deuda.

2. Una segunda característica se encuentra en la aparición de ideas afectivas bajo cuya influencia las cuestiones jurídicas, a menudo, no son juzgadas desde los principios lógico-reales, sino según una equidad jurídicamente amorfa, esto es, por emociones no aprehensibles racionalmente; en especial, por consideraciones morales. Estas tendencias moralizantes se manifiestan, por ejemplo, en la influencia que adquiere la retórica durante este período sobre la evolución jurídica general. Su influencia aparece claramente al juzgar las hipótesis de culpabilidad (*dolus* y *culpa*) y también en el tratamiento de la voluntad en los negocios jurídicos.

3. Quizá intervenga del modo más patente en la formación

vulgar del Derecho, el pragmatismo, a veces ingenuo, con que el Derecho vulgar se ha sabido acomodar a las cambiantes necesidades jurídicas y a la fluctuante situación económica y social. Para lograr determinadas metas prácticas se dejan tranquilamente a un lado las normas jurídicas de la lógica real que los juristas clásicos habían elaborado. Y así se sacrificaron en aras de un pragmatismo primitivo y asistemático ciertas distinciones que los clásicos habían logrado con un estilo de pensar rigurosamente dogmático. Citaré, a modo de ejemplo, otra vez la separación entre propiedad y posesión, y en general, entre *factum* e *ius*; las distinciones entre la propiedad y los derechos reales limitados, y, finalmente, entre acciones *in rem* y acciones *in personam*.

III

Si hasta aquí hemos sacado una impresión de los caracteres que perfilan el Derecho vulgar frente al Derecho clásico, ahora se nos plantea el problema del origen del Derecho vulgar. En realidad, el origen de estas categorías jurídicas acientíficas hay que ir a buscarlo, primeramente, en el *vulgus*, esto es, en la masa del pueblo no formada en la especialidad del Derecho; no obstante, también han participado en la formación técnico-jurídica de las normas e instituciones del Derecho vulgar profesionales, peritos en Derecho. A estos habrá que reconocerles en los asesores jurídicos profesionales que ha habido por doquier en el Imperio romano. En todo caso, hay que admitir que los creadores de las manifestaciones del Derecho vulgar deben de haber estado muy cerca de la práctica, y, más concretamente, de los tribunales y de la asesoría jurídica de las partes. Esta relación del Derecho vulgar específico con la práctica, es al propio tiempo, compatible con el hecho de que las fuentes más importantes y típicas para nuestro conocimiento del Derecho vulgar puedan haber sido redactadas, más que por tales asesores subalternos, por profesores para principiantes en los estudios de Derecho. Al referirme a estas fuentes pienso en el epítome de Gayo y en las interpretaciones de los Códices Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y, asimismo, en las Sentencias de Paulo.

La participación de asesores jurídicos profesionales en la formación y en la configuración del Derecho vulgar, explica que sus manifestaciones tengan a veces carácter diverso. De un lado, pueden ser caracterizadas como expresión de una opinión de legos que se ha impuesto frente al Derecho oficialmente estereotipado; así en la desaparición de la línea de

demarcación entre propiedad y posesión y entre la propiedad y los derechos reales limitados; luego en la concepción de que la compraventa o donación pueden transmitir inmediatamente la propiedad; por último, el que todo reconocimiento de deuda tenga, sin más, fuerza vinculatoria. En cambio, en otros casos de vulgarización se produce en un terreno más técnico-jurídico, de tal modo que el Derecho vulgar asume, de modo más evidente, el carácter de un Derecho degenerado de juristas, así, por ejemplo, allí donde se han perdido conceptos técnicos del Derecho clásico (como, por ejemplo, en materia de responsabilidad, *dolus*, *culpa*, *custodia*, *casus*, *vis maior*, *periculum*, o de delimitación de comodato, depósito, arrendamiento, mandato etc., o, sencillamente, allí donde las manifestaciones de los juristas clásicos fueron mal comprendidas). A este respecto citaré un ejemplo muy sugestivo. La *interpretatio* de las Sentencias de Paulo contiene —contra la regla *semel heres semper heres*— la posibilidad de instituir varios herederos que deben sucederse temporalmente unos a otros, esto es, una verdadera sucesión consecutiva. En este orden de ideas se afirma que el primer instituido se llama *institutus*, el segundo *substitutus* y el tercero *scriptus*. Pero esto es un malentendido bien evidente; pues el texto de las sentencias de Paulo reza así en su tenor literal: *heredes aut instituti aut substituti dicuntur, instituti primo grado, substituti secundo vel tertio scripti*. La falta de comprensión, extraordinariamente grosera, queda aquí de manifiesto. Pero tal malentendido no puede explicarse sencillamente por una concepción vulgar del pueblo, sino que tiene evidentemente sus raíces en el ámbito de los profesionales del Derecho. Pese a ello podemos incluir este desfigurado Derecho de juristas dentro del Derecho vulgar, con el que tiene de común el implicar una decadencia de la cultura jurídica.

IV

¿Cómo pudo surgir en los círculos descritos un Derecho vulgar? Para ello se necesita una convicción jurídica, esto es, que haya penetrado la idea de que determinada norma, institución o categoría es verdaderamente Derecho. Por tanto, el Derecho vulgar surge siempre como Derecho consuetudinario, y exige los mismos requisitos de validez que éste. Mientras no se haya formado esa convicción jurídica, no hay Derecho vulgar; pero tampoco mientras el poder estatal reprime como antijurídicas las prácticas vulgares allí donde vayan surgiendo. Y así el nacimiento del Derecho vulgar presupone

que el estado tolera que surja el Derecho vulgar y es indiferente el hecho de que no pueda, o, no quiera, reprimirlo. Es probable que en la Roma postclásica se dieran ambas circunstancias

Pero, aunque el Derecho vulgar se caracteriza por su origen como Derecho consuetudinario que se ha impuesto contra la voluntad y contra las tendencias del poder estatal, no obstante, ello es compatible con el hecho de que el caudal de ideas del Derecho vulgar, esto es, su substancia material penetrara en el Derecho oficial desde el reinado de Constantino desplazando el *substratum* clásico. Con ello nos encontramos ante el problema de si estamos autorizados a emplear el nombre Derecho vulgar para estas manifestaciones, una vez que hayan entrado en el ordenamiento jurídico sancionado por el Estado. Con esto es seguro que ha desaparecido la nota característica para la vigencia del Derecho vulgar. Por ello, creo con Levy y otros que podemos seguir hablando aquí de Derecho vulgar —pensando simplemente en su origen—, pese a la adopción de esas ideas e instituciones en el Derecho oficial del Imperio. Nos encontramos con el fenómeno histórico —único en su amplitud— de que ideas e instituciones jurídicas que proceden unívocamente de raíces vulgares han entrado en el ordenamiento jurídico oficial, y en una medida tal que el carácter conjunto del ordenamiento jurídico oficial aparece ahora dominado por ese elemento vulgar. Debido a esta situación especial creo que se puede seguir llamando Derecho vulgar a este estrato del ordenamiento jurídico postclásico.

V

Aunque, como vemos, el Derecho vulgar se ha convertido en parte integrante del Derecho imperial, sería, no obstante, erróneo creer que todo el Derecho de la época postclásica o, por lo menos, todo el Derecho del Imperio romano de Occidente, se ha convertido en Derecho vulgar. Por el contrario, hay que constatar que sólo es posible englobar bajo el término Derecho vulgar a las instituciones y normas jurídicas que proceden verdaderamente de la opinión vulgar del pueblo o que provienen del Derecho de los juristas que ha degenerado. Pero junto a ésta, se encuentra otra materia jurídica que no procede de la misma raíz, y que, por tanto, no puede ser llamada Derecho vulgar. Para delimitar el elemento vulgar en el ordenamiento jurídico postclásico, frente a las otras partes integrantes del mismo, diremos lo siguiente:

1. No tienen la consideración de Derecho vulgar todas las

instituciones y normas que deben su creación a una consciente planificación jurídico-política de los emperadores postclásicos. Aquí nos encontramos, ante todo, las innovaciones de origen cristiano o que se dirigen a la realización de fines estatales de beneficencia. Dentro del Derecho privado, el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones ofrecen innumerables ejemplos; y quizá sea lo más claro la total transformación del Derecho de divorcio vincular y las limitaciones de segundas nupcias. Estas reformas jurídicas tan radicales no pueden ser, en modo alguno, explicadas partiendo de una nueva interpretación vulgar, aunque las leyes reformadoras de esta clase se sirvan, en parte, del modo de pensar del Derecho vulgar.

2. Además, no son Derecho vulgar las reformas en que culmina una tendencia ya iniciada en la época clásica mediante una evolución orgánica que se consuma en la época postclásica. Aquí se cuentan, por ejemplo, la supresión de los actos formales orales junto a los negocios amorfos (como la *mancipatio* e *in iure cessio* junto a la *traditio*, la *fiducia* junto al *pignus*); el fenómeno de la difusión de la escritura para la mayoría de los negocios jurídicos y otros muchos; a veces, el impulso arranca de la mutación de la situación constitucional, y de los cambios en el ordenamiento procesal y en la constitución de los tribunales; así sucede en la superación de la contraposición entre *ius civile* e *ius honorarium*, y, en general, en la superación de las diferencias de rango de las distintas fuentes del Derecho.

3. Finalmente, no son Derecho vulgar las ideas jurídicas no romanas, especialmente las procedentes de los Derechos populares helénicos que en esta época penetran en el Derecho imperial. Las instituciones de origen provincial, como, por ejemplo, la *donatio ante nuptias*, corrieron una suerte paralela al Derecho vulgar, en cuanto entraron en el Derecho romano como creación consuetudinaria y, finalmente, fueron consideradas por la legislación imperial como Derecho ya vigente. Aunque, a veces, al incorporarlas al Derecho romano se utilizasen categorías de Derecho vulgar, hay que separarlas —dado su origen— del Derecho romano vulgar.

Por ello, se entenderá que el terreno apropiado para el desarrollo de un Derecho vulgar específico haya que buscarlo allí donde, por una parte, la jurisprudencia clásica llegó a dar frutos muy sazonados y maduros en la dogmática jurídica para los juristas vulgares no estaban preparados espiritualmente, pero también allí donde la legislación imperial no encontró un motivo especial para hacer reformas decisivas. Así se explica que las exposiciones de conjunto de Ernst Lévy se hayan referido precisamente a la materia que mejor encaja en

los presupuestos mencionados, esto es, al Derecho de cosas y al Derecho de obligaciones. Fuera del Derecho privado será raro encontrar el Derecho vulgar en el sentido aquí entendido.

VI

Examinaremos, por último, el curso de la evolución por la que ha atravesado la idea del Derecho vulgar dentro de la historia del Derecho romano. Podemos partir de que ya en el periodo clásico hubo manifestaciones de Derecho vulgar bajo el manto del Derecho clásico; principalmente en las provincias pero también en Italia y en Roma. Se comprende que esto fuera posible en una comunidad jurídica en que la idea jurídico-estatal, o mejor, la idea de legalidad estatal, estaba poco desarrollada. El poder estatal romano, a diferencia del de nuestra época, no disponía de un medio de coacción para implantar un ordenamiento jurídico vigente en todo el Imperio. Faltaba para ello, tanto un número suficiente de peritos en Derecho bien preparados, como una adecuada difusión de las complejas e inabarcables fuentes del Derecho. Pero la concepción estatal de aquél entonces no consideraba tal realización general y uniforme del ordenamiento jurídico como misión que mereciera la atención del Estado. Así, se admitió que el Derecho clásico, de gran rigor intelectual se limitara, en su forma más pura, al campo de acción de los juristas clásicos, esto es, a la misma Roma, y, poblaciones más importantes de las provincias. En los lugares menores, sobre todo en las fronteras del Imperio, se habló un Derecho vulgarizado; en el Oriente helenístico, además, un Derecho que estaba impregnado por los derechos populares. Las huellas del Derecho romano adulterado hay que ir a buscarlas no sólo en las inscripciones y documentos, sino también en las preguntas de los que hacen consultas, en los escritos de los juristas o en los reescriptos imperiales. De este modo, el Derecho vulgar corre ya durante toda la época junto al Derecho clásico, quedando sólo cubierto por el manto de éste en la época del principado.

2. Con el hundimiento de la jurisprudencia clásica en el caos del siglo III, se despoja al Derecho romano de la fuerza cohesiva que le había mantenido y a la que debe, en todo momento, su extraordinario nivel. Así, quedó suprimida la barrera que había contenido la irrupción en el Derecho oficial del Imperio de las corrientes vulgares en el Occidente y de las ideas jurídicas helénicas, populares en el Oriente. A la vez, hay que señalar que el Derecho vulgar no ocupó inmediatamente el puesto del Derecho clásico sino que hay un

estadio intermedio que se puede llamar postclásico inicial, o, con Levy, cuasiclásico, o, con Wieacker, epiclásico. Esta etapa intermedia alcanza aproximadamente desde fines de los Severos (235) hasta la abdicación de Diocleciano (305) y tiene un carácter puramente histórico-literario. Durante él se somete todo el material transmitido de los escritos de los juristas clásicos a una labor simplificativa y desfiguradora. Sus autores, cuyos nombres ignoramos, son evidentemente profesores de las escuelas jurídicas elementales de la mitad occidental del Imperio, los cuales continúan así, en un nivel incomparablemente más bajo, la dirección didáctica de Gayo y de los demás escritores escolásticos de la época clásica. No voy a entrar más detalladamente en las peculiaridades de esta evolución y me limitaré a decir que a este estrato postclásico pertenecen, ante todo, ciertas obras que han marcado una influencia decisiva en la suerte ulterior del Derecho romano, tales como las ya mencionadas *Sententiae* compuestas bajo el nombre del clásico tardío Paulo; además determinadas refundiciones de las instituciones de Gayo, principalmente el escrito *res cotidianae sive aurea*. Aunque estas primeras refundiciones postclásicas se encuentren ya muy cercanas al Derecho vulgar —debido a la pérdida de nivel y a la caída del estilo— se separan, no obstante, del Derecho vulgar en sentido técnico por su orientación hacia lo clásico. Los primeros postclásicos —a diferencia de los autores del Derecho vulgar— tienen aún la buena voluntad de conservar el Derecho clásico y de amoldarlo a sus discípulos; sólo que dadas sus escasas dotes intelectuales no son capaces de lograr esta meta. Por tanto, las innovaciones específicas del Derecho vulgar son aún ajenas a sus escritos. Los primeros postclásicos pueden llamarse más bien clasicistas por su tendencia aunque su modo de pensar lleve ya el cuño de lo vulgar.

3. El verdadero Derecho vulgar se caracteriza, en cambio, tal como hemos dicho, por una orientación jurídica distinta. Mientras los primeros postclásicos que tuvieron todavía ante sí los originales de las obras clásicas, poseían aún la intención de conservar el torrente intelectual clásico, los juristas vulgares, que no tenían ante sí los escritos clásicos sino sólo las deformaciones y falsificaciones de los primeros postclásicos, miraban ya con indiferencia la obra intelectual de los clásicos. Y sólo en parte extrajeron la sustancia del Derecho a estas refundiciones postclásicas haciéndose culpables de graves malentendidos con su degenerado Derecho de juristas. Por otra parte, extrajeron sus conocimientos jurídicos de concepciones legas del pueblo, que con frecuencia eran opuestas precisamente al mundo de ideas clásico, tal como muestra de

modo bien patente la concepción vulgar de la propiedad. De este modo el Derecho vulgar significa frente al clásico una rotura no sólo en el modo de pensar sino también en la sustancia material. Ello autoriza a concebir el Derecho vulgar como una fase autónoma en la historia del Derecho romano.

La fuente más antigua que nos permite conocer este Derecho vulgar la forman las constituciones de Constantino, que se apoyan en concepciones jurídicas vulgares, y las presuponen como partes del ordenamiento vigente. El repetido surgir de estas manifestaciones del Derecho vulgar se hace comprensible si se aceptan ciertos presupuestos que solo en parte nos es dable abarcar. En primer lugar, las concepciones de Derecho vulgar deben de haberse formado ya en el pueblo y haber adquirido además un reconocimiento consuetudinario en los círculos influyentes en el cultivo del Derecho y en la enseñanza del mismo. Pero en segundo lugar, estas ideas jurídicas vulgares tienen que haber penetrado en la cancillería imperial y expulsado de allí el modo de pensar clásico. Tendremos que admitir que tras el agotamiento de lo clásico, esto es, lo más tarde hacia la mitad del siglo III, la sustancia del Derecho vulgar se consolidó rápidamente y penetró desde las provincias hasta el poder imperial. No faltó una resistencia que trataba de proteger el torrente intelectual clásico. Fué su más firme baluarte la cancillería de los rescriptos del emperador que, como sabemos por las constituciones del *Codex Iustinianus*, intentaban conservar aún la tradición clásica durante el gobierno de Diocleciano. Sólo con el fin del reinado de Diocleciano la corriente del vulgarismo inunda también esta última isla de orientación jurídica clásica. Constantino y sus consejeros rechazan la tradición clásica, probablemente por considerarla como un residuo de un estado del pasado que ellos trataban de superar. Pero los legisladores de la nueva época procedían de un nuevo estamento espiritual y ya no estaban condicionados en su postura intelectual por la desaparecida jurisprudencia sino exclusivamente por la retórica, campo este del que habían venido en los decenios anteriores las concepciones jurídicas vulgares de las provincias que se habían instaurado en la capital y finalmente alcanzado el triunfo. Con esta sustitución personal de los consejeros del emperador, formados jurídicamente por personas educadas en la retórica, desaparece totalmente, por vez primera, el Derecho clásico del ámbito del legislador. Sólo avanzado el siglo V vuelve éste al campo visual del legislador merced a la influencia de la escuela jurídica oriental que se preocupó de la conservación de la herencia clásica. De este modo, vemos cómo se perfila claramente el Derecho romano vulgar tardío cuando se sale de

su esfera de origen —las opiniones jurídicas de los legos— y penetra en el ordenamiento jurídico oficial del Imperio. Por otra parte, se comprende que el Derecho vulgar logre únicamente con esta recepción, la fijeza y eficacia a que debe su importancia como fase independiente en la evolución de la historia del Derecho romano.

4. La superposición y suplantación del Derecho clásico por el Derecho vulgar no se limitó —como se supuso durante largo tiempo— a la mitad occidental del Imperio, aunque de hecho radicara allí, sin duda, el centro de gravedad. Por el contrario Levy demostró en los últimos años que las ideas específicas del Derecho vulgar encontraron también su expresión en las leyes imperiales que se promulgaron exclusivamente en la parte oriental tras la división del Imperio. Por eso hay que contar con que las ideas jurídicas vulgares marcaron también la pauta en el Imperio romano de Oriente, donde se encontraron, claro está, con la afluencia de concepciones helenísticas. Levy ha podido señalar una porción considerable de coincidencias entre el Derecho vulgar de Oriente y de Occidente, aunque haya también muchas diferencias. Las causas de estas coincidencias son, en mi opinión, muy diversas. Unas veces tienen sus raíces en ideas jurídicas primitivas que tuvieron una difusión general; así, por ejemplo, en el concepto de propiedad indiferenciado o en la adquisición inmediata de la propiedad con la compraventa manual o con la donación acompañada de la entrega de la cosa. Es probable que estas concepciones se remonten ya a un estadio precientífico, esto es, al Derecho romano primitivo, y hayan perdurado en la conciencia de los legos a través de la época de difusión científica. Otras veces, un elemento cultural de origen helénico, que estaba en boga, por doquier, en el mundo antiguo puede haber provocado una práctica general que ha cristalizado en el Derecho vulgar en forma de Derecho consuetudinario; y así sucede con la escritura de los contratos obligatorios. En otros casos —como, por ejemplo, en la incapacidad patrimonial de los hijos de familia y, en parte, también de los esclavos— una necesidad económica y social de la época, que tenía una eficacia general, se ha impuesto sobre la estrechez del Derecho clásico, al amparo de las concepciones helenísticas. Lo más frecuente es que la vulgarización conjunta sea simplemente la consecuencia de una descomposición de las ideas clásicas, y así sucede en la superación de normas clásicas anticuadas y en la disociación de conceptos técnico-jurídicos del Derecho clásico. Las instituciones limpiamente acuñadas por la cultura clásica han desaparecido, y el vacío que ocupa su lugar es el mismo por todas partes. Y esto vale especialmente para el caso ya citado en que el Derecho

vulgar aparece en forma de un Derecho degenerado de juristas.

De todos modos queda abierta la interrogante, de si hemos de buscar también el origen del Derecho vulgar de Oriente —al igual que el de Occidente— en una creación consuetudinaria de amplios sectores del pueblo. Como conocemos el Derecho vulgar de Oriente casi exclusivamente por la Codificación oriental sería también imaginable el camino inverso, esto es, que muchas instituciones del Derecho vulgar llegaran al Oriente bajo Constantino y, en general, a lo largo del siglo IV, cuando la división del Imperio no era definitiva y tomaran carta de naturaleza en la vida jurídica. En favor de este proceso de un Derecho vulgar que penetra desde arriba parece hablar el hecho de que en el ámbito de la cultura helénica, el pueblo se rigiera por el Derecho popular helénico, según muestran los papiros egipcios, de tal modo que no habría lugar a la difusión de un Derecho romano vulgar en el mundo jurídico lego. Por ello, hay que admitir que la difusión del Derecho romano vulgar tardío tuvo su marco apropiado en el Occidente latino en el que además la colonización romana y con ella la difusión de todo el patrimonio cultural y, por ende, del Derecho, tuvo un éxito incomparablemente mayor que en el Oriente griego más desarrollado culturalmente. Sólo con la recepción del Derecho vulgar en la codificación oficial se tendió un puente hacia el sector oriental.

5. La suerte ulterior del Derecho vulgar tras haberse convertido en parte integrante del ordenamiento jurídico imperial, corrió también en ambas partes del Imperio por cauces diferentes. En el Occidente siguió en aumento la vulgarización del Derecho que culmina, aproximadamente, hacia la mitad del siglo V. En esta época el Derecho vulgar de Occidente encuentra, principalmente, su expresión literaria en las interpretaciones ya mencionadas y en el epítome de Gayo. Más tarde, sobre todo después de la caída del Imperio romano de Occidente —por tanto, con el agotamiento de la legislación imperial— cae en la rigidez.

Aunque los estados germánicos que ocuparon su lugar se regían por el principio de la personalidad y ello hacía que los súbditos romanos se rigieran por el Derecho romano vulgar, ya no continúa su formación sino que se marchita poco a poco y entra en una relación de alteridad con los Derechos germánicos. Sólo la vulgarización fué capaz de preparar este encuentro entre el Derecho romano y el Derecho germánico; sin embargo, el naturalismo de carácter degenerativo propio del Derecho vulgar estaba cerca de los arcaicos Derechos germánicos, y desde la elevada cultura jurídica clásica apenas se hubiera podido tender un puente de contacto. Tampoco la remozada ciencia del Derecho romano de la Edad Media, hubiera

podido dar frutos en la práctica de su época, sin una vinculación con el progresivo Derecho vulgar.

En cambio, en el Oriente, la vulgarización —que se encuentra allí con la penetración de ideas helenísticas en el Derecho imperial romano de la época tardía— fué contenida o cercenada por la dirección clasicista que, partiendo de las escuelas jurídicas y, en especial, de la de Berito, conduce a una renovación amplia, aunque no total, del Derecho clásico. Aquí no hemos de seguir con más detenimiento este viraje clasicista que culmina en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano, sino que hemos de señalar tan sólo que muchos fragmentos del Derecho vulgar se consolidaron al lado y después de esa vuelta al caudal de las categorías clásicas. Es cierto que la ciencia jurídica oriental desprecia o silencia —como muy por debajo de los propios méritos— las producciones literarias del Occidente, especialmente las interpretaciones y el epítome de Gayo. Pero, sin embargo, los profesores orientales de Derecho no pudieron pasar por alto las leyes postclásicas y el caudal de ideas allí encerrado, pues estaban vinculados a las partes constitutivas del ordenamiento jurídico vigente. Los profesores orientales sintieron que era su misión trasplantar el Derecho de las leyes imperiales a la materia de los escritos de los juristas clásicos para mantenerla en vida. De este modo prepararon el camino a la gran obra codificadora de Justiniano, quien, a su vez, admitió en su *Codex* muchos fragmentos de la legislación imperial postclásica. No obstante, siguió subsistiendo, sin resolverse, la tensión entre este Derecho clásico renovado el Derecho vulgar de las leyes constantinianas y tardías. Por lo demás, incluso el mismo Justiniano, pese a su vuelta a las ideas del Derecho clásico, continuó, con su estilo de pensamiento y de expresión, la vulgarización de sus predecesores, en sus propias leyes. Y así, en definitiva, se conservaron también en Oriente muchos restos del caudal de ideas del Derecho vulgar.

VII

Si hacemos ahora un balance, habremos de constatar que el Derecho vulgar sacrificó muchas de las preciosas conquistas del Derecho clásico, o por lo menos, las tergiversó más o menos toscamente. Pero, al mismo tiempo, hizo ciertos progresos en una porción de relaciones en que el Derecho clásico no había encontrado todavía una acomodación a las cambiantes necesidades. Entre estas conquistas se encuentra, por ejemplo, la obligatoriedad de todo contrato lícito, independiente-

mente de la forma de la *stipulatio*; la difusión de la forma escrita en vez de los actos verbales; la impugnación del negocio por el coaccionado o engañado; el haber admitido, más fácilmente, una representación directa por los *sui iuris*; el haber reconocido a los esclavos, en términos generales, una capacidad jurídica limitada, y una capacidad patrimonial general a los hijos de familia; la destrucción de la relación agnaticia; la unificación en materia de adquisición de la herencia; la admisión de una sucesión consecutiva y otras muchas. Lo que hizo aquí el Derecho vulgar fué, unas veces ampliar simples iniciativas del Derecho clásico, y otras, abrir caminos totalmente nuevos. El Derecho justiniano adoptó los mencionados progresos sólo en parte; por otro lado, volvió al punto de vista más cerrado del Derecho clásico.

Podemos ver lo siguiente: el estudio del Derecho romano vulgar de la época tardía, que hoy día tan sólo data del trabajo de investigación de una generación, es el campo de actividad más reciente de la ciencia romanística. Al propio tiempo hay que reconocer que la investigación del Derecho vulgar ha logrado ya frutos muy sazonados gracias a los méritos de los que en él se ocupan. La cantidad de conocimientos singulares adquiridos permite hoy día, dejando aparte las inseguridades o malentendidos ya citados, determinar unívocamente el fenómeno histórico del Derecho vulgar, partiendo de sus caracteres y asignarle en el marco total de la historia del Derecho romano tardío el destacado papel que merecidamente le corresponde.

MAX KASER

II UN ENIGMA JURIDICO VISIGODO

(C. Eur. 328.—L. Iud. IV, 2, 6)

LOS TEXTOS

C. EUR. 328: Qui [moritur si avum], paternum et maternum relinquit, ad [a]vum paternum hereditas mortui universa pertineat. Si a[utem] avum paternum et aviam maternam reliquerit, aequales capiant portiones.

(Ed. Zeumer)¹.

L. IUD. IV, 2,6: Quotiens qui moritur si avum paternum aut maternum relinquit, tam ad avum paternum quam ad avum maternum hereditas mortui universitas pertineat. Si autem qui moritur avum paternum et aviam maternam reliquerit, equales capiant portiones. Ita quoque erit, si paternam et maternam aviam qui moritur relinquere videatur. Et haec quidem equitas portionis de illis rebus erit, que mortuus conquestus cognoscitur. De illis vero rebus que ab avis vel parentibus habuit, ad avos directa linea revocabunt.

(Ed. Zeumer)².

EL ENIGMA.

El capítulo 328 del Código de Eurico, regulador de la forma de sucesión por parte de los abuelos, puede considerarse, quizá, como el más enigmático y de más difícil interpretación de aquel cuerpo legal. En él se declara que en el supuesto de que el difunto dejara abuelo paterno y abuelo materno, toda la herencia pertenece al abuelo paterno, mientras que dejando abuelo paterno y abuela materna, éstos toman partes iguales. Este capítulo no ha pasado como *antiqua* al *Liber Iudiciorum*, porque ni él, ni el correspondiente enmendado, en el supuesto de que Leovigildo lo modificara, satisfacía el nuevo criterio de los redactores del nuevo Código visigodo, pero en éste se encuentra una disposición de Recesvin-

1. KARL ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*. Traducción del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, pág. 280.

2. *Op. cit.*, pág. 289-290.

to, indudable reflejo como disposición hecha para sustituir a la anterior (L. Iud. IV, 2, 6), que declara que quedando abuelo paterno o materno, la herencia del muerto pertenece tanto a uno como al otro; que dejando abuelo paterno y abuela materna, ambas toman la misma porción, lo que sucede también si quedan abuela paterna y materna, para terminar finalmente aclarando que esta igualdad en la cuota o porción se refiere a los bienes que conocidamente el muerto hubiera adquirido o conquistado, pues aquellos otros que tenga de los abuelos o de los padres, vuelven directamente a la línea de los abuelos de donde proceden.

El precepto del *Liber Iudiciorum*, no ofrece nada de extraño a una mentalidad actual, ni tampoco lo ofrece la preterición en el C. Eur. del abuelo materno por el abuelo paterno para el conocedor de los principios sucesorios romanos, dada la importancia del agnaticio. La dificultad está en explicarse por qué un cuerpo legal, en el que el abuelo paterno excluye al abuelo materno, aquél no excluye también, y con más razón, a la abuela materna, siendo, por el contrario, igualado a ella.

EL ENIGMA EN LA HISTORIOGRAFÍA

Ante estos textos se han estrellado todos los esfuerzos de la historiografía, y es muy posible que pase bastante tiempo antes de que alguna de las soluciones intentadas pueda satisfacer a todos. Por lo general, los historiadores confiesan su impotencia. CARLOS ZEUMER declaró: «Tampoco puedo dar con el motivo que pudiera explicar a qué se debe la sorprendente preterición del abuelo materno»³, debiendo tenerse en cuenta que partiendo el gran historiador alemán de considerar que el principio de troncalidad imperaba también en el Código de Eurico, lo sorprendente era la indicada preterición, y no la igualación de cuotas entre el abuelo paterno y la abuela materna. El Prof. BRAGA DA CRUZ, después de declararlo «um dos capitulos mais enigmáticos de todos quantos o legislador euriano consagrou ao direito sucessório»⁴, termina también por confesar su impotencia para aclararlo con seguridad, en los siguientes términos: «E nós vemosos também obrigados a confessar que nao conseguimos chegar a qualquer resultado sa-

3. *Op. cit.*, pág. 291.

4. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade e o regime jurídico do patrimonio familiar*. Braga, 1941, pág. 294.

tisfatório, ao fim de bastante termos meditado sobre o enigmático preceito euriciano»⁵.

Hay que partir de la base de que la lectura del texto parece segura. ZEUMER dió otra en principio, según la cual la herencia pertenecía tanto al abuelo materno como al abuelo paterno⁶. De haber sido cierto, el rompecabezas se hubiera eliminado aparentemente, al coincidir con el correspondiente texto del *Liber*. El famoso investigador alemán se apoyaba en la lectura dada por F. BLUHME, el primer editor del Código de Eurico, que había aprovechado los trabajos de KNUST, y que atribuyó el cuerpo legal a Recaredo⁷. La edición de ZEUMER resultó prematura, y él mismo, al dar la edición definitiva en los clásicos *Monumenta*, declaró que esta otra edición definitiva no había aparecido sin inspeccionar los fragmentos⁸. BRAGA DA CRUZ, desesperado por lo enigmático del asunto y aun no dudando de la lectura de ZEUMER, sugirió la posibilidad de que el escribano alterara el texto e invirtiera las soluciones, de tal forma que el abuelo paterno a quien excluía era a la abuela materna, y heredaba por igual con el abuelo paterno, lo cual estaría de acuerdo con el principio de masculinidad, existente después de haberse desterrado el principio agnaticio. No obstante, lo sugirió como posibilidad y sin convencimiento, como lo demuestran sus palabras: «Nao nos atrevemos, em face disto a quebrar lanças pela hipótese que aventámos; e deixamos, assim, o problema em aberto»⁹. FRANZ BAYERLE tampoco parece haber dudado de la lectura¹⁰, y, últimamente, el Prof. ALVARO D'ORS, en su cuidada edición del Código de Eurico, ha

5. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *A sucessão legítima no Código Euriciano*. AHDE. Tomo XXIII. Madrid. 1953, pág. 791.

6. «Quo[tiens quis avum] paternum et maternum relin[quit], [ad maternum [et] pat[ernum] hereditas [mortui] un[iversa] pertineat.] Si a[utem] avum paternum et aviam maternam reliquerit, aequales capiant portiones.» (KAROLUS ZEUMER, *Leges Visigothorum antiquiores*. Edidit ———. Hannover y Leipzig. 1894, pág. 18.)

7. «Quotiens quis paternum et maternum relinquat... un...p...n... hereditas mortui universae pertineat. Si autem avum paternum et aviam maternam (sic schedae) reliquerit aequales capiant portiones». (FRIDERICUS BLUME, *Reccardi Visigothorum regis antiqua legum Collectio*. Edidit ———. 1847, pág. 42.)

8. «...tamen definitivam editionem non paraverim, antequam fragmentis iterum inspectis.» (*Monumenta Germaniae Historica*. Tomo I. *Leges Visigothorum*. Edidit KAROLUS ZEUMER. Hannover y Leipzig. 1902. Praefatio.)

9. BRAGA DA CRUZ, *Op. cit.* en nota 5, pág. 794.

10. Vid. FRANZ BAYERLE, *Die Frühgeschichte der westgotischen Gesetzgebung*. ZSS. (G. A.), vol. 67, págs. 1 a 33.

declarado parecerle segura la lectura, y no creer en la existencia de un error de escriba ¹¹.

El último profesor citado, a fin de llenar el vacío, ha emitido recientemente otra tesis, según la cual, cuando concurren abuelos paterno y materno juega el beneficio del parentesco por línea masculina, y aún en forma más radical que por lo que respecta a los nietos, pues como se sabe, los por parte de hija (*ex filia*) no son excluidos, sino que solamente pierden un tercio de la porción materna, en tanto el abuelo paterno es excluido totalmente. El que ello no ocurra en el caso de la abuela materna, según el notable investigador español, obedecerá a que por su sexo es parte más débil que el marido, como lo prueba, además, el que la concurrencia se dé tan solamente cuando su marido, el abuelo paterno, ha muerto con anterioridad, pues en otra forma ella no hereda y su marido es excluido, ni tampoco hereda cuando ha contraído nuevas nupcias. Desde el momento, dice el Prof. D'ORS, que cuando una viuda hereda no adquiere sino el usufructo, como sucede en el capítulo 322 del mismo Código, y como también la abuela, en principio, puede contraer nuevas nupcias, también ella verá limitada su *portio* al simple usufructo, de forma que concurriendo con el abuelo paterno, éste será propietario del todo, y la abuela materna no tendrá más que un usufructo sobre la mitad. Se trataba, concluye, de cumplir un «fin asistencial» respecto de la abuela materna ¹².

UNA NUEVA HIPÓTESIS

Las hipótesis anteriores no son convincentes. Por lo que se refiere a la del gran investigador portugués, la existencia de un error no suele ser nunca una buena solución, de no poder demostrarse cómo y por qué se produjo el error, y, además, en el caso presente hay que rechazar una lectura que aproxime demasiado el texto euriciano al del *Liber*. Si la solución euricana hubiera sido muy similar a la de los redactores del último cuerpo legal visigodo, éstos la hubieran adoptado, como adoptaron tantas otras, en forma de *antiqua*. Recesvinto se ve precisado a redactar una ley nueva, no obstante aproveche en ella al máximo los materiales de la antigua. El que no se trate de una ley totalmente nueva, en el sentido de aprovecharse la forma de la anterior, es claro indicio de que se verificó sobre la marcha y por los redactores de la recopilación. No fué una

11. ALVARO D'ORS, *Estudios visigóticos*. II. *El Código de Eurico*. Edición, Palingenesia, Indices. Roma-Madrid. 1960, pág. 264.

12. *Op. cit.*, págs. 264-265.

disposición dada por el Rey ante un problema trascendental, como la había sido la *Dum ilícita*, de Chindasvinto, por ejemplo, sino que los redactores del *Liber*, al ir recogiendo todos los materiales del antiguo cuerpo legal y tener que adaptarlos a los principios del nuevo sistema, le dieron la forma actual mediante una modificación del comienzo de la ley, y la introducción de adiciones. La sucesión por los abuelos no tenía la trascendencia de la sucesión por los descendientes, pues no se daría con frecuencia. Con las manipulaciones en el texto, los redactores del *Liber* ya no pudieron calificarla de *antiqua*, pese a que tenga la forma de una disposición anterior. Conviene insistir en el hecho de que hay que rechazar una lectura que aproxime demasiado el texto euriciano al del *Liber*, de tal forma que de haber prosperado la lectura de BLUHME y la primitiva de ZEUMER, el problema sólo aparentemente se hubiera solucionado, pues un estudio profundo hubiera llevado a la conclusión de que, basándose en principios tan diferentes el Código de Eurico y el *Liber Iudiciorum*, no era de admitir que hubieran coincidido en la solución de la sucesión por los abuelos.

Todo el problema está agravado por el hecho de que no se puede recurrir en auxilio a las otras *leges barbarorum*, ya que la ley visigoda es la más favorable a los ascendientes, y, generalmente, aquéllas los omiten. La ley de los turingios, por ejemplo, a falta de hijo o hija, hermana o madre, llama al más próximo heredero por parte del padre, sin más regulación en este sentido¹³. La ley Sállica, a falta de hijos, llama a los padres; después, a los hermanos, las hermanas del padre, las hermanas de la madre, y, finalmente, a los más próximos de la generación paterna, sin alusión directa a los abuelos¹⁴. Todo ello contribuye a hacerlo más enigmático, de forma que en el único manual español que dedica una parte extensa al Derecho hereditario, como es el de MINGUIJÓN, se limita a exponer el precepto euriciano y la reforma en cuanto al sexo de lo que en él se llama «Fuero Juzgo», sin hacer ningún comentario a sus dificultades, como no sea una nota en la que da cuenta de que ZEUMER creía referirse el capítulo solamente a los bienes adquiridos, es decir, el problema de la troncalidad¹⁵.

La tesis del Prof. ALVARO D'ORS, con ser la que significa

13. *Lex Thuringorum*, VI, 1, 5. (GENGLER: *Germanische Rechtsdenkmäler*. Erlangen. 1875, págs. 389-90.)

14. *Ley Sállica*. Tít. LIX: *De alodis*. (GENGLER, *Op. cit.*, pág. 300.)

15. SALVADOR MINGUIJÓN, *Elementos de Historia del Derecho Español*. Zaragoza, 1920. Cuaderno 7.º, pág. 79.

un mayor esfuerzo constructivo, tampoco es convincente. Ya no lo es el que el legislador visigodo previniera unas segundas nupcias de la abuela, aunque hay que convenir en que el supuesto, aunque raro, podía darse; pero la mayor dificultad que ofrece está en que el capítulo comentado no habla para nada de la concesión de un usufructo, ni el notable investigador español se ha esforzado en demostrar lo contrario. Una construcción puede ser todo lo lógica que se quiera, pero nunca puede conducir a una conclusión que no sea la que expresamente determina el texto legal. La teoría hubiera ganado mucho si hubiera un esfuerzo por demostrar que las expresiones usadas en el texto encerraban la idea por él expuesta. En este sentido cabe destacar que cuando el legislador prevé la exclusión del abuelo materno por el abuelo paterno emplea la expresión «herencia universal del muerto» (*hereditas mortui universa*), en tanto cuando favorece a la abuela materna emplea la expresión «tomen partes iguales» (*aequales capiant portiones*). Habría, pues, que probar que *portiones capere* significaba tomar las partes en usufructo. Podría alegarse que el capítulo 320, dedicado con fruición al derecho de las hijas en la herencia de los padres, y cuya solución es generalmente la del usufructo, habla de «tenga parte» (*habeat portionem*), «tengan por igual» (*aequalen habeant portionem*); pero, independientemente de que cuando emplea esta última expresión es más que dudoso que se refiera a un derecho usufructuario, y de que en el capítulo 327 emplee la expresión «perciban la porción» (*percipiant portionem*) para la sucesión por los nietos, en los que no hay duda del carácter de plena propiedad, cuando el cuerpo legal visigodo habla de una parte en usufructo, menciona éste en la forma más explícita. «La cual hasta el tiempo de su muerte posea por derecho de usufructo» (...*quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat*), dice, respecto a la parte que corresponde a la religiosa que permanece en castidad por voluntad de sus padres, el capítulo 320, e igualmente, el capítulo 322, para la madre que permanece en viudedad dice que posea una parte usufructuaria igual a la de los hijos (*usufructuariam habeat portionem*), insistiendo todavía en que la posea por derecho de usufructo (*usufructuario iure possideat*). Previnendo las segundas nupcias de la madre, cuando se trata de que vaya a parar a los hijos del anterior matrimonio, llama igualmente a la parte, «parte usufructuaria» (*usufructuariam portionem*). Estos ejemplos, que fácilmente podrían multiplicarse, bastan para que haya que rechazarse toda teoría de que la abuela materna adquiere una mitad de la herencia en usufructo, y tratar de llegar a una solución sobre la base de que

abuelo paterno y abuela materna heredan plenamente por mitad.

Por similares razones falla una teoría que podría emitirse en el sentido de que el abuelo paterno recibiría todos los inmuebles, en tanto se repartiría los muebles con la abuela materna. Esta teoría contaría a su favor el que en las otras *leges barbarorum*, como en la de los turingios, por ejemplo ¹⁶, se distinga siempre las tierras del dinero y esclavos, concediéndose sólo estos últimos bienes al sexo femenino, y reservándose aquéllas a la familia paterna, máxime cuando entrañaría una solución teleológicamente similar a la del *Liber*, el cual habría sustituido la tosca división de los bienes en atención a la naturaleza física de los mismos, por otra de carácter jurídico, como es la de adquiridos y propios. La dificultad está en que en el Código de Eurico, y en el título de las sucesiones, el término *hereditas* está siempre empleado en el sentido de «herencia» y no en el de «heredad» o bien inmueble, utilizando, por el contrario, *in terris*, *in culturis*, cuando se refiere a tierras o fincas. Este inconveniente no compensa en manera alguna el que para la posesión de una parte en la que existan muebles e inmuebles parezca preferir «tener la parte» (*portionem habere*) que «tomar la parte» (*portionem capere*).

Se precisa, pues, emitir otras hipótesis, y de éstas parece que la más segura ha de ser aquella que sitúe el capítulo euriciano en la misma línea de intentos que el principio de troncalidad; esto es, en la preocupación que todo legislador siente cuando la sucesión no se ha de realizar por una sangre nueva ajena a la formación del patrimonio sucesorio, o dicho en forma positiva, la preocupación que el legislador siente cuando los que han de suceder han participado en forma desigual a la formación del patrimonio sucesorio. Cuando han de suceder hijos, nietos, sobrinos, es decir, gentes situadas «hacia abajo» del plano del testador, la solución que se adopte será independiente de la actuación de todos ellos. Se podrá atender al criterio de la agnación, de la cognación, de dividir por cabezas, por estirpes, etc., sin que medien escrúpulos o reclamaciones por el hecho de que unos hayan contribuido en más o en menos a la formación de la masa de bienes que se ha de repartir, pues normalmente, han tenido que ser ajenos y no participar en nada. Cosa distinta sucede cuando los herederos han de ser los situados «hacia arriba», como padres, abuelos, tíos, etc., pues cada uno de ellos puede creerse con más derechos que los demás, en base a que por las propias leyes sucesorias o las de la

16. *Lex Thuringorum*, tít. VI. *De alodibus*.

organización familiar se hayan visto precisados a la cesión de bienes al testador, de forma que una distribución por igual les perjudica, favoreciendo, por el contrario, a aquellos otros ascendientes o colaterales ascendientes que no estuvieron obligados a la misma cesión de bienes. Que este problema es el que ha querido solucionar Eurico lo demuestra palpablemente una cosa, y es el que la solución del capítulo 328 de su Código ha sido «sustituído» en el *Liber Iudiciorum* por la entronización del principio de la troncalidad. Es evidente que si una solución sustituye a otra, ambas eran similares teleológicamente, difiriendo sólo en la forma de conseguirlo.

Tratándose de la sucesión por los padres, el legislador no se planteó problema alguno, pues, familiarmente, la posición del padre era muy superior a la de la madre, por más que en el Derecho visigodo la madre ocupe un lugar muy importante en la organización familiar, que ya ha sido destacado por diversos investigadores. Planteado el problema de los abuelos, mirado ya con más desconfianza por el legislador, hay que situarse en el plano de los beneficios que el causante-nieto había percibido o podía percibir de sus abuelos. Si el abuelo paterno y el abuelo materno vivían, el nieto no había percibido ni los bienes del uno ni los bienes del otro. De fallecer las abuelas respectivas, tanto un abuelo como el otro y respecto al padre o a la madre del nieto-causante habrían limitado la porción correspondiente en la misma manera, poseyéndola totalmente primero, y reservándose un tercio en usufructo al casar el nieto-causante, o la mitad por el cumplimiento de los veinte años, según lo dispuesto en el cap. 321. En esta situación de igualdad respecto a los bienes adquiridos de los abuelos paterno y materno, cuando se trata de la sucesión por parte de éstos en los bienes del nieto difunto, el legislador se acoge al principio del parentesco por línea masculina, últimos vestigios del sistema agnaticio, que todavía informa en lo esencial el sistema euriciano, y, en consecuencia, igual que el padre excluye a la madre, también el abuelo paterno excluye al abuelo materno, primera solución del cap. 328. Aún podría añadirse que la solución no podía disgustar al abuelo materno, pues éste sabía que los derechos sucesorios de su nieto estaban disminuídos en cuanto era nieto *ex filia*, y, por tanto, de conformidad con el cap. 327, perdía un tercio de la porción materna en los bienes del referido abuelo materno. Innecesario es decir que viviendo el abuelo materno la posición de la abuela materna quedaba absorbida por éste, como la de la abuela paterna quedaba absorbida por el abuelo paterno, por lo que no cabía plantearse problemas de derechos sucesorios de las mismas.

La cuestión se presentaba de diferente forma cuando había fallecido el abuelo materno, y concurría entonces la abuela materna con el abuelo paterno. El nieto-causante, o sea el nieto cuya defunción se prevé a efectos sucesorios, no había recibido bienes del abuelo paterno, desde el momento que éste vivía todavía a su fallecimiento, y aun de los bienes de la abuela paterna, si hubiera fallecido, el citado abuelo paterno retendría un tercio en usufructo (cap. 321). Por el contrario, al haber fallecido el abuelo materno, le habría sucedido en sus bienes, si bien con la pérdida de un tercio de la porción materna (cap. 327). La abuela materna en muy poco habría restringido la herencia, ya que sólo habría tenido en usufructo una porción igual a la de los hijos (cap. 322), y aun la muerte del abuelo paterno habría abierto los derechos sucesorios en los bienes de la abuela materna para cuando ésta falleciera, pues ya no podría retener el usufructo del tercio (cap. 321). Como se ve, el patrimonio sucesorio del nieto-causante estaba integrado por bienes de la familia materna, en tanto que de la paterna lo estaba en mucho menor medida. Una atribución total al abuelo paterno sería muy mal acogida por la familia materna, que vería cómo sus bienes marchaban a la otra familia, por lo que el legislador, conjugando el principio de agnación masculina y la proveniencia de los bienes, busca como solución la división del patrimonio en dos partes iguales, de las que una atribuye al abuelo paterno y otra a la abuela materna.

Enrico ha regulado este caso como especial, señalando, primero, lo que era la norma general, por cuanto se ajustaba al principio informante de la sucesión, y, a continuación, como una excepción al mismo (*autem*) ha previsto el caso especial. No ha previsto los demás, porque se ajustaban al principio general. Al concurrir las dos abuelas, paterna y materna, ya no cabía el privilegio respecto a esta última, puesto que los bienes procedentes del abuelo materno se habían compensado con la procedencia de los bienes del abuelo paterno, y entonces, a igualdad de participación en la formación del patrimonio sucesorio, jugaba el principio de la agnación masculina. Que ésta era la solución, lo demuestra el que los redactores del *Liber* tienen que declarar expresamente la igualdad de partes en ese caso, lo que quiere decir que con anterioridad no se producía esa igualdad y había que evitar confusiones (*Ita quoque erit, si paternam et maternam aviam qui moritur relinquere videatur*, refiriéndose a que tomarán las mismas partes como en el caso de que quedara abuelo paterno y abuela materna). Sin embargo, la concurrencia de abuela paterna con abuelo materno es muy posible que se resolviera por una distribución por mi-

tad. Lo hace sospechar el que los redactores del *Liber* no hayan tenido que hacer expresa mención como en el caso anterior, y el que declarándose en el capítulo euriciano la exclusión del abuelo materno por el abuelo paterno debía interpretarse como que sólo se verificaba por éste. La igualdad debía producirse al conjugarse los respectivos principios de agnación masculina, sexo y proveniencia de los bienes. No obstante, hay que reconocer que esta última situación es la que aparece más confusa, pues podría resolverse por el principio general de agnación masculina, si bien, como se ha dicho, no parece que sea así, por el doble hecho de que la exclusión del abuelo materno sólo se declara que lo sea por el abuelo paterno, y de que los redactores del *Liber* no se vean precisados a declarar expresamente la solución de la igualdad de partes.

La solución euriciano no ha cabido dentro del *Liber Iudiciorum*, pues éste ha respondido a distintos principios. Por de pronto, éste se ha apartado definitivamente de todo principio de agnación masculina, y, por tanto, ha tenido que rechazar la exclusión del abuelo materno por el abuelo paterno. No siendo un problema fundamental, los reyes visigodos, Chindasvinto especialmente, no se han visto precisados a dictar una ley especial. Los redactores del *Liber* han tomado entonces el viejo capítulo euriciano y lo han manipulado para ponerlo de acuerdo con los principios del nuevo cuerpo legal (IV, 2, 6). Reformando el primer párrafo han declarado que dejando abuelo paterno o abuelo materno, la herencia universal del muerto correspondería tanto al uno como al otro. El segundo párrafo, concurrencia de abuelo paterno con abuela materna, ha quedado sin alterar, pues se acomodaba bien a los nuevos principios, y sólo el sistema de utilizar lo más posible el viejo capítulo ha hecho que se conservara el *autem* en un contrasentido, pues claramente se observa que lo que en el Código de Eurico era una excepción a lo dicho anteriormente, en el *Liber* no es sino una confirmación. A fin de evitar confusiones, se ha señalado expresamente la misma solución de la igualdad de partes para la concurrencia de abuelas paterna y materna, que anteriormente no se resolvía así. Quedaba por resolver el problema que Eurico había resuelto a su manera, o sea el de compensar la desigualdad en la formación del patrimonio sucesorio del nieto causante de la herencia. Eurico lo había resuelto, pudiera decirse, que a la manera del Bajo Imperio, o sea mediante compensación de cuotas, como la legislación teodosiana había resuelto la concurrencia de nietos *ex filia* con sus tíos, y sin consideración a una diferenciación de los bienes. Recesvinto y los redactores del *Liber*, respetando el principio de la

igualdad de sexos, que el antecesor Chindasvinto había proclamado celosamente, lo resuelve en una forma más concorde con la que los diversos pueblos bárbaros y otros pueblos primitivos habían aplicado a casos similares. Debe recordarse, a este respecto, que el *Liber* representa una reacción contra el exagerado romanismo, y una tendencia hacia soluciones autónomas con respecto a éste, y que, como acertadamente ha señalado el Prof. ALVARO D'ORS, en la legislación visigoda el Código de Eurico no es el representante del germanismo frente a un romanismo posterior, sino, en todo caso, lo contrario. La solución aludida ha consistido en la introducción del principio de troncalidad, en virtud del cual, la igualdad proclamada para las dos líneas se entiende respecto a los bienes que se conocieran conquistados o adquiridos por el difunto (*illis rebus... que mortuus conquissisc cognoscitur*), en tanto los bienes que procedieran de los abuelos o de los padres, retornan directamente a la línea de donde procedían (*De illis vero rebus, que ab avis vel parentibus habuit, ad avos directa linea revocabunt*).

En un sistema informado por el principio de agnación masculina, la desigualdad en la formación del patrimonio sucesorio del causante de la herencia se compensó en algunos casos con una igualdad de cuotas, que favorecía la línea femenina. En un sistema de plena equiparación de sexos, se soluciona mediante la observancia del principio de troncalidad.

JESÚS LALINDE ABADÍA.

III

DUDAS SOBRE «LÉUDES»

En la nueva y muy apreciable *Revista Chilena de Historia del Derecho* (que dirige el ilustre Alamiro de Avila Martel), 2 (1961) 11-21, Sánchez Albornoz vuelve sobre el tema de los *leudes*, en contraposición a una indicación mía, y me invita a rectificar mi punto de vista. Una invitación de este tipo debe ser bien atendida, y más cuando viene de persona tan respetable; con gusto rectificaría, pero la verdad es que no consigo salir de dudas. En *AHDE* 1954 p. 638 (mi nota no alcanza la página 639, a pesar de la cita de S. A. p. 18 n. 12), toqué muy rápidamente el problema de los *leudes*, y a esas pocas líneas me remití, sin nueva reflexión, en *Estudios Visigóticos* I p. 116 n. 81. En efecto, como indico en *Est. Visig.* II p. 241 y n. 820, esa *antiqua* me parecía Leovigildiana, y no me interesaba especialmente para mi reconstrucción del CÉ.; quizá hoy mis dudas acerca del origen son todavía mayores.

Para comodidad del lector, me permito reproducir el texto de la ley (LV 4, 5, 5), rubricada: *de his que filii patre vivente vel matre videntur adquirere*, y separaré las dos partes que se distinguen claramente en ella:

Filius qui, patre vel matre vivente, aliquid adquisierit sive de munificentia regis aut patronorum beneficiis promeruerit, et exinde aliquid cuicumque vendere vel donare voluerit, iuxta eam condicionem que in aliis nostris legibus continetur, in ipsius potestate consistat; nec sibi aliquid, dum filius vivit, exinde pater vel mater vindicare presumat.

Quod si inter leudes quicumque, nec regis [nec patronorum] beneficiis aliquid fuerit consecutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si communis illis victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat duas autem filius qui laborabit obtineat.

S. A., reafirmando su interpretación, dice (p. 14 s.): «habiéndose legislado en la primera parte de la *antiqua* sobre los beneficios obtenidos por los hijos de familia unidos por un vínculo de dependencia estricta con un señor de protección, fuese éste el rey o un particular, en el segundo pasaje de la ley se establecían los derechos sobre las personales adquisiciones en la guerra de los

jóvenes que tenían por señor al monarca»; es decir, la segunda parte —relativa a los *leudes*— se referiría a uno de los dos grupos incluidos en la anterior —los clientes del rey—, pero respecto a un tipo de adquisición distinta, que sería, exclusivamente, la del botín de guerra, ya que S. A. cree que no existía soldada militar en ese momento. Sobre el peculio castrense de los otros hijos de familia no clientes del rey la ley no diría nada. Esta conexión entre las dos partes aparece como indiscutible a S. A. (que repite de su réplica a Merêa): «no es lícito imaginar que la segunda parte de la ley no se refiriese a una de esas dos categorías de jóvenes» (p. 17); y por eso me invita (p. 20) «a reconocer que la segunda parte de la ley 4, 5, 5, no puede aludir sino a una de las categorías de patrocinados que distingue la primera», es decir, la segunda categoría, de clientes regios.

Mis esfuerzos por complacer a S. A. han sido aquí inútiles. La ley se refiere toda ella a las adquisiciones de los hijos de familia, y se distinguen dos supuestos:

— el hijo que en vida de su padre o madre adquiere algo o (*sive*) merece (*promeruerit*) algún beneficio del rey o de un patrono, en cuyo caso adquiere plenamente;

— el hijo cualquiera (*quicumque*) que en calidad de leude (*inter leudes*) gana con su servicio (*de labore suo*) en campaña (*in expeditionibus constitutus*), en cuyo caso, y siempre que conviva con su padre (*communis victus cum patre*), adquiere tan sólo dos tercios, y queda el otro para su padre.

La invitación a reflexionar que me hace S. A. ha conducido a esta nueva interpretación, que siento no coincida con sus expectativas, pero quizá sea aceptable. Con ella modifico mi sospecha de contraposición entre nobles y pueblo, que, desde luego, no daba en el blanco.

La clave de mi nueva interpretación está en el *sive*, disyuntiva que une los dos verbos principales: *adquisierit sive promeruerit*. La disyuntiva *aut* (no seguida de *de*), en cambio, une las frases circunstanciales: *munificentia regis aut patronorum beneficiis*. Si la disyuntiva *sive* no ha sido debidamente respetada, esto me temo se deba a que el Fuero Juzgo, como en tantos otros lugares (aquí mismo ha omitido la mención de los *leudes* como incomprensible), nos da una versión falsa: ...gana alguna cosa ...del rey o de su sennor, omitiendo la disyuntiva, que introduce, en cambio, en la segunda parte, donde no era original: ...en hueste o por su trabajo.

Esto quiere decir que, en mi opinión actual, la ley, en su primera parte, se refiere a las adquisiciones de los hijos de

familia en general, distinguiendo no obstante las ganancias propiamente dichas, es decir, que suponen un esfuerzo o actividad adquisitiva, de las gracias lucrativas del rey, o de un patrono. En CÉ. 323 (LV. 4, 2, 15) se habla de las «adquisiciones» del marido por medio de los siervos suyos y de los de su mujer; en CÉ. 311 (LV. 5, 3, 2) se contraponen las donaciones *pro obsequio* hechas por un patrono a su sayón de lo que el mismo sayón «adquiere» (*adquisivit*), que es para el patrono; lo mismo ocurre en CÉ. 310 (LV. 5, 3, 1) respecto al bucelario: *si quis bucellario arma dederit vel aliquid donaverit... et si aliquid... adquisierit*.

En la segunda parte, naturalmente, se va a establecer una regla especial frente a la general, pero la especialidad no está propiamente en los sujetos, sino en la ocasión de la adquisición. Se trata de aquellos hijos de familia que adquieren algo en el servicio militar, que es servicio del rey: los «soldados del rey» —*leudes*—, pero no los «clientes del rey». Para distinguir netamente que se trata de «adquisiciones» propiamente dichas y no de donaciones regias, la ley dice expresamente: *nec regis beneficiis...* Esto quiere decir que aquellos servidores del rey que le sirven en las armas por beneficio no entran en esta regla especial sino en la general de la primera parte. Por eso, en el fondo, la idea de Torres-López, a la que yo me acercaba en cierto modo, de considerar los *leudes* como soldados corrientes, me sigue pareciendo acertada; son los que realmente *laborant* en la guerra, y no van como amigos del rey. Que el término *labor* alude a una actividad rentable me parece bastante claro. Lo que se consigue *pro labore* es una merced retributiva, como vemos con los *saiones* (LV. 2, 1, 16), con los delatores (LV. 3, 4, 13), con los que recuperan lo cogido por el enemigo (LV. 9, 2, 7) o capturan ladrones (LV. 7, 2, 20) o consiguen que paguen los deudores (LV. 7, 4, 4). Que este *labor* del militar tenga, en este texto, una retribución en forma de soldada o se trate exclusivamente de la parte de botín, eso no es necesario discutirlo aquí; como dice S. A. (p. 20), faltan datos seguros, y, en esta duda, yo me inclinaría por pensar que el ejército de *foederati* incorporado al romano hubo de percibir retribución como el mismo romano, sin que vea el motivo de que los soldados dejaran de ser remunerados. De todos modos, esto es accesorio para la interpretación de la ley.

Una cosa sí debe ser observada: que el complemento *nec patronorum*, en la segunda parte de la ley, no es auténtico, sino una interpolación de alguien que no se daba cuenta ya de que los que entonces entraban en el ejército eran todos ellos «soldados del rey». Así, pues, la ley hacía bien en distinguir las

donaciones del rey a sus soldados de las ganancias de éstos por su servicio, pero para nada había que hablar aquí de las donaciones de los patronos, como se hacía, por ejemplo, en el caso de bucelarios y sayones. Los *leudes*, así pues, vienen a ocupar respecto al rey una posición similar a la de los bucelarios y sayones respecto a los patronos, y por ello se hace respecto a las tres clases la distinción entre donaciones y ganancias; pero esto no quiere decir que estos soldados del rey sean propiamente los clientes del rey, pues la relación suya con el rey es transitoria y puramente militar: son todos los que prestan servicio militar. Es más: el *communis victus* con sus padres parece excluir ese apartamiento del hogar doméstico que supondría la incorporación permanente a clientela o séquito del rey.

Con esto llegamos al problema de la palabra *leudes*, que aparece entre los visigodos en este único texto, pero es frecuente entre otros pueblos bárbaros. Que se trate de una palabra franca, como reconoce S. A. (p. 17), no puede menos de ser otro indicio favorable a mi punto de vista de que los germanismos del derecho visigótico provienen de los francos y rara vez pueden considerarse indígenas, lo que explica que sean progresivos. Como es sabido, las acepciones de esta palabra son múltiples; el mismo Waitz (*Verfassungsgeschichte* II 1 página 348 ss.; cfr. IV p. 243 n. 3), por citar la misma autoridad que invoca S. A., da buena cuenta de esa imprecisión, y de la frecuencia con que los *leudes* son los «libres vulgares», y no un grupo especial. De esa vulgaridad (que en mi nota se relacionaba con el moderno al. «Leute») depende el que *leudis*, *leodis*, etcétera sea también el «Wergeld» por el homicidio de un hombre cualquiera. Ahora, yo hacía especial hincapié en el hecho, al que S. A. no da la menor atención, de que la *lex Burgundionum* 101, 2 (cfr. 2, 2 y 26, 1-2), que distingue entre *optimi*, *mediocres* y *minores personae*, equipare los *leudes* a esta ínfima categoría. Y esta acepción despectiva quizá deba ponerse en relación con el término *laeti* o *leti*, con el que se designa la condición de unos semiesclavos (vid. Grimm, *Deut. Rechtsalt* página 424 y 426 s.). También la *lex Baiuvariorum*, bastante próxima a los visigodos, presenta nuestra palabra como equivalente de «pueblo» (9, 3: *iuret de leuda sua*). Así, aunque sean muy abundantes los textos en los que los *leudes* constituyen un grupo restringido, de clientes del rey, que forman su séquito particular, me parece muy posible que en nuestra ley visigoda sean simplemente «los soldados».

Concluyendo: aunque sigo teniendo inseguridad, me parece lo más probable que la *antiqua* 4, 5, 5 (probablemente no Euriciana, al menos en su actual redacción) se refiera a todos

los hijos de familia y establezca el principio, conforme a la tradición romano-vulgar, de que los hijos de familia pueden tener un patrimonio propio, ya sea por lo que ganan con su esfuerzo como por las donaciones que merecen, con excepción de lo que ganan en el servicio militar del rey (y no por donación del rey), pues eso sigue siendo *peculio castrense*, y aquí el derecho del padre (no de la madre, que no se menciona, a diferencia de la primera parte de la ley) se convierte, como en otros casos, en una *tertia* de plena propiedad. El que la antigua *patria potestas* se vea entendida aquí como convivencia del hijo con el padre, eso, después de todo, es congruente con el régimen nuevo que pone fin a aquella *patria potestas* por la mayoría de edad o el matrimonio.

Yo no me atrevo a invitar a S. A. a una nueva reflexión sobre esta ley, pero me creía obligado a dar esta explicación de mi dificultad para aceptar su opinión.

ALVARO D'ORS

(Universidad de Pamplona)

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mario Julio Brito de: *Origem da enfiteuse no direito portuguez*. Coimbra editora, 1957; 396 págs.

El nombre de Almeida Costa viene a unirse a la Historia del Derecho hispánico, ciencia en la cual han puesto los portugueses cimas de maestría y una admirable continuidad de escuela. Su libro sobre la enfiteusis fue tesis de doctorado de la Universidad de Coimbra, patria nuestros estudios. Y es el resultado de una investigación histórico-jurídica de grande aliento, en la cual se demuestra que esta disciplina tiene algo que decir en el campo del Derecho, y que Portugal es un espacio con virtualidad propia en el mundo cultural europeo. Un estudio en el que la enfiteusis aparece perfilada como figura protagonista en la lucha eterna por el derecho.

Destaquemos en primer lugar la amplia perspectiva de este trabajo, al contemplar la evolución histórico-jurídica total, desde los orígenes hasta el Derecho actual, método que entre nosotros fue acometido por Maldonado en sus monografías de derecho español: *Herencias en favor del alma* y *«Nasciturus»*. Esto le permite plantearse inicialmente una pregunta: ¿ha agotado la enfiteusis su significación histórica, o bien, le está reservada todavía una eficacia en el régimen de la tierra y en la condición de las personas? Siendo éstos los dos temas que la perspicaz historiografía jurídica de Francia ha tratado siempre con preferencia en sus exposiciones de conjunto.

El autor comprende bajo el término enfiteusis también el *empresamento* o *prazo* y el *aforamento* o *foro*. La institución alcanza su figura en las Ordenaciones Alfonsinas (1446), cuyos textos pasan con ligeros aumentos y retoques, a las Manuelinas (1521) y Filipinas (1603) (Sobre estas fuentes Braga da Cruz, *Historia do Direito Portuguez*, Coimbra, 1955, 379 ss.). En este largo período se forma la doctrina del derecho común, con elementos peculiares; destacan los nombres de Valasco (1591) y Caldas Pereyra (1585), en una literatura que llega hasta comienzos del siglo XVIII. En este siglo, de Pombal, se produce una reacción antirromana y nacional. La legislación abolicionista se propone el fomento económico y la igualdad social. Un período sinuoso llega a los preceptos del Código civil (1867) que es la síntesis

final. Pero la reforma de 1930 y la legislación posterior nos revela que la historia del derecho no se ha detenido, y en la reforma del Código civil portugués se prevé la supervivencia de la enfiteusis.

La investigación propiamente dicha alcanza hasta el siglo xv, en que la Enfiteusis aparece ya configurada; es decir, al problema de los orígenes. La interpretación de los textos visigóticos y romano-visigóticos ha quedado en cierto modo agotada sin una solución definitiva. Se resume el estado de la cuestión a la cual aporta el autor —en la línea señalada por P. Merea— el estudio de los documentos medievales, con el fin de apurar la posibilidad de que estos arrojen mayor luz sobre el pasado. Los documentos del siglo xii, y separadamente los del siglo xiii; justificada esta sistemática por la recepción romanista. El capítulo III expone los resultados del análisis de escrituras particulares del siglo xii. Habiendo señalado el autor como preferible la reconstrucción de las figuras jurídicas en ámbitos locales concretos, renunció a ello, por existir pocos documentos para cada núcleo y optó por utilizarlos en conjunto. Braga da Cruz (Apreciación crítica de la tesis en *Boletim da Faculdade de Coimbra*, 32, 1958) ha puesto de relieve la importancia del factor local en modalidades de la institución. En definitiva, no se trata de reconstruir tantas figuras como ámbitos locales o períodos cronológicos, sino únicamente de señalar ambos datos en las variantes sistemáticas: esto nos parece una exigencia insoslayable de la historia jurídica, que debe siempre reproducir —aunque sea incompletamente, por la carencia o mutilación de los textos— órdenes concretos (en el sentido schmittiano). En el análisis de los documentos anteriores a la recepción romanista, el autor ha encontrado una idea fundamental: asegurar al trabajo la propiedad por él creada, sin que para ello sea preciso anular la propiedad de la tierra. Equilibrio entre propiedad y trabajo que ciertamente ha buscado siempre el Derecho medieval, y aspiración de justicia que no satisface el Derecho moderno. Tratados sistemáticamente en dos apartados los contratos fechados —que se refieren a partes determinadas—, y contratos abiertos, que son las cartas de población, el autor acierta también a, observar su síntesis, la afinidad interna que los une en la dinámica historia agraria del siglo xii; uno de los más logrados capítulos del libro.

En los documentos de los siglos xiii y xiv encuentra el autor reflejada la recepción romanista y una cierta uniformidad entre las diversas regiones. Sobre *emprazamento* y *aforamento*, la falta de seguridad en el empleo de ambos términos, le permite, siguiendo a Merea considerarlos como sinónimos, caso, al parecer, de fluctuación e inconsecuencia terminológica de la época. El legislador adoptó la doble denominación de la imprecisa práctica notarial. El carácter de contrato entre partes se ha acentuado, mediante la eliminación de figuras de concesión. Por lo demás, el contrato tiene adheridas prestaciones

de índole feudal y señorial. La función de la enfiteusis consistió, principalmente, en abarcar y ordenar bajo un principio directivo una gran variedad de formas locales de tenencia de la tierra para el cultivo. Muy expresivo es a este respecto nuestro Código de Tortosa que declara comprendida en la enfiteusis de la recepción las tierras conservadas por los moros al ser reconquistada la ciudad. Por otra parte, la Recepción, concluye el autor, no presenta muchas novedades; se limita a consolidar elementos y tendencias ya anteriormente delineados. El carácter integrador del Derecho antiguo, o como sostiene Wieacker, «cientificador» de la Recepción, es aquí comprobado.

El último capítulo del libro comprende una exégesis del texto de las Ordenanzas Alfonsinas, cuyo tratado de Derecho civil reguló casi completamente las figuras de arrendamiento, aparcería y enfiteusis. Las disposiciones particulares complementarias y la elaboración doctrinal se agregan a la exposición del sistema, y se señala oportunamente la correspondencia entre soluciones antiguas y modernas a unas circunstancias que, si de cada época histórica reciben un peculiar e inconfundible contenido social y económico, presentan semejanzas de estructura jurídica.

Una minuciosa base documental acompaña a toda la exposición. Esta tiene, además, el complemento de un apéndice documental de 243 escrituras, entre 1118-38 y 1472, procedentes de los fondos inéditos de los principales archivos portugueses. A estos documentos se refiere el autor de modo constante, a la vez que a los publicados ya en colecciones o trabajos particulares. El estudio sistemático que les precede sirve de modo admirable como introducción y guía a la verdadera contemplación histórica que se satisface en la lectura de los documentos, en la visión de los negocios con su unidad viva y concreta.

R. GIBERT

AMELOTTI, Mario: *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*. Giuffrè, Milano, 1960, IV + 69 págs.

El autor aborda un tema que me parece decisivo para la perspectiva histórica del derecho romano, a saber, la relación Diocleciano-Constantino. Una nueva revisión de los rescriptos del primero le lleva a la conclusión del esencial clasicismo de aquél (en lo fundamental con Aliberario), que habría encontrado en la conservación del derecho clásico un instrumento político para la consolidación de sus ideales tradicionales y paganos; en tanto tendríamos en las leyes generales de Constantino el nuevo giro revolucionario. Naturalmente, no deja de admitir algunas innovaciones, menos tímidas en materia de derecho de familia.—Que Diocleciano pertenece al mundo anterior y no abre una nueva época en la historia del derecho privado, eso me parece cierto, pero quizá

convenga insistir más, como he dicho en otras ocasiones, en el hecho de que Diocleciano pertenece a un mundo jurídico que llevaba más de medio siglo de crisis: que pertenece así a la época post-clásica (desde el 230 según mi periodificación), y que, por ello, su clasicismo debe entenderse como «clasicista» y no como «clásico». Por lo demás, su mismo lenguaje traiciona a veces el ambiente post-clásico. Es ilustrativo a este respecto el cotejo de CJ. 3, 34, 1 (del 211), donde se habla todavía en términos de *actiones* con eod. 7 (del 286), donde se da una instrucción al *procurator noster*. En este sentido, Diocleciano no es más clásico que el autor del primer estrato de las *Pauli Sententiae* o que Hermogeniano. Me permitiré observar de pasada, a propósito de la pregunta que hace el A., en p. 46, n. 83, que, en mi opinión, en los *apokrimata* de Severo tenemos un fragmento de un *liber libellorum propositorum*, y por ello, de función oficial. En este punto, yo me inclino hacia la sospecha de que los rescriptos conservados son en su mayoría resúmenes, como hace Volterra, más que al optimismo del autor.

A. O.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*. Duncker & Humblot, Berlín, 1961; 226 páginas.

Libro importante; excelente ilustración del problema del influjo de las ideas actuales que dominan siempre al historiador cuando trata éste de analizar, exponer e interpretar el pasado cultural. Y no se trata —el autor insiste en esto, y rectamente— de simples apasionamientos ideológicos que habrían podido enturbiar la visión histórica objetiva, sino de una casi inevitable adecuación de la materia tomada en consideración a los módulos mentales propios de la época y del ambiente en que vive el historiador.

Este problema se ha presentado para la historia del derecho privado —principalmente en el terreno de la investigación romanística— como antítesis entre dogmatismo e historicismo. Pero también han conocido los romanistas intentos dogmáticos en el estudio del derecho constitucional; un caso reciente especialmente llamativo es el de Nocera, *I limiti del potere del comizi*; pero no debemos olvidar que el gran Mommsen, a quien seguimos debiendo lo fundamental de nuestro conocimiento del derecho público romano, vió la realidad romana con los lentes de un constitucionalista alemán del siglo XIX, y cuando se dice de él que seguía siendo jurista cuando hacía historia, esto debe entenderse como comprobación de su enorme dogmatismo. Si Böckenförde no habla de él en este libro, ello se debe a que ha querido limitar su estudio a los tratadistas, no sólo alemanes, sino también de la historia constitucional alemana, y quedaba

así excluida la romana. Pero el problema es el mismo en Mommsen que en estos otros autores que Böckenförde toma en consideración.

Se trata, para decirlo de una vez, de un traslado de la idea de Estado a una realidad histórica anterior al nacimiento del Estado. En este sentido, estamos dentro de la órbita del pensamiento de Carl Schmitt, al que debemos quizá se tarde un poco en reconocer el acierto y las consecuencias fecundas que tiene para la teoría y hasta la práctica políticas— la evidencia de que el Estado es un concepto históricamente limitado: antes del siglo xvi no hay Estado en sentido propio, y el Estado nace entonces precisamente como superación, racionalizante de las guerras confesionales. Bodino escribe bajo la impresión de la Noche de San Bartolomé y Hobbes trata de superar el fanatismo protestante de Cromwell.

Con distintos matices, pues la serie va de Möser (que enlaza con un mundo que no conoce aún la realidad del Estado moderno en Alemania), a von Below (representación cabal del conservadurismo prusiano del Segundo Reich), y abarca así un período muy largo, con personalidades destacadas y de distinta tendencia (Eichhorn, Waitz, von Maurer, von Gierke, von Roth, Sohn, Heinrich Brunner, además de los dos mencionados); con distintos matices, esa visión «estatalizante» de las formas políticas medievales es constante. Gierke es quizá quien más supera esa anacrónica traslación conceptual, precisamente por ser quien más atención presta a los elementos asociativos como propios de la tradición germánica.

La más reciente historiografía alemana —en la que sobresale quizá el nombre de Otto Brunner— ha sabido superar esa limitación mental de sus predecesores, y ha llegado con ello a una mayor comprensión de hechos como el poder de la nobleza (que no debe clasificarse simplemente como poder de carácter privado a fuer de no-estatal), todo el feudalismo en sus múltiples aspectos, y sobre todo, la idea de libertad. Donde se venía viendo una libertad general de los «súbditos», al modo constitucional moderno, que podía ser alterada quizá por «degeneraciones» que producían supeditaciones y vasallajes «sociales», de origen privado, se identifica hoy una serie de concretas situaciones de protección, en las que la protección misma es la que habilita y hace realmente posibles determinados comportamientos, que sin aquella protección no lo serían. Se percibe de este modo la diferencia esencial entre el concepto romano de *libertas*, es decir, de «ausencia de dueño», concepto en el que recae, no sin cierto patetismo, la Revolución Francesa, y el concepto germánico de *Freiheit* (idéntico al anglo-sajón de *freedom*), consistente en concretos derechos protegidos. Dos conceptos muy distintos, de cuya confusión pueden derivarse grandes equívocos y aun trastornos sociales y políticos.

Es natural que nos preguntemos: ¿Sería posible una investigación similar para España? Mi particular sospecha es de que una investigación de este tipo aplicada a nuestra bibliografía de historia constitucional no daría un resultado especialmente interesante. Se pensará inmediata-

mente, es verdad, en el regalismo liberal que determina la perspectiva de Martínez Marina (de lo que depende que la «Teoría de las Cortes» esté en el «Índice de libros prohibidos»), pero no encontraríamos quizá muchas figuras más cuyo pensamiento presentara un campo de investigación profundo. Me atrevería a decir que la conciencia del hecho estatal era, en nuestro XIX demasiado débil para condicionar una visión de las instituciones medievales. España no necesitó el Estado, en su momento, porque no tuvo guerras confesionales, y si el Estado sobrevino a España, fué, no sólo tardíamente y con poca profundidad, sino también por la razón negativa de que la depauperación de las fuerzas sociales naturales (desde el siglo XVII) hacía necesario el aparato diríamos «ortopédico» de un poder público organizado en Estado, al modo europeo.

Por otro lado, es cierto que algunos historiadores españoles —aún hoy, por desgracia— siguen aplicando el concepto de Estado a la Edad Media, y aun a momentos anteriores, pero esto no procede de un reflejo personal de la nueva forma constitucional vivida, sino simplemente del influjo de los autores extranjeros utilizados; es decir, falta verdadera conciencia del alcance del anacronismo, pero también falta espontaneidad.

En todo caso, pese a esta sospecha de que una investigación de conjunto de este tipo, aplicada a España, no daría resultados apreciables, conviene insistir en la precaución ante el uso, por nuestros historiadores de la Edad Media, de términos como Estado, división de poderes, servicio militar, unidad nacional, administración, poderes sociales y, en general, la distinción entre Sociedad y Estado, etc. En este sentido, recomiendo decididamente la lectura de este importante libro a nuestros historiadores y juristas.

A. O.

CALASSO, Francesco: *Il negozio giuridico*. Seconda edizione. Milano, 1959.

Al lector español le interesa en primer lugar saber que, según se encarga el propio autor de resaltar, el libro ha nacido para la escuela, siendo el resultado de unos cursos correspondientes a los años académicos 1956-57 y 1958-59. Consecuencia de ello es que el sistema empleado sea el de una exposición continuada, sin las divisiones y subdivisiones propias de obras compuestas con otros fines, y que esta exposición esté presidida por su elementalidad, en el sentido de aprehender los principios esenciales. De todo ello, el lector no sale sino beneficiado, en cuanto los esquemas le son ofrecidos con la mayor claridad y limpieza, y en cuanto el autor, no dando por sabidas determinadas cuestiones cruciales o el ambiente ideológico de las distintas épocas, procede a exponer aquéllas o éste mediante visiones personales, cuya principal característica es la madurez en los juicios. La referida elementalidad, en el sentido de

«esencialismo» y no en el de pobreza de conocimientos, induce al autor a preferir la utilización directa de las fuentes, pero ello no significa que haga caso omiso de la bibliografía sobre los distintos temas, que por el contrario, utiliza en forma completa por lo que se refiere a la alemana e italiana. La obra no rompe la unidad de pensamiento de Calasso, pues incluso le ha sido inspirada por su propia investigación sobre la teoría de la soberanía en los glosadores, y la gran dosis de historicismo en el profesor de Roma queda confirmada una vez más por el hecho de que su idea central de un paralelismo entre el desenvolvimiento del poder del ordenamiento jurídico y el de la autonomía de la voluntad privada le sea sugerida en mayor medida por el pensamiento de los glosadores al sentir la unidad normativa en la heterogénea compilación justiniana que por una participación en ciertas corrientes del pensamiento actual contrarias a la vieja partición escolástica del derecho en público y privado.

Calasso refiere su trabajo a grandes períodos no señalados apriorísticamente, y que resultan ser: a) el del ordenamiento lombardo, en cuanto que superada la tesis «catastrófica» representa el encuentro de dos civilizaciones antagonistas; b) el de los siglos XII y XIII, en que el mundo del Derecho se halla representado por la ciencia jurídica de la Glosa, que es ante todo, una «coscienza reflexa dell'esperienza giuridica»; c) el de los siglos XIV y XV, período de actividad de los Comentaristas; d) el de la época moderna con la crisis del derecho, como consecuencia de la insuficiencia de las posiciones dogmáticas de los Comentaristas frente al desarrollo del comercio, y e) el inaugurado por la escuela del «iusnaturalismo», con su exaltación de la voluntad privada, que conducirá a la creación del «negocio jurídico» como categoría jurídica por Savigny y a su elaboración total y absoluta por la Pandectística alemana, hasta llegarse a un momento actual, en que se habla de una crisis de la doctrina.

Ante una visión de tal amplitud no dejará de haber aspectos particulares, sobre los que se podrá opinar de distinta manera que el autor. Así, por ejemplo, sucede con el de una pretendida distinción en el lenguaje de los documentos de los siglos VIII a X entre «motivo» y «causa». Aunque el autor no atribuye a ese momento una neta y consciente diferenciación, lo apunta como intuiciones, y ello puede ser equivocado. Si ha podido existir, no se puede inducir de los documentos que comenta en el libro. En las relaciones jurídicas humanas, donde el número de posiciones diversas en su regulación no es posible que sea muy elevado, el simple empleo de términos que por su contenido filosófico o su sentido general recuerdan concepciones jurídicas, no es suficiente para su conexión si no están utilizados con este sentido jurídico preciso. No basta que en un documento aparezcan expresiones que hagan referencia al elemento psicológico de los protagonistas en el negocio, para que de ello pueda desprenderse la iniciación del proceso de diferenciación con el elemento objetivo generador del negocio, sobre todo si la aparición de ese elemento psicológico está justificada por el cumplimiento de otro fin o

destino, también jurídico. La carta luquesa del año 720 que colaciona el autor, no contiene una causa subjetiva en el *pro anime mee remedium*, pues éste no es un elemento indiferente para el negocio, que es lo que suele caracterizar el motivo frente a la causa, sino que es esencial para el fin de la donación, a la cual cualifica. Sin esa dedicación, el negocio sería totalmente distinto, y encajable en otra categoría jurídica. Es más, incluso puede determinar problemas de capacidad, pues como se sabe, es ese destino el que permite disponer en determinada cuantía de los bienes propios en detrimento de las expectativas jurídicas tan frecuentes en la Alta Edad Media. Es decir, el que el documento recoja el destino que se da al objeto del negocio no quiere decir que represente la aparición de algo que prelude el motivo, pues no aparece en base a consideraciones nuevas en torno a la causa, sino que es la persistencia de un elemento integrante de una determinada categoría jurídica. Igualmente, en la concesión del uso gratuito de un molino, hecho por el Obispo de Formia, en el año 830, el *propter bene factum et serbitium* no ofrece atisbos del futuro «motivo», en tanto el Obispo habla de «donare», y aquella expresión lo que hace es calificar la donación de «remuneratoria», lo que confirma con la expresión *recompensationem*. Si pudiera desaparecer sin que el negocio jurídico quedara alterado, podríamos pensar en la afloración del elemento psicológico como prelude de un elemento esencial e integrante de una categoría jurídica determinada. Por las mismas razones, aunque en un caso contrario, el *pro amorem et dilectione vestra* de una carta de Gaeta del año 921, no trata sino de calificar de «simple» la donación, excluyendo toda posible condición de remuneratoria.

Lo que llama más poderosamente la atención, sin embargo, es la utilización de una terminología propia de dogmáticas actuales, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de un hecho accidental o en relación a una institución jurídica aislada, sino que el autor proclama que le impulsa a ello el deseo de prepararse a una experiencia mayor, que es a la que obligará la última parte de su obra «Medioévo del Diritto». Es decir, se trata de una manera o modo que pretende generalizar, y convertirlo, por tanto, en base de un sistema o postulado metodológico. Sin duda, por ello, ha escogido para el ensayo una de las instituciones más fuertemente elaboradas por las doctrinas actuales, y que si era posible referir al Derecho romano, en cuanto a éste se había concebido como el sistema jurídico más perfecto y generador de todos nuestros conceptos jurídicos actuales, nadie había intentado referirlo a los sistemas medievales o de la edad moderna, especialmente a aquéllos, considerados siempre como modelo de imprecisiones conceptuales. Descontando el valor del libro del profesor Calasso, que lo tiene y en sumo grado, la cuestión para el historiador español del Derecho es, si en realidad se ha conseguido el estudio histórico-jurídico del negocio jurídico, y, en consecuencia, si el método empleado debe ser el seguido.

Planteado en otros términos, puede preguntarse si saldrá satisfecho

de su curiosidad el que se acerque al libro atraído por su título, y en este sentido creo que habrá que contestar negativamente. Encontrará un estudio completo de la teoría de la causa; una descripción sutil y encantadora de la evolución que lleva a la victoria del negocio sustancial sobre el formal que le recubría; del privado de la voluntad a través, primero, de la doctrina canónica sobre los pactos, y de la escuela jusnaturalista después, con matización perfecta del sentido en una y otra corriente, etc., mas nada de ello representa el negocio jurídico. Aún el estudio de la hegemonía de la voluntad individual dentro del ordenamiento jurídico es antecedente inmediato de la creación del negocio jurídico, pero no así la teoría de la causa, independiente de la teoría del negocio jurídico, salvo la conexión a que obliga la unidad del Derecho. Esto es, incluso, más notorio desde el punto de vista histórico jurídico que desde el jurídico simple, pues es precisamente en la Historia donde puede apreciarse la enorme separación cronológica entre una teoría de la causa y una teoría del negocio jurídico, expresión, a su vez, de la lejanía conceptual.

Claro está que el autor no pretende que el negocio jurídico, en el sentido en que le trata la dogmática moderna, haya existido en épocas pasadas. Esto sería atribuir un concepto grosero a un jurista que se distingue, precisamente, por la sutileza de su pensamiento. El profesor Callasso lo que hace es plantearse el problema que a todo historiador del Derecho angustia de si puede servirse o no de la dogmática moderna, pero se decide por la afirmativa en base a consideraciones que estimo no deben ser válidas. Ya principia por causar recelo el que condicione la utilización de la dogmática moderna, pues la Historia del Derecho no admite esta clase de condicionamientos, dado que por su carácter histórico se encuentra dentro del campo de «lo que es», y no de lo que «pueda» o «deba» ser, y así lo reconoció el más ardiente defensor del Derecho puro, Keisen, al incluirla dentro del «sein» y no del «sollen». Quiere decirse con ello que, teóricamente, sobre un fenómeno del siglo XIII, por ejemplo, debe ser el mismo el concepto que tenga un historiador del Derecho de nuestro tiempo, al que tenga un sucesor suyo del siglo XXV. El Catedrático de Roma condiciona la utilización del «negocio jurídico» a que se entienda como «instrumento» de trabajo, pero, precisamente, como no puede ser entendido es como «instrumento», ya que inmediatamente después viene a reconocer que es «objeto», cuando lo determina como fruto de una experiencia histórica. Si es fruto de una experiencia histórica sólo será posible su estudio dentro de ella, ya que como todo hecho histórico es diverso y no repetible, sin caer en la cuenta de que precisamente al jurista es al que le es lícito tratar de abstraer la realidad de su tiempo, y que es al historiador del Derecho al que no le es permitido transportar esa abstracción a épocas distintas. Sobre todo, hay que rechazar enérgicamente su conclusión de que sólo es correcto hablar de «negocios jurídicos» y no de «negocio jurídico», pues entonces no debiera

haber intitulado su libro en singular, y sobre todo, porque entonces se comete la inexactitud de hacer desaparecer una categoría jurídica que por su importancia en la vida del Derecho no puede ser escamoteada, y que además él mismo no trata de escamotear, pues en todo momento tiene presente la realidad de la categoría jurídica propia de la Pandectística alemana. El que el «negocio jurídico» sea de naturaleza más contingente de lo supuesto y querido por una Escuela determinada, es otro problema distinto. Sobre ello, precisamente, el profesor Calasso emite juicios inspiradísimos, tanto en lo que se refiere a la ilusión de las ciencias frente a las ideas generales con olvido de que son procesos mentales mutables por excelencia, como en lo que se refiere a cómo el conocimiento histórico quiebra la petrificación abstracta de la dogmática, término éste importado de la ciencia teológica, que es la única que realmente puede permitirse el dogma.

El profesor Calasso, sin embargo, ha jugado con un concepto singularmente atrayente, y es el de que al historiador le es lícito descomponer el negocio jurídico en sus elementos, y estudiar entonces aquél desde el punto de vista de éstos. Pese a su atracción, o quizá precisamente por ella misma, la postura es peligrosa. El negocio jurídico no es que sea solamente la síntesis de los elementos, sino que no es sino eso, y nada más que eso. Si no le estudia como síntesis, no se le estudia. Incluso ni se estudian sus precedentes, porque los precedentes de una síntesis no son sino los intentos de síntesis. Donde se dé un elemento aislado, sin intento de precipitación en el otro, no hay un precedente del negocio jurídico, pues, además, todo ello conduciría a hacer imposible la verdadera historia del negocio jurídico. ¿Por qué decir que «quando la categoria logica nasce, la storia finisce»? La historia no termina nunca, y precisamente cuando la categoría lógica nace es cuando nace la historia de la categoría lógica. El negocio jurídico viene ligado a una Escuela determinada del Derecho, la de la Pandectística, y a una época determinada, dentro de la cual nos hallamos aun cuando existan síntomas de crisis. Tiene ya una historia, desde el momento que es posible relatar su creación e incluso una parte de su evolución. Podrá decirse que todo esto es derecho actual, y que corresponde esta labor a los tratadistas de derecho civil, lo que es admisible, pero aun así eso no significaría sino que había que esperar a que se prolongara o ultimara su desarrollo para poder ser expuesta históricamente en debida forma. Si hoy ha empezado a ser historia, lo será definitivamente en el siglo xxiii o en siglo xxiv. De una manera u otra, en cada época histórica hay que reconocer sus categorías jurídicas propias.

Como podrá observarse por lo dicho, el presente libro no plantea problemas solamente desde el punto de vista intrínseco de su contenido, sino sobre todo por el postulado metodológico que establece, el cual su propio autor ya advierte ser extraño a la conciencia de sus compañeros de trabajo, lo que quiere decir que es un libro cuyo destino no se ha descartado que sea el de la polémica.

JESÚS LALINDE ABADÍA

CHICCA, G.: *Orientamenti per la storia del diritto romano dalle origini (fino alla legislazione decemvirale)*, Napoli, Jovene 1956, 196 págs.

Estudiando la moderna literatura sobre la primitiva historia constitucional de Roma, me ha llamado la atención este libro que no es obra de un romanista, sino de un profesional del Derecho, un abogado del Estado, que demuestra una verdadera pasión por los estudios históricos y un conocimiento de la materia nada común en quien no es especialista. El A. afirma, en las breves palabras introductorias que siguen a la presentación del profesor Betti, que con este escrito ha querido dar testimonio de la universal utilidad de la tradición romanística, incluso para la persona que se dedica a una actividad profesional.

La materia tratada permite al A. seguir un método propio en el que las nuevas hipótesis y conjeturas no van siempre acompañadas de referencias a las fuentes ni relacionadas con la literatura precedente. Tito Livio, Festo y Varón inspiran especialmente las ideas del A. sobre las organizaciones primitivas romanas y el lector encuentra sugerencias siempre interesantes en los distintos temas tratados.

La obra se divide en dos partes: en la primera, titulada las creencias de los quirites y el *ius*, se estudia la organización y el culto sacral en relación con la primitiva idea de *ius*; en la segunda, la nueva ciudad y su organización hasta la ley de las XII Tablas, se trata de los órganos de la ciudad en su evolución histórica y de la conexión entre las creencias religiosas y el orden jurídico.

Especial atención merecen las hipótesis del A. sobre el origen de algunas instituciones jurídicas: *persona*, se considera como derivada del etrusco *pershu*, que designaba la máscara del difunto como colocada sobre la sepultura, según la tesis de Bignone (p. 42); la relación de la *fiducia* y de la *fides* con el *Dius Fidius* de los sabinos (p. 140); la formación de la *sponsio* sacral, la *sponsio* internacional y la *sponsio* como forma negocial que supone un compromiso jurídico entre el *ius* y la *causa iuris* (p. 141 ss.); los aspectos sociales, jurídicos y políticos de la *possessio* y del *ager publicus* (p. 171 ss.).

En la prosa densa del A. formas, políticas, creencias religiosas e instituciones jurídicas aparecen tratadas con sentido histórico y animadas de la pasión del estudioso que busca la verdad en una materia tan oscura y misteriosa como rica en interpretaciones y conjeturas.

M. GARCÍA GARRIDO

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio: *Política y Hacienda de Felipe IV*. Editorial de Derecho financiero. Madrid, 1960.

El autor divide su documentado e interesante estudio en tres partes, a saber: I. La política exterior y la Hacienda castellana. II. Los ban.

queros de Felipe IV. Asentistas y factores, III. El Esfuerzo tributario de Castilla. Ello da clara idea del contenido de la obra. El hecho de que ésta abarque exclusivamente el reinado de Felipe IV plantea dificultades de exposición, puesto que en realidad los problemas con que se enfrentó este rey venían ya iniciados en reinados anteriores; por eso Domínguez Ortiz, sobre todo en la primera parte, se ve obligado a hacer constantes referencias a épocas anteriores, con lo cual su estudio gana en claridad de enfoque y de arranque. Otra intención del autor es enlazar las cuestiones meramente fiscales con otras de índole política, si bien éstas son examinadas sólo en función de la Hacienda castellana, que es el núcleo base y el objeto principal del libro. También es de advertir como tónica general de la obra la simpatía que siempre manifiesta Domínguez Ortiz hacia Felipe IV, que contrasta con cierta dureza de juicio respecto al Conde Duque. En cuanto a las fuentes utilizadas es indudable que en su mayoría pertenecen a la Sección «Consejo y Juntas de Hacienda» del Archivo General de Simancas, aunque desde luego Domínguez Ortiz ha consultado también otros fondos documentales de dicho Archivo, así como también del de Indias, del Histórico Nacional y de la Biblioteca Nacional; un Apéndice documental nos da a conocer un puñado de interesantes documentos.

Veamos ahora un resumen del contenido de la obra; dado el interés extraordinario que posee para el historiador del derecho, vale por esta vez referir con cierto detenimiento las ideas y conclusiones principales que aparecen en el libro comentado.

La Hacienda castellana llevó una vida relativamente tranquila durante el reinado de Felipe III. El pacifismo y la tendencia inactiva y conservadora de este reinado, facilitaron la continuación de la Hacienda en una situación insana, pero menos agitada que la de Felipe II. Buen síntoma de ello es que en tiempos de Felipe III sólo hubo una quiebra, la de 1607. Pese a todo, la organización era muy defectuosa, el cobro de impuestos lento y caro, y los acreedores demasiado numerosos. Contando con esta herencia, con las dificultades políticas que surgieron en el reinado del último Felipe y con las tendencias ambiosas del rey y de Olivares, que no dudaron en sacrificar la Hacienda castellana en aras de una política exterior de grandes vuelos, no tiene nada de extraño que la situación de la Hacienda de Castilla durante el reinado de Felipe IV (1621-1665) fuera progresivamente caótica.

La subida al trono de Felipe IV coincide con la terminación de la tregua de doce años con Holanda (1609-1621), y ello determina ya las primeras necesidades fiscales de gran cuantía. El Consejo de Hacienda pretendió disuadir al rey y al valido de su intento de política ambiciosa, y aconsejó mayor moderación en las empresas y más cuidado en el saneamiento de la Hacienda. Pero el Consejo fué desoído. Como primera medida, el rey, el día 24 de junio de 1621, decretó la acuñación de 4.000.000 de ducados vellón, sin consultar siquiera con las Cortes.

Las posiciones estaban ya fijadas. Durante el resto del reinado el Consejo dará constantes avisos al rey y a Olivares o a Haro, acerca de la situación increíblemente agobiante de la Hacienda real; las Cortes pondrán arbitrios casi siempre disparatados o por lo menos miopes; el rey acuciará a sus consejeros a que le encuentren la piedra filosofal que convierta en prosperidad la penuria fiscal que padece, y entre todos no habrá nadie —aunque no faltarán pocos que lo aconsejara— capaz de llevar a cabo una reorganización completa de la política tributaria, única medida de poner en orden aquel caos.

Dos consecuencias se desprende de la marcha de los acontecimientos fiscales: por una parte, la periódica quiebra de la Hacienda Real; por otro lado, la necesidad de que la Monarquía esté siempre en manos de banqueros, piezas de todo punto indispensables, en una Hacienda que vive siempre comiéndose por adelantado las rentas a cobrar cinco o seis años después. Las quiebras en este reinado fueron cuatro, en 1627, 1647, 1652 y 1662. «A primera vista los términos quiebra o bancarrota que suelen emplearse hablando de estas suspensiones de pagos parecen demasiado duros, dice Domínguez Ortiz, puesto que el Estado reconocía sus deudas y las pagaba de otra forma.» En realidad, todo consistía en que el estado liberaba las rentas que tenía empeñadas para el pago a los banqueros de sus consignaciones anticipadas, y les pagaba con la entrega de juros; con ello, tales quiebras, venían a ser la sustitución de una deuda flotante por otra consolidada. De todos modos el perjuicio causado a los acreedores era grande, puesto que el pago quedaba así diferido, y porque cada vez tenían peor crédito los juros de la Monarquía. La primera bancarrota, hecha pública el 31 de enero de 1627, era, en opinión de Domínguez Ortiz, «consecuencia ineluctable del estado en que recibió la Hacienda real Felipe IV»; como reacción ante la suspensión de pagos, los banqueros italianos perdieron la confianza en la Monarquía y se retrajeron en sus negociaciones, siendo sustituidos por los portugueses. La segunda suspensión se hizo en 1647, en vista de que después de los descalabros interiores y exteriores (Portugal, Cataluña, Rocroi...) la situación era insostenible, pues ya en 1644 se gastaban las rentas a percibir en 1648. La tercera fue en 1652, pues ya en 1650 se gastaban rentas a cobrar en 1655, y la cuarta quiebra, en parecidas circunstancias a las anteriores, fué en 1662. Por consecuencia, de todo este proceso, «al morir el rey (septiembre de 1665) dejó la real Hacienda en el mismo estado en que la recibió: sin un maravedí, con el agravante de que en el transcurso de su reinado había ido creando nuevas rentas que enajenadas ya no eran de utilidad para el erario, pero seguían gravitando sobre los vasallos».

Fácil es comprender el importantísimo papel que en una Hacienda tan agobiada desempeñaban los banqueros. Estos adelantaban dinero a la Monarquía, a cambio de elevados intereses y de la devolución del capital por medio del cobro directo de determinadas rentas de ejerci-

cios fiscales futuros. Dados los riesgos que para los banqueros implicaba esta operación, era lógico que exigieran muy altos intereses. Domínguez Ortiz dedica varios capítulos al estudio de los asentistas italianos, portugueses, alemanes y españoles que sostuvieron sobre sus hombros las pesadas cargas económicas de una Monarquía tan aquejada de megalomanía como de miseria.

En la tercera parte de su libro, Domínguez Ortiz estudia con pormenor el estado de la Hacienda castellana, y el particular de cada tributo. Dentro de las líneas y problemas generales de la Hacienda destaca, en primer lugar, la desigual contribución de los distintos territorios de la Monarquía. Las páginas dedicadas por el autor a tan importante cuestión, pueden quedar resumidas en este sintético párrafo: «Dentro de las lagunas de nuestra información, se confirma la tesis de que ninguna de las partes de la Monarquía fué tan duramente castigada por la fiscalidad de los últimos Austrias como Castilla; en el comportamiento de los demás países hay diferencias, cuyo fundamento es el distinto grado de la autoridad real, en razón inversa con la que conservaban las instituciones representativas provinciales. Portugal y Cataluña se negaron tenazmente a contribuir a las necesidades supraestatales, como si lo que ocurría fuera de sus fronteras no les afectase en nada. Navarra, Aragón y Valencia suministraron ocasionalmente pequeñas cantidades. Los estados italianos fueron sin duda los que sufrieron más imposiciones. La contribución de los Países Bajos fue menor dada su elevada riqueza; pero debe tenerse presente que las molestias, gastos y perjuicios de mantener la guerra tantos años en su propio suelo fueron muy grandes. En todos los casos se advierte en la segunda parte del reinado una renuncia a exigir por medios enérgicos mayores subsidios, ya por la debilitación general del régimen, ya por la impresión que causaron las revueltas de Cataluña, Portugal y Nápoles».

Respecto a la organización de la Hacienda y a la dirección efectiva de la misma recojo algunas de las más interesantes afirmaciones de Domínguez Ortiz, sin posibilidad de reducirlas a un esquema más unitario: la separación entre un Patrimonio real y una Hacienda pública estatal, estaba lejos de ser clara y definitiva; la comunidad de propósitos y la colaboración entre el rey y Olivares fué íntima, pese a las diferencias de criterios y de temperamentos; el rey disponía a su arbitrio de los ingresos, cualquiera que fuese la naturaleza de éstos y su destino oficial; junto al Consejo de Hacienda, máxima autoridad en la materia después del rey, había otros organismos como la Junta de Medios, o la Junta Grande, o la que se reunía en el «aposento del valido», presidida por éste; el sistema recaudatorio era, contra toda apariencia, costosísimo y muy molesto para el contribuyente, lo que (junto con otras razones secundarias), explica el hecho de que no siendo la presión tributaria de cuantía extraordinaria, fuese de hecho muy pesada para el contribuyente.

A continuación, Domínguez Ortiz, estudia la rentabilidad y cuantía de cada una de las contribuciones de la Monarquía. Comienza por las rentas antiguas, entre las que se encontraban las alcabalas, almojarifazgos, servicio y montazgo, rentas de la seda de Granada, y otras más de menor importancia. Su heterogeneidad era enorme y su cuantía muy variable, pues junto a algunas rentas insignificantes, había otras, como las alcabalas o los almojarifazgos que suponían aún ingresos de importancia. Entre las rentas creadas durante el reinado de Felipe IV pueden citarse las lanzas (1631), la media annata de mercedes (1631) elevada a annata entera en 1642, la renta del papel sellado, y otros impuestos menores con los que se gravaban artículos como la sosa, el vino, el aceite, el vinagre... Los servicios de Millones tomaron un incremento extraordinario; se conocían perfectamente los grandes inconvenientes de los Millones, pero los agobios hacendísticos no dieron lugar a plantear seriamente una reforma en la que fueran sustituidos por otro medio más eficaz y justo. Para conseguir el voto sobre los Millones, ni el monarca, ni el valido regatearon medios de intimidación o de halago con los Procuradores de las Cortes, lo cual explica la condescendencia de las Cortes en aprobar nuevos aumentos del Servicio de Millones. En 1631 se decretó por Real Cédula la sustitución de los Millones por la renta única sobre la sal, pero el experimento sólo duró un año, pues los intereses creados en torno a los Millones eran demasiado abundantes para permitir su eliminación.

En cuanto a la participación de la Iglesia, puede decirse que en conjunto fue cuantiosa. Se llevó a cabo a través de las rentas llamadas las tres Gracias (Cruzada, Subsidio y Excusado), que venían cobrándose ya desde el siglo XVI, y de las llamadas décimas eclesiásticas, principalmente.

Otros dos medios importantes para la marcha de la Hacienda de la Monarquía fueron las alteraciones de la moneda y la llegada de caudales desde las Indias. El desbarajuste monetario que se produjo como consecuencia de las continuas y variadísimas intervenciones en la moneda de vellón fue tremendo, y las repercusiones fueron profundas: inestabilidad de precios, fuga de la plata, especulaciones con monedas falsas... Fueron tomadas medidas para resolver problemas inmediatos, pero que crearon otros que pronto se hicieron sentir como gravísimos. Domínguez Ortiz opina que la cuantía de la plata de las remesas de las Indias no fue tan grande como opina Hamilton, debido a diversas causas: accidentes marítimos naturales, acción de corsarios enemigos, y, principalmente, la disminución de la producción económica y minera de las Indias. Además hay que tener en cuenta que el valor adquisitivo de la plata en Europa no era ya tan grande como en el siglo XVI, pues las enormes cantidades que fueron invadiendo el mercado europeo saciaron en gran parte las necesidades de plata, y, por consiguiente, redujeron su valor de cambio.

Entre los muchos rasgos originales de la política fiscal de la época hay que incluir el constituido por los donativos voluntarios. El primero lo pidió Felipe II en 1590, el segundo Felipe III en 1603 y, por su parte, Felipe IV solicitó otros tantos en 1624, 1629, 1632, 1635, 1640, 1645, 1659 y 1664. El éxito de esos donativos llamados hipócritamente voluntarios, fué decreciendo a medida que se iba generalizando el recurrir a ellos. En parte, «era un mercado de gracias a particulares y corporaciones; en parte, un repartimiento forzoso, una especie de impuesto extraordinario sobre el capital, más oneroso por la circunstancia de ser en plata y porque contra la arbitrariedad del comisario que pedía no había recurso».

Finalmente, Domínguez Ortiz estudia los juros en el último Capítulo de su obra. Podrían éstos definirse como «un contrato mixto celebrado entre el rey como tal y una persona individual o colectiva, en virtud del cual esta última entregaba, por regla general, cierta cantidad en efectivo a su soberano, quien como contraprestación le concedía una pensión anual en especie o en metálico, situada sobre una renta de la Corona, perpetuamente o reservándose el derecho de redimir esta obligación devolviéndole la cantidad entregada». Por su origen cabe distinguir entre juros creados como pago a servicios militares, los entregados a cambio de fincas o de castillos, y los otorgados como medios para atender a las necesidades económicas del reino, de los cuales muchos se entregaban sin contar con la voluntad del «jurista», y eran llamados «juros forzosos». Por su duración podían ser perpetuos o redimibles, estos últimos, denominados «juros al quitar»; por su transmisibilidad podían ser «juros de heredad», si podían ser transmitidos en favor de los herederos del detentador, o «juros vitalicios», si ello no era factible. La principal diferencia entre los juros y los actuales Títulos de la Deuda (con los que guardan sin duda similitudes), es que mientras éstos gravan «in solidum» todas las rentas del Estado, aquéllos gravaban cada uno una renta, siendo así distinto el valor real de unos juros y otros, según la cuantía y crédito que mereciese la renta sobre la cual estuvieran situados. Como había muchas series de juros situados en distintas fechas sobre una misma renta, se producía entre las diversas y sucesivas emisiones de juros un rango de preferencia en el cobro, análogo al que en Derecho privado constituye el rango hipotecario.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

FANFANI, Amintore: *Introduzione allo studio della Storia economica*. Tercera edición. Milán, Giuffrè, 1960; 106 págs.

No obstante ser ésta la tercera edición de la obra de Fanfani, nos ha parecido oportuno dar cuenta de ella en las páginas del ANUARIO dado el interés que reviste en relación con los problemas de concepto y de

método que la Historia del Derecho tiene planteados actualmente. La obra en cuestión se divide en cinco capítulos, de los que a continuación nos ocuparemos con brevedad.

Los tres primeros suponen un buen estudio de la historiografía económica y de sus cultivadores. Los orígenes de esta rama de la Historia pueden colocarse, a juicio del autor, en los siglos xvii y xviii con las obras de Laffemas (1606), Evelyn (1674), Defoe (1713), Huet (1716-1717), Pagnini (1756), A. Anderson (1764), Jorio (1778-1783), Mengotti (1787) y Marín (1798), que se caracterizan por el deseo de reconstruir los avatares históricos de esta o aquella institución económica o la misma vida económica de este o aquel país. Varias tendencias pueden señalarse en el marco de esta primera historiografía de los siglos xvii y xviii: una voluntarista, que estudia el pasado económico para regular mejor el presente (las obras de Fleetwood, G. R. Carli, Postletwayt, Cunningham y Sinclair pueden servir de ejemplo); otra, que pretende explicar la Historia económica y sus fenómenos recurriendo al factor religioso (en 1679 W. Temple, adelantándose a Toniolo, Sombart y Weber atribuyó los progresos económicos de los holandeses al hecho de que hubiesen aceptado la Reforma); en tercer lugar, la que supone un anticipo de la teoría de la interpretación económica de la Historia (en 1743 R. Cantillon intentó relacionar la Historia general con la Historia económica, buscando en ésta las causas de los fenómenos de aquélla); finalmente, la tendencia que coloca la Historia económica al servicio de la teoría económica para hacer más fácil su comprensión (es el caso de Smith, Maltus y de los seguidores del naturalismo económico).

A seguido analiza el autor el pensamiento de Marx, Engels y sus intérpretes, precisando lo positivo y lo negativo que la Historia económica debe al materialismo histórico. Es cierto que Marx revalorizó la historiografía económica al considerarla como presupuesto de cualquier estudio histórico y como instrumento necesario para explicar la evolución del pasado al presente, pero también lo es que no favoreció en exceso el progreso de los estudios de historia económica. En este sentido, Fanfani acepta de plano el juicio que el materialismo económico merece a H. Trevor-Roper. «E veramente sorprendente che malgrado un secolo di marxismo e una pletera di scritti marxisti nel campo della storia e della sociologia, comprese dozzine di riviste e di periodici, non sia emerso nemmeno uno storico marxista il cui nome possa reggere al confronto sia pur con gli esponenti meno illustri del ramo. Tutto quello che la filosofia della storia marxista è riuscita a produrre è un esercito di nubilosi scoliasti che si affannano a commentare reciprocamente i propri melanconici testi e che proclamano a gran voce di aver ispirato l'opera di altri storici che da gran tempo se li sono lasciati indietro, abbandonandoli al loro sterile e tortuoso vaniloquio» (pág. 27).

En el capítulo tercero—La historiografía económica nell' ultimo secolo (págs. 29 a 64)—se estudian diferentes temas típicos de la centu-

ria. En concreto las influencias de las posturas adversas al materialismo histórico sobre el desarrollo de la historiografía económica, la polémica sobre la historia del capitalismo y las cuestiones que han ocupado la atención de los estudios de la Historia económica europea e hispanoamericana; concluye con una amplia reseña bibliográfica de la historiografía económica italiana. Conviene advertir, en relación con el apartado relativo al cultivo de la Historia económica en España, que su historiografía no está representada exclusivamente por las obras, si bien fundamentales, de Colmeiro, Ibarra, Larraz, Viñas Mey y Carrera Pujals.

En el capítulo siguiente—Vita economica e storiografia (págs. 65 a 91)—aborda el autor varios problemas de interés: el concepto de Historia económica, los fines que justifican su estudio, las relaciones entre historiografía económica pura e historiografía de la técnica económica e historiografía de las doctrinas económicas, el cultivador ideal de la Historia económica, el método adecuado para su investigación y, por último, el que hace referencia a la utilidad de esta ciencia.

La postura que Fanfani adopta ante el problema del concepto de Historia económica debe verse en función de su concepción *neo-voluntarista* de la misma vida económica, en la que se hace resaltar sensiblemente la importancia del elemento «scelta e perseguimento dei fini da parte dell'uomo». Esta forma de concebir la vida económica se distingue del voluntarismo anterior a Smith en cuanto aparece impregnada de una mayor conciencia de las *resistencias* (naturales, sociales y humanas) que se oponen al querer humano. Si el voluntarismo suponía una visión unilateral del problema, el neo-voluntarismo debiera suponer una visión panorámica del constante y trabajoso sucederse de los órdenes económicos. En consecuencia, por Historia económica debe entenderse «quella disciplina storiografica che, per far conoscerne gli aspetti economici della vita passata, per facilitare la stesura della storiografia generale, per agevolare la formulazione della dottrina economica, ricostruisce ed illustra i fenomeni storici dal punto di vista economico; studia i fini, i mezzi, le modalità e i risultati delle azioni economiche compiute nel passato; appura l'influenza dei fenomeni economici sull'insieme sociali, ricerca le proporzioni assunte dai fenomeni economici in un dato ambiente storico» (pág. 76). Se trata, como puede observarse, según el autor, de una rama de la Historia general, que se cultiva con el triple fin de reconstruir la vida económica de un individuo, de un grupo o de una sociedad en una o varias épocas y explicar su evolución; de dar al historiador general un conocimiento adecuado de las acciones y de las instituciones económicas de la época en cuestión y de proporcionar a los cultivadores de las ciencias sociales las nociones precisas sobre la evolución de los fenómenos que interesan a la teoría.

¿A quién corresponde la reconstrucción de la Historia económica? ¿Al economista? ¿Al historiador? No cabe responder a estas preguntas en términos absolutos. Sin embargo, el autor se inclina, dada su con-

cepción de la disciplina como rama de la Historia general, en favor del historiador, si bien con una limitación: en cuanto posea una cultura y una particular sensibilidad económica; por ello, se lamenta de que en las Facultades de Letras no exista una cátedra de Historia económica. Naturalmente, en las pocas páginas que dedica a resolver el problema del método, es consecuente con la idea anterior al decidirse por la aplicación del método histórico a la reconstrucción de la Historia económica, bien entendido que ésta es ciencia de los porqués económicos y, no obstante, admitir la posibilidad de que determinados temas exijan al historiador economista la aplicación de complejos conocimientos y específicas metodologías.

En relación con la utilidad de la Historia económica, anota Fanfani que los más variados autores han recurrido a ella para encontrar argumentos favorables a su postura y adversos a la de los contrarios, lo cual permite que ante la cuestión del valor de la Historia se adopte una postura escéptica. Pero agudamente observa que las cosas han podido ocurrir así dados los prejuicios con los que se ha interpretado la Historia económica y la arbitrariedad con la que ha sido narrada. Por tanto, si la Historia, mal hecha o mal interpretada, ha desviado a los teóricos a posiciones extremas—voluntarismo o naturalismo absolutos—, a ella hay que acudir para resolver la crisis; sólo el estudio paciente del pasado nos puede indicar el verdadero camino.

Las fuentes de la Historia económica, la periodificación y las disciplinas auxiliares de la misma constituyen la materia del capítulo quinto y último. Tras aceptar la división clásica de las primeras en directas e indirectas, inmediatas y mediatas, recomienda para su utilización sentido crítico y discreción, entendiendo esta última en el sentido de que conviene ser exhaustivos en su manejo, pero sin olvidar que las fuentes son el medio y no el fin de la investigación. En punto al problema de la división en períodos de la Historia económica, Fanfani solamente acepta la que se puede estructurar en función de ideales económicos prevalentes, pero que, en todo caso, carecería de valor si se intentase aplicar a todos y a cada uno de los países europeos. Entre las disciplinas auxiliares de la Historia económica menciona la Historia general, las ramas históricas concretas, las doctrinas económicas, las ciencias sociales, las jurídicas y las políticas, así como la Historia de cada una de ellas, la estadística y la filosofía. Un índice de nombres y de materias cierra la obra reseñada.

JOSÉ MARTÍNEZ GILJÓN

G. DE VALDEAVELLANO, Luis: *Sobre los burgos y burgueses de la España medieval* (Notas para la historia de los orígenes de la burguesía). Madrid, 1960; 200 págs.

Como discurso de recepción a la Academia de Historia, ha ofrecido Valdeavellano este amplio, profundo y enjundioso estudio sobre la bur-

guesía medieval española, insertando una meritoria aportación peninsular a uno de los temas más debatidos y más candentes de la historia social europea.

Conocidos son los trabajos de Valdeavellano y su preocupación por esta temática económica y social proyectada en los siglos alto-medievales de nuestra historia. Si hace ya algunos decenios surcó este terreno en su estudio sobre el Mercado, publicado en este mismo ANUARIO (volumen VIII), y en reiteradas ocasiones se ha aproximado con aportaciones monográficas al tratamiento del mismo, en el trabajo que nos ocupa, puede afirmarse haber acometido resueltamente el objetivo y haberlo desarrollado con gran amplitud de visión, de comprensión geográfica y de alcance temático. En una palabra, ha presentado cumplidamente el fenómeno de la aparición y desarrollo de la burguesía como clase sociológicamente cualificada, en los distintos territorios hispánicos, señalando sus causas, sus agentes históricos, su proyección en el desarrollo urbano, en el movimiento económico de las ciudades y en la transformación del estatuto jurídico de la población de las mismas.

Estudio de tal magnitud no podía carecer de una lógica y ordenada construcción. Valdeavellano, como de costumbre, ha cuidado diligentemente de elaborarla con sistema, claridad y precisión. Tras una presentación de los conceptos sociológicos de burguesía y mentalidad burguesa y su encuadramiento en el mundo medieval europeo, entra decididamente con el planteamiento, a escala también europea, del problema de los orígenes de la burguesía medieval y sus implicaciones en el de las instituciones urbanas y económicas. La clásica tesis de Pirenne, fundamentalmente, es explanada de nuevo contrastando sus puntos de vista con las aportaciones posteriores, hasta las más recientes, que muestran su aceptación, sus reservas o rectificaciones, y su aplicación relativa a determinados países europeos.

Precisamente sobre esta base se introduce Valdeavellano en el ámbito hispánico, para señalar de nuevo las especiales circunstancias históricas de la Península, que hacen diferenciar su curso del normal seguido en el Occidente europeo. La ocupación musulmana de casi todo su territorio, incluyó al mismo en la órbita económica islámica, que repercutió incluso en los—escasos—centros urbanos de la zona cristiana. Pero el renacimiento económico mercantil europeo a partir del siglo XI influyó poderosamente en la animación de la vida económica de la España cristiana y el desarrollo de las nuevas poblaciones de su territorio. Es entonces cuando cabe registrar en los estados cristianos del norte peninsular el decidido fenómeno de la formación de *burgos* o barrios especiales en torno a antiguas *civitates* o centros, y su población por mercaderes y artesanos, *burgueses*, que van configurándose también, al igual que en el resto de Europa, como clase específica social y económicamente por su profesión, por sus medios de vida, por su mentalidad, por sus aspiraciones políticas.

Un repaso documental sagaz, minucioso y prácticamente exhaustivo, sobre los testimonios históricos de este fenómeno en las distintas regiones del norte peninsular, llegando incluso a una consideración monográfico-local, permite al autor apreciar la distinción entre los casos de expansión burguesa espontánea (León, Barcelona) de los derivados de un impulso oficial o real, que son la mayoría. Aquí se descubre en toda su amplitud, como agentes de este fenómeno, las peregrinaciones a Santiago, la influencia de los inmigrados borgoñones, colonización ciuniacense, etc. Valdeavellano aprovecha aquí las aportaciones de Lacarra, principalmente a la expansión urbana derivada de la corriente compostelana, pero la presenta engarzada y unida con los demás aspectos del fenómeno, y destaca su relieve específico, sus matices locales, topográficos, etc., con gran riqueza de datos. Sobre la propia marcha del estudio, va delineando unas conclusiones que recogerá al final del mismo para confirmarlas y precisarlas, a saber: la construcción de Pirenne sobre la formación de *burgos* y de la *burguesía*, es aplicable en España tan sólo en aquellas regiones en las que se dió de antiguo una influencia franca (ciudades catalanas) o que la recibieron luego por el camino de Compostela (Jaca, Pamplona, Estella, etc.), o que fueron objeto de una colonización por elementos ultrapirinaicos. Básicamente, todo el norte de la península. En su contraste, presenta muy elocuentemente, el distinto cuadro y fisonomía de las ciudades del centro (entre Duero y Guadiana) fortalezas avanzadas en la frontera musulmana, colonias de guerreros y labriegos, que aun pobladas y repobladas con gentes advenedizas constitutivas de concejos libres, no perdieron durante todo el medievo su característica de hogares caballerescos, en mentalidad y profesión, característica que los propios textos literarios cuidaron de destacar, en aguda contraposición con la de los mercaderes y «oficios comunes», extraña a su propio espíritu. Valdeavellano explica este contraste señalando cómo aquella zona «burguesa» del norte peninsular era, por otra parte, la más próxima al mundo medieval europeo, y, por consiguiente, la más sensible a su influencia, y al propio tiempo, la más alejada, desde el siglo XII, de las comarcas fronterizas de la España islámica, donde el peligro musulmán hubo de dar a sus ciudades y a su población este carácter mucho más guerrero que urbano.

Nos queda por apuntar que en el amplio despliegue sobre esta nueva clase burguesa y ciudadana, cuidadosamente localizada por Valdeavellano, se ha reservado también un interesante capítulo a su condición jurídica, la *franquitas*, perfilada, finalmente, como un estatuto garantizador de sus *libertas e ingenuitas*, manifestadas por una constelación de derechos, que se fueron ganando paulatina y paralelamente a la afirmación de su conciencia de clase. También las luchas políticas con el poder público, con miras a la consecución de una autonomía para la comunidad local formada por los burgueses, es estudiada a la luz de los trabajos monográficos de anteriores autores. Constituye este capí-

tulo una meritoria contribución a la historia jurídica local, con una aportación documental copiosa y valiosísima en la que destaca la utilización de algunos textos hasta ahora poco conocidos, y de acusada peculiaridad en sus formulaciones.

Burgos y burguesía—centros urbanos y clase social—han quedado definitivamente plasmados en su personalidad histórica medieval, dentro de nuestra patria, tras el estudio denso y matizado de Valdeavellano, con el que ingresó por la puerta ancha en nuestra venerable corporación académica. En tal calidad, lo preceden unas páginas prologales dedicadas a su antecesor en el puesto, don Vicente Castañeda, y unas apendiculares, extensas y enjundiosas, de don Ramón Carande, destacando la personalidad del nuevo académico y su obra, con reseña bibliográfica completa de la misma, y evocando las figuras magistrales —Hinojosa, Canseco, Sánchez Albornoz—, en cuya escuela se fraguó su formación científica.

J. M. FONT RIUS

GONZÁLEZ, Julio: *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*. C.S.I.C. Escuela de Estudios Medievales. Madrid, 1960.

Julio González ha publicado ya obras análogas a ésta, todas ellas fruto de una labor paciente y rigurosa. Por eso no extraña al lector el alarde de erudición que significa este nuevo estudio, escrito —según afirma su autor— hace varios años, pero editado recientemente.

En la Introducción se pone de manifiesto, como razones justificativas de esta obra, no sólo la importancia de los hechos acaecidos entre 1158 y 1214 (años límites del reinado de Alfonso VIII), sino también la mezcla de hechos reales y episodios legendarios o inexactos, que nos han transmitido las fuentes, tanto los cronistas de la época (el anónimo autor de la «Crónica latina de Castilla», el arzobispo Jiménez de Rada y don Lucas de Tuy), como las demás fuentes literarias, y documentales. Los historiadores de siglos posteriores que se ocuparon de este reinado (así Baltasar Porreño, Núñez de Castro, el marqués de Mondéjar...) aceptaron sin la debida discriminación los testimonios de las fuentes, y por ello en la actualidad la visión que se tiene del momento histórico de Alfonso VIII es parcial, inexacta e insuficiente. En consecuencia, Julio González considera necesaria una revisión o estudio crítico de este reinado, para lo cual y como tarea previa estima indispensable establecer «una base inicial; y ésta ha de ser el acopio de materiales» y, por supuesto, la crítica de los mismos.

De ahí que la intención y objeto de la obra que comentamos sea la presentación de una colección diplomática, en la que J. González ha recogido más de mil documentos, seleccionados escrupulosamente y or-

denados cronológicamente. De ellos, un centenar pertenecen a los reinados de Sancho III y Enrique I, antecesor y sucesor, respectivamente, del rey Alfonso; y el resto a la época de éste (En el tomo III, al final de la colección se incluyen muy detallados índices de bibliografía, de personas y de lugares citados).

En el tomo I, el autor ofrece una exposición general de la Castilla de Alfonso VIII. Julio González advierte que no presenta «una historia completa, sino sólo algunos aspectos y notas, no siempre desarrollados totalmente». Sin embargo, es evidente la excesiva modestia de tal declaración, pues a lo largo de las mil páginas de este estudio, no son simples «notas» lo que el lector encuentra, sino un cuadro muy completo de la vida política castellana en la época estudiada. Agrupados en dos partes o secciones («A: Interior de Castilla», «B: Política exterior de Castilla»), los Capítulos se ocupan de todos los aspectos de la realidad política: de la Monarquía, del rey, de las casas nobiliarias, de la Iglesia y las Ordenes Militares, de la cultura, de las relaciones de Castilla con León, los países pirenaicos y el Imperio almohade...

Las páginas de los tres tomos van salpicadas de mapas muy claros y útiles, de fotografías de documentos y de otras (de inferior calidad) de monumentos artísticos y de paisajes castellanos.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

GONZÁLEZ YANES, Emma, y MARRERO RODRÍGUEZ, Manuela: *Protocolos del Escribano Hernán Guerra, 1508-1510*. La Laguna, Instituto de Estudios Canarios, 1958; 456 págs.

Constituye la presente publicación una obra más de la que el historiador del Derecho podrá servirse en lo sucesivo para la reconstrucción de las instituciones jurídicas en la época moderna, gracias a la paciente, pero fecunda, labor de las señoritas González Yanes y Marrero Rodríguez.

No hace falta señalar la importancia de que gozan como fuente los protocolos notariales en cualquier investigación histórico-jurídica que intente sobrepasar los límites estrictamente medievales, y sobre todo, cuando pretenda profundizar en el conocimiento de algunas facetas del ordenamiento jurídico. La evolución de las instituciones mercantiles, sirva de ejemplo, no puede ser conocida en su detalle, sino a la luz de estas fuentes. La publicación de los protocolos notariales es tarea previa a la investigación. Sin embargo, apenas existen publicaciones sistemáticas de los mismos. Especial mención merecen, junto a la obra que reseñamos, las de Millares Carlo y Mantecón, María Teresa de Rojas, Angela González Palencia, Agustín G. de Amezáia y Mayo, etc.

Se han transcrito los protocolos número 13, 14 y primera mitad del 15 del escribano Hernán Guerra, que corresponden a los años 1508, 1509

y 1510. En total ascienden a 1.599 los documentos publicados. De cada uno de ellos se ofrece sólo un extracto, pero éste ha sido hecho con un criterio acertado, respetándose siempre lo esencial del documento. Al final de la obra, en apéndice, se publican completas algunas escrituras de permuta, libertad de esclavos, fletamento, tutela, perdón, arras, censo, concierto, apercibimiento, embargo de bienes, un permiso del Adelantado para sacar un carabelón y el testamento de Hernán Guerra, tomado este último de los protocolos de Antón de Vallejo, que se conservan también en el Archivo.

En los protocolos de Hernán Guerra se han recogido las instituciones jurídicas más variadas. Abundan las escrituras de poder, libertad de esclavos, fianza, reconocimiento, cesión y remisión de deudas, permuta, compraventa, donación, arrendamiento de servicios, arrendamientos de tierras y de viviendas, censo, aparcería, arras, tutela, curatela, testamento, compañía, finiquito y liquidación, fletamento, etc. Los documentos reflejan el trasplante a las Islas de los problemas y de las soluciones jurídicas de los conquistadores. La población guanche, aunque todavía forma grupo aparte, no carece de participación en la vida jurídica y lo hace al estilo de los castellanos. Tal vez porque la mayor parte de las veces contrae relaciones con éstos (documentos 617, 669, 727, 762, 817, 1.172, etc.), pero cuando las contraen entre sí parecen ajustarse también al derecho castellano (documentos 156, 157, 1.053, 1.192, 1.222, 1.245). En todo caso, los protocolos de Hernán Guerra no ofrecen datos a simple vista para conocer las costumbres jurídicas de la población guanche en la época de la conquista.

En la transcripción se ha modernizado la ortografía; se respeta la original en las palabras de interpretación dudosa o caídas en desuso. La obra va acompañada de una introducción, páginas 9 a 27, y de un índice alfabético de nombres, lugares y materias, páginas 411 a 543.

J. M. G.

HARMAND, Louis: *Le Patronat sur les collectivités publiques des origines au Bas-Empire*. Presses Universitaires de France, París 1957. (Publications de la Faculté des Lettres de l'Université de Clermont, II, fasc. 2). 552 págs.

Estudio de conjunto sobre la institución del patronato de ciudades, en época republicana (p. 13-148), imperial (p. 149-417) y del Dominado (p. 421-487). Cierran el libro una conclusión y los índices. El siguiente párrafo da buena cuenta de la línea histórica: «Después de haber sido un factor de asimilación, en tiempos de la conquista, —un instrumento de luchas partidistas, en la época de las guerras civiles—, un procedimiento de agrupación y unificación al instaurarse el Principado, y, más tarde, en el momento de su apogeo, un agente de paz social y de

concordia, a la vez que la imagen simbólica de uno de los éxitos más seductores de la civilización urbana, el Patronato acabó por comportarse como un fermento de discordia y descomposición, destructor de la pequeña propiedad en la medida en que favorecía la grande, síntoma de una agravación de ese desequilibrio entre débiles y poderosos que había sido siempre su razón de existencia pero que conducía ahora a la anarquía feudal».

De especial utilidad es el catálogo de patronos, por clases de patronos y provincias. Se podría echar de menos quizá un estudio más detenido acerca de la relación entre patronato e instituciones similares pre-romanas existentes en Occidente.

A. O.

HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F.: *Derecho Romano*. Univ. de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. 1959, 547 págs.

El profesor Hernández-Tejero nos ofrece un nuevo manual de Derecho Romano que viene a sumarse a los numerosos y logrados manuales españoles de la especialidad. En este libro, el Autor ha recogido sus explicaciones de cátedra que ha revisado cuidadosamente y puesto al día, tomando como base su libro aparecido en 1949 con el título «Historia e Instituciones de Derecho Romano».

El Autor en la exposición de las instituciones romanas cita en el texto las tesis y opiniones de mayor importancia —a veces con enumeración de las distintas teorías—, mientras en las notas recoge amplias referencias bibliográficas sobre las distintas cuestiones tratadas. Cada apartado va precedido del correspondiente título destacado, ilustrativo del contenido.

La obra, que sigue la sistemática tradicional, está dividida en lecciones agrupadas por materias. La primera parte se dedica a la Historia y en las ocho densas lecciones que comprende, el Autor expone las nociones fundamentales sobre concepto, historia de las fuentes y supervivencia del Derecho Romano, que deben servir como necesario presupuesto para la posterior exposición de la materia. A la constitución política de Roma se dedica un extenso apartado (p. 52-65) en el que se exponen los rasgos fundamentales de cada período histórico con especial referencia a las magistraturas.

A continuación, el Autor trata extensamente en siete lecciones del derecho de las personas, centrado en la tradicional y discutida distinción de los tres *status*. Con especial detenimiento se expone la esclavitud y la ciudadanía. Al final de la lección dedicada al *status familiae* se encuentra un apartado dedicado a la *gens*, con referencia a las distintas teorías que han pretendido explicar su naturaleza.

A la teoría del Negocio Jurídico dedica el Autor cuatro lecciones, en las que recoge los resultados de la moderna dogmática fundados en los textos romanos.

Acertadamente el Autor acoge el criterio de hacer preceder al estudio del derecho patrimonial las seis lecciones que dedica al procedimiento civil romano, documentadas con una amplia bibliografía. Pasa el Autor a ocuparse a continuación del Derecho de Cosas (lecciones 25 a 32), que inicia con el concepto de cosas y de derechos reales y desarrolla tratando sucesivamente de la propiedad y de sus modos de adquisición, posesión, servidumbres, usufructo y derechos reales de garantía. Aunque la información en las distintas cuestiones es suficiente para el alumno, hubiéramos dado quizá mayor extensión a determinadas materias, por ejemplo, copropiedad y limitaciones legales del dominio con referencia al criterio jurisprudencial de la *inmissio*. Sobre la definición de tesoro, de indudable valor didáctico, existen fundadas dudas (Vid. Schulz *Derecho Rom. Clásico* p. 348). En el título del epígrafe final de la lección 27 observamos un evidente error de imprenta, ya que se refiere a la extinción del derecho de propiedad y no a la protección, objeto de la lección siguiente.

Siguen las lecciones (33 a 44) de derecho de obligaciones, en las que el autor, después de dar las nociones de obligación y contrato, expone con suficiente amplitud las diversas fuentes de obligación con arreglo a la tradicional sistemática justiniana. Las particulares figuras contractuales se exponen con brevedad, pero con suficiente claridad. Determinadas clasificaciones, por ejemplo, *pacta adjecta*, *praetoria* y *legitima*, acogidas tradicionalmente en las obras didácticas, deberían ser abandonadas por no responder a las concepciones clásicas. El autor expone las donaciones en general a continuación de los pactos, llevando acertadamente las donaciones mortis causa al derecho sucesorio.

A las lecciones de derecho hereditario (50 a 60), ampliamente tratadas y con frecuentes referencias doctrinales, preceden cuatro lecciones sobre las relaciones personales y patrimoniales de la familia.

Muy acertadamente el profesor Hernández-Tejero finaliza su manual con unas interesantes observaciones sobre los caracteres esenciales y principios inspiradores del Derecho Romano.

M. GARCÍA GARRIDO

Las Instituciones de Justiniano. Versión española de F. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE. Univ. de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, 1961, 295 páginas.

El profesor Hernández-Tejero publica una nueva y cuidada versión española de las Instituciones de Justiniano que destina al gran público de

estudiantes de Derecho Romano y en general a los juristas deseosos de volver a las fuentes romanas.

En el prólogo, el traductor afirma que la fidelidad a las fuentes de conocimiento es presupuesto inexcusable en el estudio de las ciencias históricas y que, en el ámbito del Derecho Romano, las Instituciones de Justiniano tienen una peculiar importancia por ofrecer una perspectiva de la evolución histórica del Derecho Romano al hallarse situadas en la época en que se cierra el ciclo vital de este ordenamiento jurídico. Las instituciones merecen altísima estimación «como modelo de un noble empeño pedagógico y exaltación consciente de la dignidad del jurista, recatadamente apreciado como fundamento auténtico de supremacía política y de equilibrio ciudadano. En cuanto a los motivos de publicar sólo la versión española sin el original latino, señala el traductor la índole misma de la obra, junto con el deseo de no hacer más gravosa para el público escolar su adquisición y la facilidad para consultar el texto original.

El propósito del profesor Hernández-Tejero de realizar una versión española ágil y moderna de las Instituciones ha sido plenamente logrado y el estudiante encuentra en palabras claras y sencillas las enseñanzas jurídicas de Justiniano. En notas se recogen las referencias concretas de las citas o se aclaran y completan ideas y cuando las expresiones latinas tienen un sentido técnico preciso se incluyen en el texto, acompañando la expresión castellana o sin traducir (así, por ejemplo, *actio exercitoria e institoria, a. commodati, condicere, testamentifactio, etc.*). En determinados casos se consigue simplificar la traducción sin perjuicio del significado técnico-jurídico: por ejemplo, legado *sinendi modo*, legado por dejación; legado *per praeceptionem*, legado por separación previa (resulta más explicativo que «por precepción»; *furtum conceptum et oblatum*: hurto descubierto y traspasado; *ruptum*, quebrantado. Se ha elegido, en ocasiones el significado usual y moderno del término, por ejemplo *telum*, proyectil.

En el libro se incluye el cuadro «*de gradibus cognationis*» con su traducción y termina muy oportunamente con completas concordancias de los títulos de las Instituciones con textos de las principales fuentes clásicas y postclásicas y justinianeas.

El profesor Hernández-Tejero continúa con esta traducción una magnífica labor, iniciada con su versión de las Reglas de Ulpiano, que tan necesaria es para la enseñanza y divulgación del Derecho Romano.

M. GARCÍA GARRIDO

JAIR, Günther: *Litis contestatio. Streitbeseugung und Prozessbegründung, im Legisaktionen- und im Formularverfahren*. Böhlau, Köln-Graz, 1960. x + 248 págs.

Este estudio constituye la más acabada aportación dentro de la línea revisionista de la teoría de Wlassak, que ve en la *litis contestatio*, ante

todo, un decreto de magistrado y no, como hacía aquél, un contrato procesal de las partes. Estas no convendrían el litigio, sino que simplemente se adherirían al decreto. El *agere (in iure)* que, en el tiempo de las acciones de la ley, concluía con la *litis contestatio*, consiste, en el procedimiento formulario, exclusivamente en ella.

Los futuros estudios sobre proceso romano clásico no podrán prescindir de esta importante monografía.

A. O.

LAPEYRE, Henri: *Geographie de l'Espagne morisque*. Ecole pratique des Hautes Études; VI^e Section: Centre de Recherches Historiques, 1959.

El autor ha basado su trabajo principalmente en la que él llama «riqueza insospechada» del Archivo General de Simancas, cuyos fondos documentales acerca del tema maneja exhaustivamente; también ha buscado pacientemente datos en el Archivo del Reino de Valencia, en el municipal de esta misma ciudad y en la sección de manuscritos de la Biblioteca Nacional. Fácil es comprender que la obra comentada está sólidamente construida sobre abundantísimos documentos. También ha consultado Lapeyre la cuantiosa bibliografía sobre esta cuestión, tanto las obras de Corral y Rojas, Guadalajara y Javier o Aznar Cardona, que por ser del siglo xvii son fuentes de primera mano, como los posteriores estudios relativos al tema de los moriscos, entre los cuales destacan los de Boronat Barrachina y más recientemente los del Braudel (en cuya línea hay que situar a Lapeyre), Caro Baroja y Reglá. Es posible que alguna obra o fuente de conocimiento se haya escapado a la perspicaz atención de Lapeyre, pero desde luego su obra da la impresión de haber agotado todo medio de conocimiento del problema que estudia. Naturalmente, su enfoque del tema de los moriscos no es enciclopédico, sino monográfico, puesto que sólo atiende originalmente al problema demográfico, y deja expresamente sin estudio otras cuestiones como la relativa a las consecuencias económicas de la expulsión, aunque apunta hipótesis interpretativas de este aspecto a la luz de los datos demográficos por él aportados. Lo indudable es que cualquier otro estudio acerca de los moriscos necesitaba como base previa una monografía que aclarase definitivamente la cuestión del reparto de la población morisca, de su cuantía y de las condiciones y resultados de la expulsión. Y este fue el objetivo del magnífico estudio presentado por Lapeyre, que puede quedar como modelo de precisión, claridad, moderación de juicio y rigor.

Los moriscos del reino de Valencia y su expulsión.—Respecto al reparto de la población en el reino valenciano, afirma que las ciudades importantes (Valencia, Morella, Castellón, Sagunto, Gandía, Alcira, Játiva)

e incluso otras de menor categoría estaban habitadas principalmente por los cristianos, ocupando en ellas los moriscos algunos barrios suburbanos, lo cual quiere decir que el comercio y la artesanía estaban en manos de cristianos y que, por tanto, la expulsión de los moriscos no pudo afectar directamente a estos aspectos de la vida económica. En el campo, el reparto de la población morisca implica una distinción previa entre las tierras de secano y las de regadío. En las primeras predominaban los moriscos, especialmente en zonas montañosas, con la sola excepción de la comarca de Morella y del Maestrazgo, donde se formó un sólido bloque de población cristiana. Así, zonas de población morisca muy abundante eran las del oeste de Valencia (desde Chiva a Buñol), o la Sierra de Espadán, o las montañas entre Játiva y la costa. Excepcionalmente a esta norma general de distribución de la población (cuyas líneas habría que considerar iniciadas en la época de la ocupación de la tierra valenciana por el Rey don Jaime) abundaba la población morisca en los alrededores de dos ciudades importantes y enclavadas en plena huerta: Gandía y Játiva. En torno a estos dos focos de población había —y hay— numerosas aldeas («rafols» o «alquerías») pobladas entonces por moriscos. Entre ellas hay que buscar gran parte de los 329 «lugares de moriscos» que Sanchis Sivera recoge en su «Nomenclator» y que hoy en día podemos considerar definitivamente desaparecidos.

En los cuadros indicativos de la población morisca del reino de Valencia desde 1527 a 1609 se observa un crecimiento de los moriscos superior al de la población cristiana; Lapeyre opina que al menos en parte hay que atribuir este hecho a la frecuencia del celibato entre los cristianos (no se olvide el crecimiento del número de religiosos y religiosas en el siglo xvii, punto sobre el que ha fijado la atención, entre otros autores, Palacio Atard), y a la inexistencia del mismo entre la población morisca. Cree también Lapeyre que «la proliferación de los moriscos fue sin duda una de las razones de su ruina», es decir de su expulsión. Al final de este Capítulo I, Lapeyre incluye un Apéndice en el que presenta una relación minuciosísima de la población cristiana y morisca en cada municipio o aldea valenciana durante las fechas 1527, 1563, 1572, 1602 y 1609, lo cual permite la comprobación instantánea de la evolución demográfica de cada lugar y del reino en total, dentro de los límites temporales indicados.

El Capítulo II está dedicado al estudio de la expulsión de los moriscos valencianos, y a la comparación de la población de cada lugar en 1609 y 1646, con las oportunas conclusiones en orden a la evolución y reparto de la población del reino. Respecto a la expulsión indica con todo detalle los embarques de los moriscos, con expresión del puerto, del nombre de la embarcación, de la fecha de salida, del propietario y capitán de la nave, y del número de moriscos en cada caso embarcados. La salida se hizo desde los puertos de Alicante, Grao de Valencia, Denia y Jávea principalmente. Como telón de fondo relata algunos inciden-

tes y sublevaciones que tuvieron lugar durante las operaciones de la expulsión

En cuanto a la evolución demográfica desde 1609 hasta 1646, Lapeyre indica al principio (página 19) que «la expulsión de los moriscos fue para el reino de Valencia una especie de cataclismo que trastornó la geografía humana del país». La despoblación repercutió en todos los lugares y zonas del territorio; así, los alrededores de Játiva y Gandía pasaron en estas fechas a tener la mitad de población que en 1609 y en zonas montañosas como la de Cofrentes, Jarafuel, Teresa, Jalance y Zarra (al oeste de Valencia, en los límites con las actuales provincias de Cuenca y Albacete) la población sufrió descensos espectaculares (del orden de 300 hogares a 48 en Cofrentes, lo que reducido a habitantes, según el índice 4,5 que siempre emplea Lapeyre, significa un descenso de 1.350 a 216 habitantes). Las ciudades experimentaron también disminuciones sensibles, puesto que sus respectivas morerías quedaron vacías. En todo el reino la única ciudad que aumentó de población entre 1609 y 1646, fue Alicante que pasó de 1.120 a 1.318 hogares.

El efecto quizá más significativo de la expulsión es el aumento de lugares despoblados; estos pertenecen a dos clases: unos, eran lugares tan pobres y tan perdidos en zonas montañosas, en las sierras, que no fueron capaces de atraer nuevos habitantes; otros por el contrario, estaban situados en plena huerta y muy cercanos a grandes núcleos urbanos, cuyos habitantes más poderosos aprovecharon la ocasión para extender los límites de sus propiedades abarcando las tierras abandonadas; así sucedió en Gandía, Cocentaina, Alcira... Esta despoblación parcial del reino llevó consigo la repoblación del mismo; en general la repoblación se hizo mal. Lapeyre considera que la opinión de Danvila de que más de 15.000 pobladores bajaron del Norte para ocupar las tierras valencianas es ilusoria, y opina, siguiendo a Reglá, que la cuestión de la repoblación y el aspecto poco atractivo de esta empresa están ligados con el problema de las cargas (censales) que gravaban las tierras, y obligaban a sus propietarios a exigir a los posibles nuevos colonos unas condiciones de explotación de la tierra muy duras para los campesinos.

Las cifras demográficas de 1646 demuestran que los efectos de la expulsión fueron duraderos. Pero Lapeyre opina que la despoblación de Valencia no hay que atribuirla exclusivamente al fenómeno de la expulsión de los moriscos, sino que las causas que en general determinaron en toda la península la despoblación de la misma, también debieron de influir en Valencia. Esta depresión se mantuvo en el reino de Valencia hasta mediado el siglo XVIII, en el que se eleva nuevamente la población de manera muy sensible.

En cuanto a los efectos económicos, Lapeyre recuerda que su estudio no abarca este tipo de problemas, pero no obstante opina, de modo análogo a Reglá, que las deducciones de Hamilton, basadas ex-

clusivamente, como es sabido, en el estudio de las curvas de precios, no son demasiado sólidas, ya que el elemento en que se fundan —los precios— no permite elaborar conclusiones tan generales.

La cuestión de los moriscos en Aragón y Cataluña.—El primer carácter distintivo entre la expulsión de los moriscos en Valencia y la de éstos en Aragón y Cataluña, es que en el primer reino estuvo cargada de dramatismos y de incidentes reaccionarios, mientras que en los otros dos reinos, fue sencilla, y excepción hecha de pequeñas sublevaciones pasajeras, pacífica. En este punto Lapeyre se basa frecuentemente en los recientes estudios de Reglá, Nadal y Giralt. La zona más ocupada por moriscos en Aragón, era la de orillas del Ebro, además de unos pequeños núcleos al Oeste de Calatayud y cerca de Albarracín; también las grandes ciudades como Zaragoza conservaban sus respectivas morenías, secuela de los movimientos demográficos de la lejana Reconquista. Respecto a las cifras totales, Lapeyre acepta las dadas por Reglá, o sea, unos 330.000 habitantes en todo el reino, y un 20 por 100 de moriscos (es decir, casi 70.000 moriscos, ya que Reglá utiliza siempre en sus cálculos el índice 5 para traducir los hogares en habitantes, y Lapeyre emplea el índice 4,5).

En cuanto a Cataluña, Reglá en su trabajo tantas veces aludido (publicado en «Hispania», 1953) redujo la cifra hasta ahora admitida de 50.000 moriscos catalanes expulsados, a unos 10.000. Pero esta cantidad aún parece excesiva a Lapeyre, que afirma que el número total de moriscos expulsados no debió pasar de los 5.000, distribuidos en dos zonas, una en localidades próximas a la desembocadura del Ebro (Amposta, Tortosa, Miravet...) y otra en los alrededores de Lérida (Aytona, Serós y Alcanó). La expulsión se hizo en buena parte embarcando a los moriscos en Los Alfaques, y también atravesando los Pirineos, principalmente por el Somport y por los puertos del Pirineo vasco-navarro.

Quizá fuera Aragón el territorio donde más absolutamente quedó barrida la población morisca; el éxito de la expulsión fue allí rotundo y sus consecuencias fueron análogas a las planteadas en Valencia, si bien dulcificadas por la menor población objeto de tales medidas. La zona más afectada fue sin duda la del valle del Ebro. En Cataluña permanecieron algunos moriscos en la diócesis de Tortosa; fue el territorio donde se llevó a cabo la expulsión con menos rigor, sin duda como consecuencia de la menor cantidad de moriscos.

La expulsión de los moriscos castellanos.—En Castilla la población morisca presentaba una distribución peculiar, con una zona muy habitada por los moriscos —la de Granada— y un reparto difuso y sin concentraciones de núcleos importantes por el resto del territorio castellano; ello era consecuencia de los repartos forzosos de la población morisca, pues los reyes procuraban que ésta no se concentrase peligrosamente en el Sur. En el último censo de moriscos anterior a la expulsión, el de 1589, se observa un aumento de población morisca en ciu-

dades como Sevilla y Valladolid, en una parte de Extremadura (Mérida por ejemplo) y en algunos puntos de la Mancha (así en Uclés). En Murcia se conservaban gran cantidad de mudéjares antiguos. La antipatía y el odio sentidos en toda Castilla hacia los moriscos era general y nada disimulados.

La expulsión de los moriscos andaluces se hizo por medio de embarques desde Sevilla, Gibraltar, Málaga y Cartagena en 1610. Lapeyre calcula que la población morisca de Andalucía era de unas 30.000 personas. En 1609 y 1610 hubo ya varias salidas de moriscos de Castilla, unos hacia Francia pasando primero por Burgos como núcleo organizador, y otros hacia el Norte de Africa partiendo del puerto de Cartagena. Finalmente merece mención especial la última fase de la expulsión en Castilla, llevada a cabo en 1611 con los mismos puntos de origen y de destino antes indicados. A modo de epílogo, en 1613 y 1614 se realizó la última operación de la expulsión: la de los moriscos murcianos del valle de Ricote.

Conclusiones. Las cifras que Lapeyre considera más cercanas a la realidad son las siguientes:

Valencia: 117.464. Cataluña, 3.716. Aragón: 60.818. Castilla, la Mancha y Extremadura: 44.626. Murcia: 13.552. Andalucía: 29.939. Granada: 2.026. Es decir, un total de 272.140 moriscos.

Por tanto, si se suma a esa cifra el porcentaje de salidas incontroladas, se puede redondear la cifra de 275.000 moriscos expulsados en total en España.

¿Dónde se fueron los exilados? En su mayor parte a la Berbería y dentro de esta zona geográfica, los moriscos acabaron por fijarse en las ciudades más destacadas: Tetuán, Alcazarquivir, Larache, Argel... Algunos, especialmente los provenientes de Castilla, se quedaron en Francia, si bien muchos de ellos volvieron a embarcar luego en Marsella camino del norte de Africa.

Otra cuestión difícil es la de determinar los moriscos que pese a todo se quedaron en España. Con grandes precauciones y sin ilusión de precisiones nada fáciles de lograr, afirma Lapeyre que quizá se quedaran en España entre 10.000 y 15.000 moriscos, los cuales fueron rápidamente asimilados.

Finalmente Lapeyre hace ver que la organización administrativa o burocrática de esta operación estuvo perfectamente realizada; en ella se muestra claramente la eficaz acción del poder central sobre los locales. Las discusiones del Consejo de Estado fueron siempre serias y meditadas, y hombres como Salazar, Fajardo o Mejía son otros tantos símbolos de la seriedad con que el gobierno de la Monarquía se tomó tan espinosa cuestión.

LEPOINT, Gabriel: *Droit Romain et Ancien Droit Français, Régimes matrimoniaux. Liberalités. Successions*. París. 19ds. Montchrestien, 1958; 508 págs.

La presente obra del prestigioso profesor de la Universidad de París corresponde a la reforma de la licenciatura de derecho que agrupó el estudio del derecho romano y del antiguo derecho francés en los cuadros sistemáticos del derecho privado.

Sinceramente admiradores del valor formativo del derecho romano universal, en su espléndido aislamiento y en su gloriosa autonomía, no creemos que reforma semejante sea beneficiosa. Y desearíamos que España mantuviese la radical superioridad de su plan, al conservar la disciplina clásica del derecho romano separada de la historia del derecho nacional. La babilónica historia de los derechos antiguos en el plan de una facultad de derecho parece resueltamente inferior al estudio de las instituciones centrado en la jurisprudencia clásica, tal como entre nosotros se practica. Ahora bien, es decididamente superior el plan francés, por la atención dedicada, en el cuarto año de la licenciatura, al antiguo Derecho nacional. Exactamente como entre nosotros existía, en el mismo cuarto año, y hasta la reforma de 1953, un cuatrimestre para la historia del derecho privado, penal y procesal. El Congreso de Universidades de aquel año suprimió aquella enseñanza, que tanto había estimulado esa rama de nuestros estudios.

El libro de LEPOINT ha resuelto con suma elegancia la refundición de derecho romano y derecho francés, puesto que, a diferencia de las obligaciones en que preponderó el primero, el derecho económico y familiar y el régimen de sucesiones es esencialmente francés, fijado en las antiguas costumbres no sólo en los países de derecho consuetudinario, sino incluso en los de derecho escrito. De este modo, el libro viene a ser fundamentalmente una historia del derecho privado francés.

Sólo en su presentación el libro responde a la ruptura que el plan escolar impone a la ciencia, puesto que en sí mismo es el producto de la elaboración de un cuarto de siglo, y viene a ser la forma final y definitiva de los cursos profesados por el autor en la Facultad de Lille. A 1933 remonta la primera edición de apuntes, completada y modificada en 1936 y 38; reproducida en 1945.

Familia, Liberalidades y Sucesiones, se exponen en su conjunto en el derecho romano antiguo, clásico y del bajo imperio. En cuanto al derecho francés, también cronológicamente, se estudia primero la época franca, en la que hay referencias a la ley visigótica, la Edad Media y la Edad Moderna. En todas ellas, el autor procede a divisiones cronológicas y territoriales, no de modo general, sino hábilmente adaptado a los diversos criterios según las necesidades del mismo curso histórico, difícil armonía de métodos que aparece resueltamente conseguida y que revelan un maduro dominio de la materia. Hay, según ésto, instituciones que por

un carácter común e inmutable pueden ser objeto de una exposición que comprende, con ligeras variantes, todos o varios territorios y extensas épocas. Otras, en las que se hace necesario, antes de analizarlas, dividir unos y otras con amplitud o extensión también variable. La doctrina del Concilio de Trento y su peculiar aplicación en Francia, debe señalarse como pasaje modelo de esta exposición que acierta, incluso, a sobrepasar los límites nacionales. El autor se detiene ante la fecha de 1789 que marca el fin del Antiguo Derecho; final relativo, dada la virtual continuidad del mismo.

Por otra parte, y formando serie con el libro aquí reseñado, el propio autor había publicado anteriormente un volumen sobre Bienes (Daloz, 1958) y otro sobre Obligaciones (Montchrestien, 1955 y 1958), así, pues; dividido por exigencias del Plan de Licenciatura, disponemos de un completo tratado de Historia del Derecho Privado Francés, fruto de una perseverante labor que, como tributo de justicia, nos complacemos en enaltecer.

R. GIBERT

LEPRI, Luisa: *Sui rapporti di parentela in Diritto Attico. Saggi terminologici*. Milano, Giuffré, 1959. 103 págs.

Se hace en este trabajo un análisis filológico de los términos con que los autores áticos designan las relaciones de parentesco y su posible alcance jurídico. Considera sucesivamente la autora los términos usuales *anahisteia*, *prosekon*, *suggenés* y *kedestés*, recorriendo las fuentes con una revisión muy cumplida de los textos en que aparecen, y que se recogen en un índice con que se cierra este interesante estudio. Tras la formulación de los resultados de su investigación para cada uno de los vocablos citados, en sendos capítulos, analiza los pasajes en que aparecen, y subraya su imprecisión como expresiones de las relaciones jurídicas de parentesco, pues este valor específico se encuentra siempre yuxtapuesto a otro genérico. Es una obra útil, siquiera para poner de relieve la fluidez de la terminología ática para expresar las relaciones jurídicas en los albores de la ciencia del Derecho, inmediatamente precedentes a la eclosión de la jurisprudencia romana.

FRANCISCO SANMARTÍ

LOMBARDI, Luigi: *Dalla «fides» alla «bona fides»*. Giuffré, Milano, 1961. XII — 261 págs.

El tema de la *fides* seguirá suscitando siempre el interés de los estudiosos. Esta vez ha sido el del joven romanista Luigi Lombardi, que ha abordado con celo el problema de los distintos aspectos de ese rico con-

cepto y su relación específica con la *fides bona* procesal, que habría pasado del caso concreto de la compraventa a la teoría de la posesión. Esta última precisión supone una aportación digna de consideración.

A. O.

MARTÍNEZ DÍEZ, S. I., Rvdo. P. Gonzalo: *El patrimonio eclesiástico en la España Visigoda*.—Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Comillas, 1959. 200 páginas.

El libro del P. Martínez Díez es su tesis doctoral en la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Comillas. Se trata de un estudio histórico-jurídico, digno del mayor elogio, que bien merece nuestra atención.

No se puede hacer la historia de España sin hacer la historia de la Iglesia, porque la vida de la nación va tan unida a la vida eclesiástica que no se podría comprender aquélla sin ésta.

Y de la historia de España, y de la historia de la Iglesia en España, quizá una de las partes más importantes es la época visigoda. En ella cuaja nuestra nacionalidad, se le da forma, y se le infunde carácter. Por otra parte, nunca tuvo la Iglesia en España mayor esplendor, sus figuras culminantes llegan a la santidad y a la cumbre del saber; lógicamente sus concilios imponen con autoridad sus acuerdos y éstos se convierten en leyes del reino.

Para desarrollar su tema tuvo que luchar el P. Martínez con una bibliografía compleja y defectuosa, con la falta de fuentes precisas y con la falta de equipo. Esto último es un vacío tan frecuente en la investigación científica en España que no permite el debido avance como no surja un coloso igual a Menéndez Pelayo, capaz por sí solo para dar pasos gigantescos.

No se ha conseguido la organización de los archivos eclesiásticos, iniciada el año 1934 con subvenciones del Estado, y es una pena porque facilitaría los trabajos hasta evitar los desplazamientos gracias a un servicio adecuado de fotocopias. No obstante, historiador tan dotado como el padre Carlos García Goldaraz prepara una edición crítica de la *Hispana* que hubiera sido un gran auxiliar para la tesis a que estamos aludiendo.

Acude el autor, con una visión clara, a la Liturgia Mozárabe, y al contemplar su engarce con la *Regula Communis* de San Fructuoso nos suministra una prueba más de la persistencia visigótica en la España de la Reconquista y fortalece nuestra opinión sobre la importancia cultural del reino astur que el arte ovetense y las crónicas denuncian.

A pesar de lo espinoso de su labor el padre Martínez Díez alcanza airoosamente su empeño y consigue con método científico realizar un plan que revela la madurez de su trabajo.

En siete capítulos se ocupa de la formación del patrimonio eclesiás-

tico; del sujeto de la propiedad eclesiástica; del destino de los bienes eclesiásticos; de la administración del patrimonio eclesiástico; de la enajenación de los bienes de la Iglesia; del patrimonio monacal y del patrimonio privado y medio de la vida de los clérigos.

Pretende el autor «no basar puramente las teorías sobre meras fórmulas legislativas, sino hacer el esfuerzo, en la medida posible, para ahondar en cada caso hasta la roca firme de la vida cotidiana jurídica, diversa, a veces, del artículo de los cuerpos legales». Propósito laudable, no siempre fácil de lograr, y cuyo fallo se percibe en ocasiones aun en el examen de las mismas leyes, que requiere tiento y gran cuidado, porque cada ley aducida exigiría un estudio especial de su evolución, desde su origen hasta explicar sus cambios, en algunas una frase, o una simple palabra interpolada da un sentido diferente a un texto. Y no digamos nada cuando se habla de aplicar el Breviario o el *Liber iudiciorum* sin señalar la etapa de éste.

En la formación del Patrimonio eclesiástico se destacan las páginas dedicadas al diezmo y convence su exposición sostenida sobre textos de San Isidoro, San Eugenio y San Fructuoso frente a la tradición, continuada últimamente por Jesús San Martín, acerca de la obligatoriedad del diezmo en la España visigótica.

De singular interés es también la posición del autor ante la «quinta visigótica». Mientras Schultze ve en ella un ataque de la Iglesia al patrimonio familiar, el padre Martínez nos da la razón cuando afirmamos que es, por el contrario, un dique a la libertad de testar, por lo tanto, una defensa de los herederos forzosos, esto es, de la familia, y si la ley se debe a la Iglesia hay que loar a la Iglesia, que antepone el patrimonio familiar al propio patrimonio eclesiástico.

Otra cuestión digna de anotar es la referente al patrimonio del obispo y al patrimonio de la sede. En la España visigoda jamás se confunden, se hace hincapié constantemente en distinguirlos, y esto tiene una importancia excepcional porque trasciende al orden político, la constitución del reino visigodo establecerá igualmente la distinción entre patrimonio del rey y patrimonio del reino, que todavía algunos pueblos modernos no reconocen.

El autor se fija detenidamente en la parroquia y se separa de Pierre David, no admite la *Divisio Theodomiri* como *Parochiale Suevorum*. Manifiesta que la parroquia, en sentido jurídico, no se introduce en España hasta la segunda mitad del siglo XI.

No podemos dar nuestra conformidad al autor; hemos dicho que en muchos sitios el grupo parroquial no es más que una continuación de un grupo gentilicio: el cristianismo bendice el dolmen, convierte una comunidad pagana en una comunidad cristiana; el ejemplo de la iglesia de Santa Cruz de Cangas de Onís, construida sobre un dolmen, es bien patente. Claro está que nada tiene que ver esto con el dogma; ha sido siempre norma muy juiciosa tener en cuenta las divisiones administra-

tivas al hacer las divisiones eclesiásticas, y en nuestros mismos días estamos viendo cómo se acomodan las diócesis a nuestra división provincial. Roma respetó la organización gentilicia en el Norte de España y al «conventus» jurídico asturicense corresponde el territorio episcopal de Astorga, precisamente citado en nota por el autor (p. 66). En cuanto a la dependencia de una iglesia rural es muy posible que las «decanías» tengan un antecedente visigótico.

La huella romana en las disposiciones canónicas es muy frecuente, y así encontramos la relación del mínimo patrimonial de un presbítero con el «caput». El «caput» fué luego el «mansum» y el «mansum» la casería. Desgraciadamente se olvidó esto en los concordatos, se redujo la propiedad parroquial a una casa y una pequeña finca, y esto explica la pobreza del clero en la aldea.

Por la huella romana no puede sorprender el empleo del término «conventus» por el IV Concilio de Toledo, pues obedece al mismo sentido jurisdiccional que tiene en el campo jurídico de la España romana.

Los moldes romanos se modifican por el influjo germano que hace renacer un derecho primitivo, y eso explica la diferencia que observa con razón el padre Martínez entre el sujeto de propiedad eclesiástica según las leyes, y el sujeto de propiedad eclesiástica según las cartas de donación. En aquéllas el sujeto es la «ecclesia», en éstas es el santo patrono. Las cartas van dirigidas al santo y no es extraño; los Germanos, menos aptos que los latinos para las abstracciones, vieron el sujeto jurídico de una fundación dedicada a Dios o a los santos en la imagen plástica de Dios o de los santos en una forma que se aproxima al antropomorfismo.

No tuvo el clero visigodo limitación para recibir donaciones «inter vivos» o «mortis causa». La constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, del año 370, prohibía a los clérigos ser designados herederos o legatarios en las últimas voluntades de las viudas y diaconisas, pero esta constitución fué anulada por la *Novela* del emperador Marciano, del año 455, y esta *Novela*, acogida por la *Lex Romana Visigothorum*, quedó incorporada a la legislación gótica. El clero visigodo se libró así de un agravio que todavía inspira el artículo 752 del *Código civil* y que no alcanza al médico a pesar de que procesos recientes muy ruidosos indican el peligro.

La liquidación de los bienes del obispo y de su iglesia a la muerte del prelado o de su separación por traslado, u otro motivo, recuerda la liquidación de la sociedad conyugal; es posible que la metáfora de las bodas del obispo con su iglesia conduzca al Concilio IX de Toledo a reglamentarla de modo análogo al dictado por la ley «Dum cuiuscumque» de procedencia euriciana.

La Iglesia visigoda, celosa de sus derechos, procura siempre impedir la absorción por el Estado, o la injerencia de los particulares, y el padre Martínez, apoyado en los cánones de los Concilios III y IV de To-

ledo, asambleas donde fulguran San Leandro y San Isidoro, no da cabida en la organización a las «iglesias propias» y se reduce con fundamento a denominarlas «iglesias fundacionales».

Otros problemas brotan de las enjundiosas páginas publicadas por el padre Martínez Díez, pero no podemos detenernos en todos; nuestra intención no puede ser otra que dar noticia del valor de una tesis y éste no radica ni en la multiplicidad de las cuestiones ni en el número de las páginas, sino en el progreso que significa en la investigación, en el aporte a la ciencia, el trabajo del padre Martínez. En eso es considerable y debemos gratitud al autor.

R. P. B.

ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano?* Giappichelli, Torino, 1961. xv + 703 págs.

Nueva edición del curso (ahora en Roma) de lecciones sobre problemas metodológicos del derecho romano.

A. O

d'ORS, Alvaro: *Elementos de Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1960), XII y 386 págs.

El libro de A. d'Ors, modestamente presentado como Elementos de Derecho Privado Romano, es una síntesis original y personalísima en que se resumen los puntos de vista logrados por el autor a lo largo de su conocida labor de investigación romanística.

En esta obra cristaliza toda una actividad investigadora, lo que podríamos denominar conducta científica del autor durante años; en una palabra, sus criterios metodológicos. Así, sus preferencias hacia el Derecho romano clásico, en donde, como dice en el Prólogo, ha centrado su «foco de luz». Esta predilección por la Jurisprudencia clásica romana como meta de la investigación aparece ya señalada en sus «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano» (Salamanca 1943). En el libro que nos ocupa, el centrar la exposición ciñéndose al perfil clásico de las instituciones se debe, además, a un criterio pedagógico: el evitar que el alumno desvíe la atención «hacia aspectos pintorescos del Derecho primitivo dejando en la penumbra de la memoria lo que constituye realmente la obra maestra de la Jurisprudencia romana».

Se trata de un libro de texto para estudiantes que ha de ser explicado en lecciones, pero también de una obra llena de sugerencias para investigadores. No se trata, por tanto, de una síntesis vulgarizadora de las instituciones jurídicas romanas: no es un libro fácil, aunque sí claro, de

acuerdo con el propósito expreso del autor. Una rigurosa economía de conceptos y expresiones preside toda la exposición.

Nos hallamos ante un manual que representa, en la literatura romanística española, la mayor novedad. Es el primer manual español avalado por una serie de estudios monográficos en cada una de sus afirmaciones. Serán discutibles algunas de éstas e incluso el carácter a veces excesivamente sintético y hasta la sistemática del libro, sobre todo si se piensa en sus fines didácticos; pero la obra es un logro de la romanística española digno de presentarse fuera de España, donde el autor es suficientemente conocido.

La obra consta de cuatro partes fundamentales: Introducción; Parte I: La propiedad; Parte II: La herencia; Parte III: Obligaciones. Detengámonos, aunque sea someramente, en el análisis de cada una de estas partes.

I. Introducción: Comprende esta primera parte, fundamentalmente, el estudio de las Fuentes y el Procedimiento.

Parte del concepto de *ius* definiéndolo como «acto de violencia privada que la sociedad, a través de sus jueces, reconoce como ordenado y ajustado a las conveniencias». Preferiríamos otra definición, aunque en cierto modo análoga a ésta, dada por el autor en su estudio «Aspectos objetivos y subjetivos del *ius*» (en Studi Albertario, vol. II, pp. 279-299. Milán, Giuffrè 1953); a saber: *ius* es sinónimo de «posición justa». Para evitar la tautología quizá pudiera decirse que *ius* significaba posición ajustada o acomodada a lo que debe ser según una norma admitida colectivamente. Diríamos por nuestra parte que *ius* vendría a ser lo lícito civil, es decir, el acto vinculante al cual se le reconocía validez colectiva, ritual si se quiere. El *fas* sería lo lícito religioso, o, como dice el autor, «todo acto humano no prohibido» que, dado el carácter religioso de las prohibiciones, el *fas* llega a identificarse con una especie de *ius divinum* (p. 13). Reconoce, por otra parte, el autor, las conexiones del *ius* con la religión, pero termina afirmando su carácter secular (p. 14).

Ciertamente, el primitivo concepto de *ius* será imprecisable —al menos con rigor— debido al desconocimiento del proceso primitivo romano. El *agere ex lege* debió de ser una actuación realizadora del *ius* (*ius facere; ius fecit sicut vindictam impossui*) en cuanto era un modo de actuar —*agere*— reconocido por la comunidad de *cives* (*ex lege*). Cada uno de estos actos rituales reconocidos (*vindicatio manus iniectio*) era testificado (*testes estoie = litis contestatio*) para probar su perfecta realización ritual. La *lex* en cuanto conformadora de la licitud civil —*ius*— se nos muestra ya en las XII Tablas (*ita ius esto*). Por eso toda especulación sobre el sentido anterior de *ius* no puede tener más que un valor conjetural. Precisamente porque el concepto de *ius* parece tener un matiz laico, es idea no excesivamente arcaica, sino más bien producto, quizá, de la secularización de las actuaciones colectivas que, poco a poco, decla-

radas licitas, hicieron nacer el proceso o actuación *ex lege*. En definitiva, todo concepto de *ius* anterior a las XII Tablas resulta muy difícil de aclarar.

Analiza el autor las fuentes y con especial delectación —aunque brevemente— la Jurisprudencia tanto republicana («clásica antigua», pp. 16-8) como la clásica («clásica alta», pp. 30-4). Dos grandes figuras —dice, página 31— acotan esta etapa clásica de apogeo: en su inicio la de Labeón y en su término la de Juliano; éstas son las figuras más destacadas de toda la jurisprudencia romana. Esta etapa se presenta como la realización más completa del oficio jurisprudencial (p. 26). Dentro de un epígrafe, como última Jurisprudencia clásica, incluye a los juristas posteriores a Juliano, cuya producción se orienta hacia obras de carácter compilatorio o enciclopédico; así Pomponio, Papiniano, Paulo y Ulpiano. Menciona aparte a Gayo, figura que parece haber sido desconocida en su época y que para el autor es un pre-postclásico, un jurista que se anticipa a las preferencias y exigencias postclásicas (p. 31). Son bien conocidas las ideas del autor acerca de Gayo (cfr. por ejemplo, *Re et Verbis*, en Atti-Congresso Internazionale di Diritto Romano, vol. III, p. 267 y ss. Milán. Giuffrè 1951).

Mención especial merece el valiosísimo resumen del Derecho provincial (pp. 41-44). A partir de la extensión de la ciudadanía a todo el Imperio por Caracalla se produjo una provincialización del Derecho romano más que una romanización de los Derechos provinciales (p. 44). La obra legislativa de Diocleciano, aunque produce la impresión de pertenecer todavía a la época clásica —afirma el autor (p. 45)— marca un momento de decadencia del Derecho. No admite, en cambio, el calificativo de «decadente» para la labor de Constantino y los demás emperadores cristianos, cuya legislación considera una superación de la anterior decadencia del siglo III, aunque no se trata tampoco de una restauración de los valores clásicos (p. 45). La exposición del sistema de fuentes se reduce a lo más rigurosamente esencial y resulta extraordinariamente clara en su brevedad.

A continuación, dentro de esta misma parte introductoria, dedica un capítulo al Proceso bajo el título: «Las acciones del procedimiento civil romano». Este título pretende realzar el carácter del Derecho romano clásico como sistema de acciones. Por lo demás, no elude la protección jurídica denominada extraprocesal, que titula «complementos extraprocesales de la jurisdicción pretoria» (pp. 65-8). El resumen del proceso romano (pp. 55-92) es exhaustivo, pese a su brevedad. Con él pone fin a la Introducción.

Parte I: La propiedad. El calificativo de primera parte se debe, sin duda, al hecho de que el autor pretende hacer notar que su libro se refiere, fundamentalmente, a las instituciones de Derecho privado como su título indica. El enfoque que el autor ha dado al epígrafe «Propiedad»

es sugestivo e interesante. Comienza estudiando la clasificación de las cosas desde el punto de vista jurídico; luego, la terminología bajo la cual se manifiesta el concepto de propiedad; simultáneamente la idea de *possessio* y, por último, la acción reivindicatoria en cuanto eje de los derechos sobre cosas. Todo ello en un mismo capítulo. Luego, en dos capítulos sucesivos, la «adquisición de la propiedad» y las «limitaciones a la propiedad».

Respecto a la clasificación de las cosas observa cómo una antigua distinción romana (desde las XII Tablas) es la que nos habla de *res fundi* y *ceterae res*. En efecto, es ésta una de las distinciones básicas que no siempre se tienen debidamente en cuenta. Respecto a la distinción *res mancipi-nec mancipi* admite que se trata de cosas del *mancipium* y, por tanto, estima pertinente hablar de *res mancipii*. Sin entrar a fondo en este difícil problema resuelve de este modo pedagógico esta discutible cuestión. Asimismo la inclusión de la posesión bajo el epígrafe de la propiedad puede resultar didácticamente aceptable, admitido que la *possessio* sea una especie de «propiedad» del *ager publicus*. Pero si se piensa que propiedad y posesión son cualitativamente conceptos bien diferenciados y así han pasado al pensamiento jurídico heredero de Roma, quizá fuese más conveniente que los alumnos comenzasen por ver, incluso en la distribución material del manual, la importancia de mantener muy distintos ambos conceptos. Nos parece muy certera la versión y consiguiente definición etimológica de *possessio*. *Possessio*, en su sentido originario, es el «asentamiento», por tanto, sólo la posesión de un inmueble, precisamente la de una parcela de suelo público (*ager publicus*), donde no hay *dominium*. Luego, la *possessio civilis* es «aparición justificada de propiedad»; es la del que tiene una justa causa para creerse propietario (p. 107). Quizá haya cierta peligrosidad en el tono dogmático de estas definiciones. Admirablemente clara la exposición de la reivindicatoria.

Certera la distinción de los modos de adquirir (II. La adquisición de la propiedad): La propiedad se adquiere (a) por un acto formal de atribución (*adfectio, mancipatio, legatum per vindicationem*) o por una justa apropiación posesoria (*occupatio, traditio, usucapio*). De estos modos unos son exclusivos de los ciudadanos (modos civiles) y otros son comunes (modos de derecho de gentes). Rechaza, con razón, la idea de acto traslativo en sentido estricto. En unos casos hay un acto voluntario por parte del propietario que deja de serlo; en otros, en cambio, no. Sin embargo, cuando la adquisición presupone un acto voluntario de enajenación se puede hablar de «transmisión» de la propiedad, o de «modos traslativos», pues el derecho del adquirente depende de la realidad del derecho del enajenante (páginas 115-6).

De acuerdo, a efectos didácticos, con el autor, nos atreveríamos, sin embargo, a hacer una observación más radical. ¿No aplicaremos con demasiada acomodación a la mentalidad moderna el término «propiedad»?

Los romanos comenzaron hablando de «modos de adquirir cosas»; la cosa como tal y no el derecho de propiedad (el autor alude a ello p. 95) era lo que se adquiría (no era la adquisición de un derecho), y, sin duda, en la época clásica, estaba subyacente esta primigenia concepción. Por ello nos inclinamos a creer que quizá hayan sido desenfocadas cuantas investigaciones se han hecho para determinar si la propiedad se transmitía originaria o derivativamente. La idea de la propiedad como derecho difícilmente habría cristalizado definitivamente en la época clásica: menos puede hablarse, por tanto, de la transmisión originaria o derivativa de ese presunto «derecho de propiedad». Parece más bien que los romanos no han pasado de los modos de adquirir cosas y los de *iura in re* (derechos sobre cosas). Se podían adquirir cosas singulares o *per universitatem*. En este sentido la *mancipatio* sería un *modus acquirendi* como la *adrogatio*. No contaba la idea de propiedad. De ahí que las *res mancipi* pudiesen ser cosas adquiridas habitualmente por el trámite (*modus acquirendi*) llamado *mancipatio*. Ello engendraba un modo especial de tener dichas cosas y, por tanto, una forma especial de tenerlas como propias. Las demás cosas, *res nec mancipi*, solían tenerse con menos seguridades. El concepto de propiedad no contaba ahí. El Derecho fué reconociendo nuevas *causae acquirendi* y dió como sanción general la *actio Publiciana*. Toda cosa recibida con una *causa acquirendi* resulta así defendida.

De este modo, algunas de las apropiaciones posesorias justas (terminología muy certera) se explican, no como modos de adquirir la propiedad, sino como modos de adquirir cosas sin acto formal de atribución porque no tenían dueño (*res nullius*) o porque estaban abandonadas o porque se agregaron a otra principal o se transformaron en *nova species*, etc.

Dentro de las limitaciones incluye el autor el *condominium*, las *servitudes*, *ususfructus* y demás derechos reales. Criterio admisible y quizá pedagógico, pero que acaso resta entidad a los *iura in re aliena*. Parece indudable que éstos fueron anteriores y confirmadores de la idea del «derecho de propiedad» como hemos dicho, y, por tanto, históricamente se han ido estableciendo como derechos sobre cosas ajenas (*iura in re aliena*). Ciertamente implican limitación a la propiedad, pero esto aparece más claro dada la exaltación que la dogmática hizo de la propiedad. Para un romano el *ususfructus* es un derecho referido al *uti frui* de una cosa ajena, no una limitación del derecho de propiedad: más que de limitaciones a la propiedad se trata de limitaciones acerca de la disposición de la cosa de la que otro es *dominus*. Incluso resulta sintomática la terminología de las fuentes al denominar *dominus ususfructus* al usufructuario y *dominus proprietatis* al propietario. El *ususfructus* debió de influir notablemente en la conformación de un *nudum ius* del propietario: es decir, en la configuración de la idea de «derecho de propiedad», como titularidad independiente de la utilización de la cosa. Por ello quizá no responda enteramente al pensamiento clásico el partir de un concepto de propiedad

como eje de la exposición de todos los derechos reales, viendo luego todo un sistema de limitaciones a este concepto.

Parte II: La herencia. La segunda parte de la obra, bajo el título «Herencia», se nos presenta, asimismo, con gran originalidad. La primera novedad es la subsumción de la *familia* dentro de la exposición de la *hereditas*. Presenta el análisis de la *familia* únicamente como una especie de presupuesto para el estudio de la herencia, que según el autor (p. 157) es «la institución de la continuidad patrimonial de la familia». Por ello analiza fundamentalmente las generalidades de la institución familiar romana (páginas 157-171). Ciertamente es indiscutible la vinculación histórica entre *familia* y *hereditas* y su estudio conjunto es aconsejable y de todo punto admisible, pero quizá debiera darse mayor realce a la institución familiar; en definitiva, uno de los ejes de las instituciones jurídico-privadas romanas es el *paterfamilias*. Indudablemente, no es la estructura familiar romana de fundamental interés para el jurista de nuestros días, pero si creemos que las instituciones básicas del Derecho privado están vinculadas a la estructura de la familia (*hereditas, obligationes, iura in re*). Por ello, no solamente propugnamos una mayor extensión en el estudio de la familia, sino que, más radicalmente que el autor, comenzariamos la exposición del Derecho privado romano precisamente por la familia.

La tutela encaja perfectamente después de la sucesión hereditaria, pero, en cambio, resulta quizá una desvinculación excesiva el colocar aparte la dote, en un apartado especial dedicado a «liberalidades». Dentro de este capítulo dedicado a liberalidades entran legados y fideicomisos, donaciones y dote. El carácter familiar de esta última queda así diluido. Por el contrario, las *donationes* propiamente dichas quedan englobadas en una parte dedicada a herencia con lo cual se aprisiona y prejuzga la fluidez del negocio genérico de liberalidad; sin embargo, es digna de meditación la estructura de este capítulo dedicado a «las liberalidades».

Parte III: Las obligaciones. Asimismo presenta una gran novedad de sistemática la última parte de la obra dedicada a las *obligationes*. Es aquí donde el autor despliega de modo más completo el resultado de sus investigaciones en torno a la teoría del *creditum*, cuatripartición contractual de Gayo, etc. Un grupo de estudios conocidos en la bibliografía romanística. Expuestas las acciones penales, distribuye toda la materia de obligaciones bajo tres manifestaciones: préstamos, estipulaciones y contratos de buena fe. El amplio campo del *creditum* sancionado por la *condictio* da lugar a los préstamos. *Creditum* (de *certum dare*) equivale a dar cosa cierta, pero no definitivamente, sino un dar con restitución debida: un prestar. Las *stipulationes*, aunque sancionadas por la *condictio* también, forman grupo aparte de los préstamos. Por último, hay un tipo de obligaciones con bilateralidad funcional de donde surgió la idea de *contractus*, que hallaron su sanción en los *bonae fidei iudicia*. Aparte, por tanto, de los préstamos y estipulaciones estarían los contratos propiamente dichos

o «contratos de buena fe» como les llama el autor. La idea de contrato se generaliza partiendo de la cuatripartición gayana de los *genera obligatorum*. En la época postclásica el concepto de contrato se hace sinónimo de convención obligatoria. No es necesario que nos detengamos más en la concepción del autor en este campo de las *obligaciones* porque se halla expuesta en trabajos suficientemente conocidos.

El libro está escrito y sentido con un *pathos* de especialista, con un noble apasionamiento en el oficio romanístico que sugestionará al lector especializado. Al estudiante le presenta una visión breve y armónica de conjunto, con una exposición nítida, ágil y concisa.

Podrá discreparse del autor en muchos puntos concretos porque, al fin, es un resumen de gran parte de su labor investigadora personal. Pero no podrá negársele su condición de síntesis magistral por el brillante equilibrio entre fondo y forma, por el rigor del concepto y la palabra. Es un libro con más intensidad que extensión y quizá por ello requiera detenida explicación en las lecciones para estudiantes, en las que hallará esta obra su necesario complemento. El propósito del autor está plenamente logrado y los romanistas españoles tenemos que agradecerle este nuevo fruto, que constituye un modelo de lo que debe ser el manual de cada profesor.

PABLO FUENTESECA

PARTSCH, Gottfried: *Zur Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen*. «ZSS», vol. LXXVII. Weimar, 1960, págs. 87-153.

Entre los síntomas denotadores de la gran potencialidad de la investigación alemana se encuentra su tendencia «expansionista», que la conduce a aportaciones científicas en campos situados más allá del suyo particular. En el caso presente, la prestigiosa revista alemana contiene un artículo con referencia directa al sur de Francia y a nuestro país. El interés está, además, en que lo que se estudia es una de las cuestiones esenciales en la teoría general de las obligaciones correspondiente a la Edad Media, cuando este tema no es atacado de frente por los cultivadores españoles de la Historia del Derecho. Se trata de determinar la cuestión de la responsabilidad contractual, especialmente en la Alta Edad Media, y de su evolución posterior.

El autor viene a situarse en la línea de Ernst Mayer, en la obra tan conocida del público español titulada *Das altspanische Obligationenrecht in seiner Grundzügen*, aparecida en la «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft» en 1920, y traducida al castellano por Ots Capdequi, y fundamentalmente, frente a la posición de Wohlhaupter, cuyos trabajos

principales en la materia aparecieron en la misma revista que aparece el trabajo recensionado, y de la posición asumida por la investigación española, resumida por Fernández Espinar en el trabajo que sobre la compraventa publicara en este mismo ANUARIO. La posición que Partsch no comparte es aquella que ve en la fianza medieval una figura accesoria en la relación jurídica obligacional, y que, por tanto, pudiéramos decir cercana a la concepción actual de aquélla. Wohlhaupter, por ejemplo, veía en la fianza un reforzamiento de esa relación jurídica, como López Ortiz destaca, igualmente, la función de garantía. Fernández Espinar, resumiendo la investigación española—según el autor del trabajo recensionado—lo considera como un tercer medio de protección junto a la autodefensa y a la prestación de evicción para la defensa del amenazado sin garantía, especialmente cuando el declarante no dispone de posesión territorial en el lugar. Según esa posición, al menos desde la segunda mitad del siglo XII, el enajenante ha asumido la responsabilidad de la relación jurídico-obligacional, y ha sido después cuando se ha introducido la prestación de garantía.

La posición que el autor sostiene es la de que, por el contrario, en un principio ha existido una total separación entre deuda («Schuld») y responsabilidad («Haftung»), y que si en los documentos franceses del Sur, desde el año 900, es un tercero, sea el testigo o el fiador, el que asume la responsabilidad, esto gana en plástica e importancia en los documentos medievales españoles, donde necesariamente existe una relación de fianza, que es la obligación crediticia, junto al negocio declaratorio real. Como conclusiones fundamentales, Partsch señala: a) que la prestación liga a unos terceros, llamados fiadores o testigos, sin que haya una neta distinción entre unos y otros; b) que la asunción de la responsabilidad por el tercero es un presupuesto jurídico necesario para la fundamentación de la responsabilidad en la relación jurídica obligacional, y aun para la validez misma del negocio declarativo, y c) que la confusión observada en los documentos franceses, penetra menos claramente en nuestro país, pero subsiste más en la conciencia. Cita cómo Mayer destacó que la función del fiador es estimada junto a la del testigo, y que «firmare», «otorgar» y «auctoricare» significa tanto el testificar como el garantizar.

Esa fianza, originariamente necesaria en los negocios de enajenación, experimenta, según el investigador alemán, una limitación en su desarrollo, en tres direcciones o sentidos: a) temporal, por cuanto extendida en principio a toda la vida se suele limitar después a un año o seis meses, como en el Fuero de Teruel de 1176; b) de responsabilidad, por cuanto el deber del fiador en el proceso se debilita en tanto la posesión territorial del demandado es liberada de la posición del fiador, y c) personal, por cuanto se limita a las obligaciones asumidas por comerciantes y extraños en la ciudad, como sucede en el Fuero de Viguera. También se destaca que los fiadores en ningún momento tienen una función proce-

sal, pues, incluso, ni tiene este carácter en el Fuero de Teruel la obligación de defender al adquirente en las perturbaciones posesorias.

El autor destaca cómo la prestación de garantía o de saneamiento aparece mucho más regulada en los fueros españoles que en Francia, aplicada, tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, con la obligación de dar el «auctor» u «otor» (por ejemplo, en el Fuero de Cuenca), pues en otro caso, ha de satisfacer la calaña y el duplo del valor al adquirente. El investigador alemán, que frente a Wohlhaupter y a Hinojosa no es propicio a la admisión fácil del influjo del germanismo como tampoco del indigenismo, se pregunta, cómo, tanto en las fuentes medievales francesas como españolas, puede contenerse con tanta pureza un proceso típicamente germánico, cómo es el «Anfangsverfahren» (nuestro proceso de «otorificación»), considerando inseparable la fianza de la responsabilidad delictual, presupuesta en la prestación de saneamiento, y opinando debe desecharse todo intento de insertar la una en la otra y pretender que la fianza sólo tiene como misión la de garantizar la comparecencia del enajenante ante el tribunal.

Finalmente, Gottfried Partsch distingue la presentación sucesiva de fiadores en los fueros (Gewährenzug), de condición legal, y una fianza o garantía («Währschaftsbürgschaft»), de naturaleza contractual, en tanto la primera es prevista en los fueros y la segunda aparece en los documentos y en la práctica, recordando que los fueros representan el derecho legislado y los documentos el derecho consuetudinario. Entre ambas, independientemente de la naturaleza jurídica, existe una diferenciación cuantitativa, pues en tanto en los fueros el enajenante responde al adquirente con el duplo del valor de la cosa, la fianza de los documentos está reducida al valor. La presunción de mayor antigüedad está a favor de ésta, pues según el autor, los fueros del siglo XII, y aún más, los del siglo XIII, están muy reelaborados, destacando cómo el Fuero de Teruel, en el primer párrafo del artículo 289 trata de la compra, la permuta y la prenda de casas y propiedades, en tanto los párrafos dos a seis regulan sólo la compra. Por otra parte, la prestación de saneamiento en esos fueros ha debido experimentar influjos romanos de la primera infiltración del siglo XII, basándose para ello en que la contenida en los fueros no corresponde a la regulada en los textos visigodos (CE 289 y LV. V, 4, 8), pues en éstos la responsabilidad se opera frente al propietario de la cosa mientras en los fueros lo hace frente al adquirente.

El trabajo de Partsch supone la aportación de una visión sugestiva en el campo de la responsabilidad del enajenante y el planteamiento de problemas en torno a ella. En el estado actual de la ciencia histórico-jurídica española no es posible juzgar si esa visión es aceptable. En realidad, al estudioso español ha de infundirle grandes recelos, debido a dos causas. La primera de ellas es la de que Partsch sigue en parte las huellas de Ernst Mayer, cuando en España, el «sabio profesor de Würzburg» se halla en completo descrédito, a causa de la suerte corrida por la obra

que dedicó a las instituciones administrativas, la cual, en cierta manera, desahuciada por su traductor, Galo Sánchez, fué demolida a partir de la revisión fundamental hecha por Sánchez-Albornoz en sus trabajos sobre las behetrias. Es cierto que la obra sobre el Derecho de obligaciones del referido profesor alemán se mantiene actualmente en pie en lo fundamental, pero cabe preguntarse si ello no es debido a que ese campo permanece casi sin roturar, a diferencia de lo ocurrido en el del Derecho público en general. La segunda causa estriba en las fuentes de conocimiento utilizadas. Partsch impugna la opinión de Wohlhaupter, porque éste utilizaba los Fueros de Aragón, que pertenecían ya a 1274, y, asimismo, la que califica de obra fundamental sobre la compraventa, de Fernández Espinar, porque se citan pocas colecciones documentales y descansa casi exclusivamente en los fueros. Pues bien, el investigador alemán en la parte dedicada al problema de nuestro país sólo cita una colección documental, que es la del Cartulario de la Abadía de Saint Serin, de Toulouse, para Navarra, y, además, reconoce, finalmente, cuando insiste en la contraposición existente entre «Gewährenzug» y «Wahrschaftsbürgen», que se precisa el examen de la documentación antigua, hoy solamente accesible a los españoles.

En conclusión, un trabajo sugestivo, pero que debe ser mirado con mucha reserva por lo que se refiere a la cuestión en el Derecho español.

JESÚS LALINDE ABADÍA

PÉREZ VOITURIEZ, Antonio: *Problemas jurídicos internacionales de la conquista de Canarias*. Universidad de La Laguna, 1958. 206 págs.

He aquí el primer estudio publicado hasta la fecha sobre las complejas e interesantes cuestiones suscitadas por la conquista de las islas Canarias, enfocado desde un punto de vista estrictamente iusinternacionalista y tratado con amplitud monográfica, conforme a un plan sistemático de materias, perfecto y claro.

Se trata de una tesis doctoral premiada, escrita por un joven profesor universitario, el doctor don Antonio Pérez Voituriez, especialmente dotado para llevarla a cabo con éxito. Poseedor de una sólida preparación científica, que le permite investigar fructíferamente en archivos y bibliotecas, se halla, al mismo tiempo, particularmente capacitado para comprender y estudiar con singular acierto y cariño cuanto concierne a la conquista de dicho archipiélago, pues ha nacido y se ha educado en él y por su venas corren mezcladas sangres española y francesa, lo mismo que en aquel acontecimiento aparecen unidos también nombres españoles y franceses, por lo que cabe afirmar que fué empresa común franco-hispana. En efecto, aunque la conquista se hizo para los Reyes de Castilla y en España se reclutó buena parte de las huestes que la realizaron, normando fué el conquistador, Jean de Bethencourt, Barón

de Saint-Martin-le-Gaillard y Camarista de Carlos VI de Francia, así como su tío, Robert de Braquemont, Señor de Normandía y Gran Almirante de Francia, que tan destacado papel desempeñó en aquella conquista, obteniendo para la misma la autorización papal y la consideración de cruzada, regularizando la situación política originada por ella y prestándole cuantiosa ayuda económica. Y franceses igualmente fueron Gaudifer de la Salle, organizador con Bethencourt de la expedición a Canarias, y el primo de este último, Maciot, lugarteniente, representante o gobernador suyo en el Archipiélago.

El doctor Pérez Voituriez no ha caído en la tentación de abandonar al tiempo la pauta distribuidora del contenido de la obra, tratando las cuestiones a medida que se van sucediendo, de acuerdo con una exposición cronológica, tan cómoda como frecuente. Por el contrario, heredero de las cualidades de orden y método que los franceses poseen en grado sumo, ha sabido sistematizarlo por materias de modo insuperable, según indicamos ya en un principio.

En el primer capítulo, estudia la calificación iusinternacionalista de la situación jurídica de Jean de Bethencourt. Podría haberse incluido dicho estudio en el capítulo segundo (dedicado al examen de los títulos jurídicos de adquisición de la soberanía castellana sobre las islas Afortunadas, como veremos en seguida) o a continuación de él, a modo de secuela específica de tal problema, pero el autor ha preferido dedicarle íntegro este primer capítulo, por estimar que la enfeudación de Bethencourt al Rey de Castilla merece previo y especial análisis, teniendo en cuenta principalmente: a) que, a pesar de su conexión con el mencionado problema, posee individualidad temática, desde el punto de vista institucional; b) que la cuestión betancuriana precede históricamente al planteamiento global de la problemática doctrinal y positiva de los citados títulos, y c) que se trata de una cuestión de subjetividad internacional.

Tras un documentado y detallado examen de la situación histórica de tal enfeudación (donde se refiere el autor a los primeros cronistas, a la reacción posterior frente a ellos y al estado actual de la investigación histórica), de la estructura jurídico-política de la época (en cuya exposición el doctor Pérez Voituriez destaca la confusión existente entonces entre las nociones de Derecho público y privado y subraya igualmente el valor jurídico-político del «pleito-homenaje», así como el modo en que el principio de soberanía aparecía diluido en las relaciones de vasallaje) y de la calificación del *status* betancuriano, se llega a las conclusiones siguientes: 1.ª) Dicha enfeudación es una aplicación del modelo centro-europeo del feudalismo y presenta especial analogía con las formas más autonómicas dadas en circunstancias de mayor descentralización feudal, y 2.ª) Su calificación jurídico-internacional más adecuada es la de *status sui generis*, que trasciende al Derecho internacional. Conforme a la terminología de éste, podría considerarse como

Estado vasallo y, en la actualidad, como titular de soberanía bajo protección, pero con amplia autonomía.

El capítulo segundo está dedicado, como ya dijimos, al estudio de los títulos jurídicos y del carácter de la conquista de Canarias. En primer lugar, se investiga cuáles fueron los títulos realmente determinantes para la adquisición de soberanía y con más plena eficacia jurídica, de acuerdo con el Derecho de la época, los cuales son examinados separadamente en sendos apartados: la donación pontificia y la evangelización, el derecho de descubrimiento, la vecindad, la ocupación efectiva, los tratados, etc. Después, se ponen de manifiesto los elementos doctrinales y hechos históricos de relevancia jurídica que significan una aportación interesante para la evolución doctrinal e histórica del Derecho de gentes. Así, en cuanto a las ocupaciones efectiva y ficticia, a las teorías de la proximidad, etc.

Todo este estudio y el precedente podrían completarse útilmente con la información aportada y las consideraciones hechas, en otra valiosa monografía española, a propósito de la polémica entre los Reyes de Castilla y los de Portugal sobre el señorío de las Canarias, que culmina en las Capitulaciones de Alcaçobas de 1479 entre Alfonso V y los Reyes Católicos, sancionadas después por la Bula *Acterni Regis* (1481) de Sixto IV. Me refiero a la obra del profesor Alfonso García-Gallo *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, 1958, 369 páginas, que el doctor Pérez Voituriez no pudo consultar para la preparación de su libro, por haberse publicado simultáneamente a éste, pero de la que es de esperar haga provechoso uso cuando lo reedite.

Tres conclusiones principales nos brinda el autor, como fruto de su estudio en este capítulo: 1.ª) En la problemática canaria, gracias al Obispo Alonso de Cartagena (que presenta un rico repertorio de argumentos al respecto en sus famosas «Alegaciones», de 1435), aparece un bosquejo de la temática general posterior relativa a los títulos jurídicos de adquisición de soberanía. 2.ª) Entre los distintos títulos mencionados, presenta positivamente especial relevancia el de la vecindad, así como los directamente relacionados con él. A este propósito, Cartagena afirma categóricamente que, en el caso de Canarias, el único título alegable es el de la vecindad, combina el principio de la ocupación con el de la contigüidad, dando lugar implícitamente al de la continuidad, e incluso esboza un rudo antecedente de la moderna teoría de los sectores. Igualmente la ocupación efectiva es título jurídico principal al respecto. 3.ª) En cambio, la donación pontificia no tuvo importancia decisiva, a pesar de la opinión moderna unánime, que considera deriva de la donación de Clemente VI al Príncipe de la Fortuna todo el derecho de la titularidad de soberanía castellana sobre el Archipiélago, en evidente contraste con Cartagena, quien ni siquiera alude a tal donación.

El tercer capítulo trata de los derechos humanos en la conquista de Canarias. En vista de las características específicas que se dieron en esta materia durante las diversas fases de la incorporación del Archipiélago a la civilización y cultura occidentales (estudio no bastante conocido por los iurisinternacionalistas y que, sin embargo, tiene gran importancia para el enjuiciamiento de la proyección de esta materia en la época posterior) y con el fin de exponer la cuestión lo más diáfano posible, este capítulo se inicia con un examen de la naturaleza de los aborígenes, al que siguen otro estudio sobre las cuestiones candentes de la esclavitud y defensa de los mismos y, por último, el análisis de los métodos de evangelización. De todo ello deduce el autor: 1) El fenómeno del contacto entre los castellanos y los indígenas canarios ofrece peculiares características, en cuanto que la consideración de la naturaleza de éstos difiere de la de los moros, herejes e infieles americanos; 2) En la colisión entre ambos, adquiere importancia singularísima la intervención directa de la Iglesia en defensa de los aborígenes; 3) La previa evangelización influye en este trato privilegiado; 4) La predicación pacífica, el sistema de cruzada y la conquista son los principales métodos seguidos para la evangelización de Canarias.

En el cuarto y último capítulo se cotejan perspicazmente las conquistas canaria y americana, parangón que sirve, a la vez, para enlazar el estudio de la trayectoria canaria con los tiempos inmediatamente posteriores y para obtener conclusiones comparativas. Entre éstas, destacan principalmente: 1.a) La desemejanza entre las posiciones jurídicas de Colón y de Bethencourt es esencial; 2.a) A diferencia de lo que ocurre en Canarias, entre los títulos jurídicos adquisitivos de la soberanía, sobresale en América la donación pontificia, mientras que, en cambio, las teorías de la proximidad, de tan decisiva importancia en cuanto a las islas Afortunadas, quedan en el Continente americano rápidamente desbordadas; 3.a) La naturaleza de los indígenas es considerada de manera distinta y, en contraste con lo que sucede en Canarias, la defensa de los aborígenes se resiente, en los primeros años del descubrimiento americano, de falta de intervención directa de la Iglesia y de la sobreestimación política dada por la Corona, en la dirección de dicha empresa; 4.a) La evangelización en América sigue métodos análogos a los empleados en Canarias.

Para Pérez Voituriez las enseñanzas que se obtienen de la problemática canaria, valioso precedente de América, si se hubiesen aprovechado en su integridad, habrían solucionado previamente muchas de las cuestiones iniciales que allí se plantearon, lo que le lleva a concluir su excelente tesis con esta advertencia: «Esta amnesia de lo pasado, y casi por lo contemporáneo, que ocasionó, a veces, el retroceso donde se hubiera podido progresar sin interrupción, que nos sirva para no recaer en el error de menospreciar, al construir nuestro presente, esas pequeñas

cosas que podrán servir como firme piedra angular de futuras perfecciones».

Una selecta bibliografía y cinco extensos apéndices, en donde se transcriben interesantes documentos hasta ahora inéditos, completan el libro.

En todo él destacan el orden, la claridad y la solidez de la documentación. La erudición suele ser siempre de primera mano y el autor no ha regateado esfuerzos para investigar, con evidente provecho, en los archivos y bibliotecas españoles, especialmente en los ricos Archivos Generales de Indias y de Simancas, cuyos tesoros, en parte todavía inexplorados, ha sabido descubrir y exhumar con positivo fruto, para bien de la Ciencia jurídico-internacional, al cultivo de la que tan eficazmente se entrega, con todo el entusiasmo propio de sus años mozos, llenos de seguras promesas de otras aún más valiosas e importantes realizaciones.

JOSÉ PÉREZ MONTERO

PETROPOULOS, Jorge A.: *Introducción histórica a las fuentes del derecho griego*. Atenas, 1961, 128 págs. (En griego).

El autor, después de establecer los períodos diversos de la evolución del derecho griego en sus treinta siglos de historia (alude, aunque muy brevemente, al posible contenido jurídico de los textos micénicos), enumera sucesivamente las fuentes del derecho griego clásico, helenístico, bizantino (civil y canónico, y los subperíodos correspondientes), y el derecho griego bajo la dominación turca. Al final un índice alfabético remite al lector a los pasajes donde se citan las diversas cuestiones registradas. Consideraciones históricas muy atinadas acompañan la revisión de las fuentes, que está cimentada por la colación de una bibliografía abundante y puesta al día. A nuestro modo de ver, el interés está en los apartados correspondientes a los períodos helenístico y bizantino, insistiendo en el papel decisivo que el espíritu helénico, perviviente en el imperio romano oriental, desempeñó en la compilación del derecho romano y en la sistematización de las normas base de las ulteriores codificaciones.

F. S.

RAVANIS, Jacobo de: *Summa Feudorum*. «A cura di Corrado Pecorella». Segunda edición. Milán, Giuffrè, 1959: 72 págs.

La obra transcrita por C. Pecorella forma parte del manuscrito 1.227 de la Biblioteca de Palacio de Parma. Como es sabido, el mencionado

manuscrito—obra de un anónimo compilador del siglo xiv—constituye una miscelánea de textos varios, si bien todos ellos referentes al Derecho feudal, de algunos de los cuales no se conocen otros manuscritos. El interés de la publicación de Pecorella es doble, ya que el autor no se limita a una simple transcripción—paleográfica, por supuesto— de la *Summa*, sino que también, en páginas 5 a 24, se ocupa de la valoración de la misma como fuente de conocimiento del derecho.

En el manuscrito se atribuye la paternidad de la *Summa Feudorum* a Jacobo de Ravanis *ultramontanus*. Meijers— *De Universiteit van Orleans in de XIII^e eeuw*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* I (1918-1919), 438 y *Het zogenaamde jus ad rem*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* V (1950), 183 ss—ha negado repetidamente la autenticidad del dato—. Según este autor, a quien sigue R. Feenstra en la recensión que hizo a la primera edición de la obra de Pecorella en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXV (1957), 183 ss, la *Summa* habría tenido por patria la Italia meridional, el reino de Nápoles concretamente, por fecha *ante quem* el año 1250, circunstancias que de ser ciertas excluirían toda posibilidad de que Jacobo de Ravanis fuese el autor de la obra en cuestión. Por su parte, Pecorella rechaza, por no considerarlos decisivos, todos los argumentos de Meijers, y se inclina por atribuir la paternidad de la *Summa* a Ravanis.

No es éste el momento de repetir la argumentación de Meijers ni las objeciones de Pecorella, pero sí conviene advertir que este último tampoco llega a conclusiones definitivas sobre el problema. En efecto, el autor señala dos frases de la *Summa* que permiten dudar de la paternidad de Ravanis: en la primera se afirma *actiones invente [esse] de iure civile*, oponiéndose a la tesis de los ultramontanos; la segunda implica que el autor de la *Summa* consideraba el Derecho feudal como *ius non scriptum*, en oposición a la opinión que Ravanis sostiene en su *Lectura in D. vetus* (vid. página 22, nota 45 ter).

La *Summa Feudorum* no se conserva completa en el manuscrito 1.227. Comparada con los *Libri Feudorum*, ofrece un orden diferente y rúbricas nuevas. En todo caso en ella se recoge un sistema feudal ya degenerado. El feudo ha perdido sus características de institución de Derecho público para convertirse en una forma de contrato agrario. Para darse cuenta de ello basta comprobar cómo el autor de la *Summa* no incluye entre los elementos esenciales del feudo el *servitium*. Se citan como normales y posibles los feudos *ad nullum servitium*, *ad servitium praeteritum*, *sine fidelitate*. De otra parte, el feudo es divisible y transmisible en favor de los herederos: buena prueba de que en la relación feudal predomina en estos momentos el carácter real sobre el personal.

Recueils de la Société Jean Bodin.

Recientemente han sido reeditados los tomos I y II de la colección de la Société Jean Bodin, dedicados a «Les liens de vassalité et les immunités» (2.^a edición revisada y aumentada) y a «Le servage». En ellos figuran dos estudios de los profesores García de Valdeavellano y Verlinden, que versan, respectivamente, sobre los lazos de vasallaje y las inmunidades, y sobre la condición de la población rural en la Edad Media española. Por la importancia de los temas y por la categoría científica de los citados profesores, se ha creído oportuno ofrecer aquí una información de dichos trabajos. Al mismo tiempo, y puesto que tampoco habían sido reseñados en este AHDE, aprovechamos la presente ocasión para referirnos a dos comunicaciones del profesor Gibert presentadas en sendas reuniones de la citada Sociedad, y que fueron incluidas en los tomos VIII y X (años 1957 y 1958); tratan del Derecho privado de las ciudades y de la condición jurídica del extranjero a lo largo de nuestra Historia jurídica. También presentamos una breve noticia de la aportación presentada en 1949 por el profesor Verlinden sobre el gran dominio de los Estados ibéricos medievales (tomo IV).

Con estos resúmenes que ahora publicamos, y como en el anterior número de este ANUARIO apareció una reseña del tomo dedicado a la ciudad en el aspecto relativo a sus instituciones jurídicas y administrativas, tomo en el que iba incluido un trabajo del profesor Font Rius sobre nuestras ciudades (cfr. Muñoz Arracó, «La ville», AHDE, XXVII-XXVIII, págs. 1.247 y siguientes), quedan reseñados en el AHDE todos los trabajos incluidos en los Recueils de la Société Jean Bodin directamente referentes a nuestra Historia del Derecho.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis: *Les liens de vassalité et les immunités en Espagne* (Tomo I. 2.^a edición, 1957; págs. 222 a 255).—En su breve trabajo, el profesor Valdeavellano comienza por exponer sucintamente el planteamiento del problema del feudalismo en España. Alude a la ya superada opinión de Cárdenas, y pasa a explicar las ideas de Sánchez Albornoz acerca de los vínculos prefeudales de la España visigoda y de las causas por las cuales Castilla no se feudalizó en la misma medida y hacia las mismas fechas que los demás países de Europa. Con su habitual capacidad de síntesis, el profesor Valdeavellano traza rápidamente una clarísima descripción de los vínculos de vasallaje en los reinos asturleonés y castellano hasta el reinado de Alfonso VI.

La parte más interesante del trabajo es la dedicada al estudio de estas cuestiones en la Baja Edad Media, o más exactamente a partir del reinado de Alfonso VI. Es éste el momento en que por la intensidad de la influencia ultrapirenaica, se extienden por Castilla las prácticas feudales, aparecen algunos feudos propiamente dichos, son más numerosas las inmunidades, y los mandos de las circunscripciones terri-

toriales son atribuidos por el Rey a sus vasallos a título de concesión beneficiaria (hombres y tenencias). Sin embargo, el «clima histórico» ya no es adecuado para esta tardía difusión de los vínculos feudales en Castilla, y por ello esta influencia de las ideas feudalizantes no logró modificar los fundamentos esenciales del Estado y de su Administración.

El «feudalismo de última hora castellano» tiene sus peculiaridades. Así, la de que la mayoría de los infanzones, o fijosdalgo, vasallos de un alto noble, recibieran de éste, como recompensa del «servicio señalado que les ayan de facer», una soldada; lo cual produce la distinción entre «vasallos de criazón» y «vasallos de soldada», «los unos, que —los ricoshombres— crían e arman e casanlos e heredanlos» (Fuero Viejo, I, 1, 2); y los otros, que reciben solamente una cantidad de dinero y no tienen relaciones personales tan estrechas con el señor. Otra peculiaridad de los reinos occidentales de la Península son los caballeros villanos, quienes, en opinión de Valdeavellano, podían también ser vasallos de los altos nobles.

El vínculo de vasallaje se contraía, en la mayoría de los casos, por la ceremonia de besar la mano el vasallo «por reconocimiento de señorío». Este «besañanos», calificado por la Partida 4, 25, 4 como «antigua costumbre de España», es el rito equivalente a la *inmixtio manuum* típica de Francia, y que, aunque aparece citada en algunas fuentes castellanas (así en la *Cronica Adefonsi Imperatoris*, edición Sánchez Belda, pág. 53), debió ser menos frecuente que el acto de besar la mano al señor, muy minuciosamente regulado, por ejemplo, en la Partida 4, 25 5. A continuación, el profesor Valdeavellano estudia las causas por las que podía romperse el vínculo del vasallaje. Con particular detenimiento examina la *ira regis*, refiriéndose a sus causas, a las obligaciones que conservaba el vasallo con su señor y Rey a pesar de la situación de malquerencia real, a las formas de recuperar la gracia real, y a las obligaciones de quienes fueran vasallos (de criazón o asoldados) del noble caído en la ira del Rey. Al tratar estas cuestiones, aunque el profesor Valdeavellano se refiere preferentemente a Castilla, cita también las peculiaridades presentadas por las fuentes navarras o aragonesas. Lo mismo hace al exponer las obligaciones mutuas del señor y el vasallo.

Respecto al vasallaje y las inmunidades en Cataluña, se limita a recordar la vinculación catalana al imperio carolingio y a indicar que por ello Cataluña se feudalizó muy pronto a la manera francesa. No obstante, hace constar alguna institución típicamente catalana, como la diferencia entre el homenaje *solidus* y el *non solidus*, con la distinta vinculación respecto al señor que el vasallo tenía en uno y otro caso. Finalmente, el profesor Valdeavellano hace una breve exposición del problema de las inmunidades en Castilla, siguiendo y resumiendo—como expresamente lo dice—las páginas consagradas a ellas por Sánchez Albornoz.

El principal mérito del profesor Valdeavellano es haber sabido condensar magistralmente en un útil resumen las cuestiones más importantes relativas a los vínculos de vasallaje, y el de haber seleccionado acertadamente un manojo de textos claramente ilustrativos de las afirmaciones contenidas en su trabajo.

(El lector debe subsanar algunas erratas de imprenta cometidas en las notas al texto. Así, el fragmento de las Partidas incluido en la nota (3) de la pág. 236-237 pertenece a la P. 4, 25, 4—allí no se dice a qué ley corresponde—; en pág. 240, el texto de la nota (2) no es de la P. 4, 25, 5, sino de la P. 4, 24, 5, y en pág. 246 en nota (2), donde dice Partida IV, 25, 3, debe decir IV, 25, 1.)

VERLINDEN, Charles: *La condition des populations rurales dans l'Espagne medievale* (Tomo II, 2.^a edición, 1959; págs. 169 a 200).—Antes de estudiar directamente la condición de la población rural medieval, el profesor Verlinden fija la atención en la sociedad campesina de la España visigoda. Dentro de la «villa», Verlinden distingue a los «servi (*rustici e idonei*)», los libertos y los libres encomendados. Los *rustici*, aunque según el Liber eran de inferior condición que los *servi idonei*, consiguieron un más rápido avance hacia su emancipación. Situados geográficamente lejos de su señor y de la vigilancia directa de éste, fueron acercándose cada vez más a una vida de hombres libres, mientras que los *servi idonei* continuaron constantemente en una situación inferior, sin salir de su categoría de siervos domésticos. Junto a ellos aparecen los libertos, cuya condición jurídica es siempre peor que la de los libres ingenuos. Y, finalmente, los *encomendati*, hombres libres que pueden romper en cualquier momento su vínculo de dependencia respecto a su señor, y que pese a ser calificados en los textos legales como *ingenui minoris dignitatis*, de hecho tenían plena libertad de movimientos, y estaban realmente equiparados a los demás libres, como lo demuestra el hecho de que su «wergeld» o composición era la misma que la generalmente establecida para los hombres que gozaban de libertad.

En relación con la continuidad del proceso de independencia de los colonos visigodos, Verlinden examina la situación de los colonos de la España musulmana. Según él, el antiguo colono visigodo, por influjo del Derecho musulmán, se ha transformado jurídicamente en un hombre libre, si bien de condición inferior. «Su libertad de movimientos está evidentemente restringida por los vínculos que lo ligan a la propiedad territorial de que depende, pero su libertad personal es completa.» En suma: la evolución comenzada en la época visigoda ha continuado en la misma línea durante la dominación musulmana, y ha producido un resultado «que no se hubiera obtenido sin la cesura del 711: el de dar a la gran masa de la población rural la libertad personal». Por lo que respecta a la España cristiana «la falta de hombres al principio de la Reconquista» hizo que muchos de los «servi» de origen visigodo fueran transformados

por sus señores en «possessores» de la tierra, prolongándose así el proceso de independencia y adquisición de libertad de los antiguos colonos visigodos. La continuidad entre la época visigoda y la medieval en este punto es tan clara para Verlinden, que considera que los «iuniores de cabeza» de las fuentes leonesas y castellanas son los sucesores directos de los antiguos colonos, mientras que los «iuniores ex hereditate» (sic) serían sucesores de los libertos de la época visigoda. Y como la terminología de las fuentes navarras es equivalente, cuando habla de «collazos» y «solariegos», a la de las fuentes castellano-leonesas en su distinción entre «iuniores de cabeza» y «de heredad», resulta que, en opinión de Verlinden, esta continuidad se daría no sólo en Castilla, sino también en otros territorios peninsulares. En conclusión: el proceso de independización y liberalización de los colonos visigodos, ya iniciado, precisamente, en aquella época, se mantuvo durante la Reconquista, tanto en la España cristiana como en la musulmana.

Sin entrar a discutir a fondo las afirmaciones del profesor Verlinden, creemos que su tesis es un tanto objetable, sobre todo, a la luz del reciente trabajo del profesor García Gallo sobre «El hombre y la tierra en la Edad Media leonesa». (El testimonio agrario) (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1957; págs. 319 a 372). En primer lugar, el profesor García Gallo considera que es una simple hipótesis insuficientemente demostrada, la idea (sustentada por el propio Verlinden en anteriores trabajos y por otros autores como Herculano, Gama Barros y Sánchez Albornoz) de la continuidad de los colonos visigodos en la época de la Reconquista. Pero, además, el citado profesor da a los «iuniores de cabeza» y a los «iuniores per hereditatem» (sic) una interpretación muy distinta a la del profesor Verlinden. Aunque sin considerar definitivamente zanjada la cuestión a favor de ninguna de dichas tesis, creemos que la del profesor García Gallo está más cerca de los textos que la del profesor Verlinden, cuya construcción quizá peca un poco de ser excesivamente teórica, al menos tal como aparece expuesta en este trabajo.

Seguidamente, el profesor Verlinden alude a los nombres de behetría castellanos exponiendo a este respecto la doctrina de Sánchez Albornoz en sus fundamentales trabajos sobre la materia. Por último, examina la situación de los payeses de remensa catalanes, tanto en las cuestiones de los malos usos como en lo relativo a su sublevación en el siglo xv y a la Sentencia arbitral de Guadalupe, y dedica unas palabras acerca de la población rural aragonesa, mallorquina y valenciana.

La comunicación del profesor Verlinden es, pues, un atinado resumen de la bibliografía española sobre el tema, unido a personales ideas de la historia de nuestras clases sociales, materia ésta a la que tanta atención ha dedicado el profesor citado. No hay duda de que por ello los historiadores del Derecho español debemos al profesor Verlinden

gratitud, especialmente teniendo en cuenta su afán por hacer progresar nuestra Historia social y jurídica, y la valía intrínseca de sus aportaciones.

VERLINDEN, Charles: *Le grand domaine dans les Etats ibériques chrétiens au moyen âge. Etat de la question et introduction à l'étude du problème* (Tomo IV, págs. 177 y sigs.).—Como indica en el subtítulo, el profesor Verlinden no pretende aportar con estas páginas nada original sobre la formación de los dominios en la Edad Media, sino tan sólo ofrecer un resumen de lo ya investigado. Dentro de esta línea, Verlinden trata someramente de los repartos de tierras entre visigodos e hispanorromanos, y considera como caracteres fundamentales del dominio visigodo los siguientes: a) multiplicación de la propiedad dispersa; b) aumento considerable de las tenencias de tierras; c) tendencia hacia patriarcalismo y hacia la sustitución del simple propietario por el señor; d) existencia de cuatro clases de dominios: los del fisco real, los antiguos dominios imperiales enajenados ahora en beneficio de la Iglesia o de nobles, las *tertia romanorum* y las *sortes gothicae*. En la España musulmana la evolución del gran dominio está caracterizada por: la desaparición progresiva de la mano de obra esclava, y, en consecuencia, por el aumento de las relaciones de colonato. También se observa la disminución progresiva del nivel de vida de la población rural, pese a mantener, y aun a mejorar, su condición jurídica. Respecto a los dominios de la España cristiana, resume los trabajos de Ramos Loscertales y de Prieto Bances sobre los dominios de San Juan de la Peña y San Vicente de Oviedo. Alude también a la población rural, repitiendo consideraciones ya expuestas en el estudio dedicado a ella. Termina su breve comunicación con una referencia a la evolución de la propiedad territorial en Portugal.

GIBERT, Rafael: *El Derecho privado de las ciudades españolas durante la Edad Media* (Tomo VIII, 1957; págs. 181 a 218).—Según afirma el profesor Gilissen en la página siete de este mismo tomo, el Comité de la Sociedad presentó a cada comunicante un esquema teórico al que debían ceñirse en sus respectivas exposiciones. Las partes de que había de constar cada trabajo eran tres, cada una de las cuales contendría el estudio de uno de los problemas siguientes: I. ¿Hubo un Derecho privado urbano? II. En caso afirmativo, ¿en qué época y por qué causas aparece? III. Particularidades del Derecho privado urbano respecto a: las personas, los bienes, las sucesiones, el régimen matrimonial, las obligaciones y el procedimiento civil. Por supuesto, tales cuestiones debían centrarse en cada comunicación al país y época elegidos por el autor. El esquema era, pues, ambiciosísimo, omnicompreensivo. Abarca el estudio de problemas relativos a la formación del Derecho (los puntos I y II), y a su contenido interno (el III). Ello obliga inevitablemente a una difícil síntesis de cuestiones que por su complejidad intrínseca se resisten a ser tratadas tan escuetamente. Bajo la obligada tónica de

la concisión, el profesor Gibert comienza por establecer la distinción entre el Derecho urbano y el territorial en León, Castilla, Vascongadas, Navarra, Aragón y Cataluña, señalando en cada caso los más intensos focos de formación del Derecho. Alude también el caso de Valencia, donde por su tardía Reconquista y por la extensión territorial de los Furs, no existe oposición entre el Derecho urbano y el rural, sino que todo es Derecho urbano territorializado. La mayor o menor oposición entre el Derecho de la ciudad y el del territorio circundante dependerá de que éste pertenezca a aquélla, o sea, por el contrario, de propiedad señorial, en cuyo caso se puede comprobar cómo por la completa diferencia entre el Derecho señorial y el urbano, la oposición entre el Derecho de la villa y el del territorio será notoria. Tal es el caso de Santiago de Compostela, ciudad rodeada de un extenso señorío eclesiástico. Muy otro es el caso de los poderosos concejos que se forman, al sur del Duero (Avila, Salamanca, Segovia), que ejercen su jurisdicción sobre un territorio poblado de aldeas, cuyos habitantes se rigen por el Fuero de la ciudad principal, si bien sin gozar de todos los derechos tienen los habitantes del núcleo urbano.

El profesor Gibert expone las causas de la aparición de las ciudades y de sus respectivos Derechos, señalando una primera fase de concesión de privilegios—siglos x y xi—, una segunda de fijación por escrito de los Derechos urbanos—siglo xiii—, con la que coincide la inmovilización del sistema, y una tercera fase de influencia creciente del Derecho romano canónico de la Recepción. Finalmente, la tendencia a la territorialización del Derecho local y la pugna de éste con el Derecho real, determinan la decadencia del Derecho de las ciudades, y su postergación en la Baja Edad Media y Edad Moderna, a partir del Ordenamiento de Alcalá.

Tras referirse brevemente a los fenómenos de la uniformidad de los derechos locales de una misma zona, y al de la unidad de los ordenamientos locales con independencia de las clases sociales, estableciendo diferencias personales sólo entre vecinos y extranjeros o entre vecinos de distinta procedencia o raza (caso de los mozárabes y cristianos en Toledo), estudia los cuatro elementos fundamentales de la formación del Derecho privado de las ciudades: la costumbre, los privilegios, la jurisprudencia y la ley. La costumbre proporciona el contenido más extenso de los Derechos urbanos, y cuando a comienzos del siglo xiii empieza a dominar la concepción legislativa del Derecho, las redacciones escritas del Derecho de cada ciudad siguen tomando como elemento básico las costumbres respectivas. Pero si «la costumbre proporciona los materiales de fondo del Derecho urbano, los privilegios le dan su armadura fundamental y hacen posible la vigencia del conjunto». El contenido de tales privilegios es, por supuesto, muy diverso, pero suelen versar muy frecuentemente sobre cuestiones de Derecho Público o de procedimiento. Por otra parte, el cuadro viene a completarse con los usos

judiciales, esto es, con las sentencias dadas por los jueces locales, que luego se conservan y repiten y que suelen ser incluidas en las redacciones del Derecho local. Principalmente Castilla es el país de las «fazanas», del Derecho judicial. Finalmente, la ley es un modo de fijación del Derecho de la ciudad que a veces engloba todos los demás. En ocasiones una disposición real relativa a una ciudad contiene la concesión a ésta de un Fuero ya formado en otra localidad. Pero la forma específica de la ley real «es la disposición general por virtud de la cual se modifican los Fueros municipales»; hay veces en que las reformas del Derecho de la ciudad se llevan a cabo en colaboración entre el Concejo y el Rey. También ha de incluirse como manifestación del elemento legal en la formación del Derecho local, la facultad que el concejo municipal tiene para hacer por sí mismo ordenanzas en las que aclare o modifique el Derecho de la ciudad.

En la última parte de su trabajo el profesor Gibert ofrece un análisis del Derecho privado urbano, siguiendo la división del esquema teórico presentado por el Comité de la S. J. Bodin. Respecto a las personas la característica más acusada en el Derecho local es la libertad de los habitantes de la ciudad, que contrasta con la situación, en ocasiones «emiservil», del campesino de los señoríos. Las ciudades de zonas fronterizas o peligrosas, en general, suelen ser lógicamente las más generosas en la concesión de libertades a sus pobladores: tal es el caso, por ejemplo, de Cuenca, de Sepúlveda o de Coria. Quizá, como hace ver el profesor Gibert, el aspecto en que más intensamente se nota la peculiaridad del Derecho local es en materia de bienes. «Se afirma en él un concepto de propiedad única, plena y libre, frente a la propiedad dividida, limitada e intervenida del Derecho señorial». Generalmente se permite también la libre adquisición y disposición de bienes, sin más limitaciones a veces que la de impedir que adquieran los bienes inmuebles los habitantes de otra ciudad, o la de procurar que la propiedad territorial no sea acaparada por la nobleza (cfr. en este sentido Fuero de Jaca de 1064 o el de Toledo de 1101, o el § 76 del Fuero de Zamora). En materia de sucesiones es también típico del Derecho urbano la eliminación de usos señoriales, tales como la mañería castellana. También es de interés algún otro privilegio sucesorio como el del testamento sacramental recogido en «Lo Recogoverunt proceres», § 48, y en menor medida en otros textos catalanes del Derecho urbano. Finalmente, el profesor Gibert indica unas cuantas características del régimen matrimonial de bienes (así la variable cuantía de la dote, según que la mujer sea vecina de la ciudad o de la aldea), o el frecuentísimo empleo de la prenda extrajudicial, o la existencia de los contratos de servicios, o la fundamental característica en el ámbito procedimental de tener jueces propios, elegidos en la misma ciudad y que juzgarán con arreglo al Derecho de ésta, si bien existiendo siempre un superior orden de apelación, bien real, bien señorial, según la condición de la ciudad en cada caso concreto.

Por nuestra parte hemos querido ofrecer simplemente un esquemático resumen del sustancioso trabajo del profesor Gibert.* Sólo conociendo perfectamente todas las cuestiones, tan complejas, de nuestro Derecho local, es posible hacer, como lo ha hecho el profesor Gibert, un resumen en el que no sobre ni falte nada y en el que el lector pueda encontrar orientación para ulteriores y más detenidos estudios.

GIBERT, R.: *La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho local español* (Tomo X, 1958; págs. 151 y sigs.).—El profesor Gibert divide este trabajo en cuatro partes: A) los extranjeros en general; B) los extranjeros cualificados; C) naturalización de extranjeros, y D) condición de los extranjeros. En relación con estos problemas estudia y sintetiza las fuentes de todos los territorios españoles, abarcando, además, la evolución completa de nuestra historia, ya que suele comenzar por aludir en cada problema al Derecho romano o al visigodo, para acabar refiriéndose al Derecho hoy vigente, tras haber expuesto todas las fases intermedias. En este sentido el título resulta un tanto escaso en relación con el contenido del estudio.

Dentro del primer apartado trata del concepto de extranjero en cada época, y puesto que se ha de ser extranjero con relación a algo, a algún determinado grupo social, el profesor Gibert examina las dos extranjerías que se han dado a lo largo de nuestra historia: la de los extranjeros al reino y la de los extranjeros a la ciudad. Con relación a los primeros expone la formación y proceso de independencia de los distintos reinos peninsulares, primero el visigodo y después los que se van constituyendo a lo largo de la Reconquista, y al filo de esta enumeración va indicando la situación de los naturales de cada reino respecto a los demás. En líneas generales puede decirse que los naturales de León, Castilla, Portugal, Vascongadas, Navarra, Aragón, Cataluña, Mallorca y Valencia son extranjeros en los demás reinos, con la sola excepción de la constitución por León y Castilla de un solo reino a partir de Fernando III (1230), en el que por la existencia de una sola naturaleza política no hay posible extranjería entre leoneses y castellanos. Los territorios que se incorporan por conquista a la Corona de Castilla en el siglo XIII (Badajoz, Sevilla, Jaén, Murcia) comprenden también una sola naturaleza política: la castellana. Sin embargo, las Provincias Vascongadas pese a sus pactos con la corona de Castilla (Guipúzcoa en 1200, Alava en 1332 y Vizcaya en 1379) conservan sus propias instituciones y personalidad política, y por ello, los castellanos y los vascos son extranjeros entre sí. Lo mismo sucede entre Castilla y Navarra tras la incorporación de ésta a la Corona castellana en tiempos de Fernando el Católico. Por su parte, los Reinos de la Corona de Aragón, puesto que su unión es sólo personal, conservan independientes sus respectivas naturalezas políticas, siendo, pues, extranjeros entre sí catalanes, aragoneses y valencianos, con la sola excepción de la común naturaleza po-

litica que en algunos aspectos tienen catalanes y mallorquines. También son extranjeros entre sí los aragoneses (en sentido lato) y los castellanos aun después de la unión de Fernando e Isabel. En la Edad Moderna se observa una fuerte tendencia a la unidad, representada por la política unificadora de Felipe II y luego por la del Conde-Duque de Olivares. No obstante, los intentos de uno y otro tienen poco éxito (recuérdese la sublevación catalana de 1640) y de hecho los primeros y eficaces pasos legislativos hacia la unidad de naturaleza de todos los súbditos del Rey de España se dan con los Decretos de Nueva Planta de Felipe V. Y en el siglo XIX, especialmente al final de las guerras carlistas, se afirma y logra la unidad constitucional de la Monarquía, con la introducción de la idea de Nación. «La pertenencia a la Nación y su reverso la extranjería se configuran ahora definitivamente». Para la determinación de quién es natural y quién extranjero, históricamente se han barajado los criterios del *ius soli*, del *ius sanguinis* y del domicilio, hasta desembocar en el Decreto de extranjería de 1852, en el Código civil y en la actualmente en vigor Ley de la Nacionalidad de 1954, en los cuales se observa una notable fidelidad a los criterios tradicionales de nuestro Derecho.

Con relativa independencia de la anterior extranjería ha existido la condición de forastero o extranjero a la ciudad. Ya en la época de la dominación romana surge esta realidad. Inicialmente las ciudades hispanas son todas peregrinas, pero, sobre todo a partir de la concesión del *ius latii* por Vespasiano, quedaron transformadas en municipios. En ellos, los «latinos» adquirirían la ciudadanía tras haber ejercido las magistraturas locales, ciudadanía que se hace extensiva también a sus descendientes; ahora bien, para gozar del carácter de *cives* se exige la pertenencia de cada individuo a una ciudad. Y por ello, el concepto y régimen jurídico (*status*) de peregrino, «deja de aplicarse a los que son ajenos a la totalidad del Imperio, y sirve para designar a los que son ajenos a una determinada ciudad». Pasado el bache que supone la época visigoda con su decadencia del régimen municipal, la extranjería local resurge en la Alta Edad Media. «Para valorar debidamente las consecuencias de la extranjería local debe tenerse en cuenta que la fijación del Derecho en la Edad Media se ha realizado principalmente en la esfera urbana, y que existe una verdadera incomunicación entre los círculos jurídicos locales, con excepción de los pocos casos del Rey y el atributo superior de la justicia regia.» Como caracteres más importantes o principios generales del régimen de extranjería local en la Edad Media, podemos señalar los siguientes: a) la consideración del extranjero es más benigna en los tiempos de la repoblación o en las ciudades de tipo fronterizo: en tales circunstancias el forastero es tenido como un poblador más con igualdad de derechos; b) tanto en territorios catalanes como en villas castellanas existe una tendencia clara a conceder la vecindad a los que residen en la ciudad cierto tiempo y están vinculados a ellas, bien por propiedades inmuebles o bien por

haber contraído matrimonio con una ciudadana; c) junto al forastero incorporado al régimen propio de la ciudad por alguna de estas circunstancias, existe el «albarrán» o extranjero propiamente dicho, cuya situación jurídica en la ciudad es casi completamente negativa.

Cuando en la Edad Moderna se supera el antiguo localismo jurídico subsiste a veces, sin embargo, la confusión entre la vecindad local y la nacionalidad, no aclarándose completamente el problema de si tiene o no tiene ganada nacionalidad, el extranjero vecino de una ciudad, hasta la actual Ley de Régimen Local de 1955.

Por otra parte, no todos los extranjeros han tenido la misma situación jurídica. Los ha habido calificados, esto es, con régimen especial, si bien esta particularidad de trato no siempre ha significado el disfrute de ventajas. Durante la época visigoda, y muy destacadamente durante la Alta Edad Media, los mercaderes han sido objeto de una clara protección jurídica, favoreciéndose con ello la afluencia de comerciantes y abastecedores a las ciudades. También en los siglos medievales fueron considerados como extranjeros privilegiados los peregrinos o romeros; pero en la Edad Moderna se registran ciertas limitaciones en este sentido, sin duda para cortar abusos que los peregrinos cometían a veces, al amparo de dichas protecciones y ventajas. De modo análogo han sido siempre distinguidos con un trato favorable los embajadores y los extranjeros que tuviesen expedido a su nombre un salvoconducto real. Finalmente, los pactos celebrados por comunidades políticas extrañas entre sí han determinado siempre una condición especial del extranjero, procurándose como tónica general (tanto en los pactos de hospitalidad prerromanos, como en los tratados comerciales entre ciudades en la Baja Edad Media, o como, más recientemente, en los propiamente dichos tratados internacionales), lograr una situación de reciprocidad entre los miembros de cada una de las comunidades políticas firmantes del pacto o tratado. Dentro del grupo de extranjeros con régimen especialmente desfavorable, podemos citar a los judíos y moros, si bien a veces los judíos han poseído una situación de casi completa asimilación con los cristianos; y más modernamente a los gitanos.

Como formas de obtener la naturalización, el profesor Gibert estudia, en primer lugar, la carta de naturaleza. Una distinción muy importante se puede apreciar en este punto: mientras en Castilla durante toda la Baja Edad Media y parte de la Moderna los reyes concedían directa y personalmente cuantas cartas de naturaleza querían (lo cual determinó algunas protestas de las Cortes, como la de las de Santa María de Nieva en 1473), en Aragón y en Navarra las Cortes se reservaron siempre celosamente la facultad de dar cartas de naturaleza. Para Castilla, pero ya en 1715, Felipe V. a consulta de su Real Cámara, decidió que de allí en adelante los reyes no pudiesen otorgar cartas de naturaleza sin el consentimiento de las ciudades y villas con voto en Cortes. Las Consti-

tuciones decimonónicas y la moderna legislación civil han conservado este modo de obtención de la nacionalidad española.

A partir del siglo xvi los católicos tuvieron a su favor otro medio de obtener la naturaleza en España, su matrimonio con mujer natural en el Reino. El vínculo matrimonial en estrecha relación con el domicilio se considera frecuentemente como procedimiento suficiente para la adquisición de la naturaleza española. Particularmente se observa así en el llamado «fuero de población» de los colonos extranjeros de Sierra Morena en la repoblación y colonización dirigida en dicha zona por Olavide en pleno siglo xviii. (Cfr. la Instrucción de 1767 en NoR 7,22,3 y no en la NoR 7,22,1, como por error de imprenta se dice en el texto.) Durante este siglo xviii y como consecuencia de esta tendencia a considerar matrimonio y domicilio como causas de obtención de la naturaleza en el Reino, quedan confundidas—como ya insinuábamos—la vecindad local y la nacionalidad.

En cuanto a Indias, hasta 1608 no hubo un sistema fijo de regulación de la situación de los extranjeros. En esta fecha se establece que sean naturales los extranjeros que estén casados en Indias, tengan allí cierta cantidad de bienes raíces y lleven veinte años de residencia. Poco después se añade a tales requisitos personales, el pago de un tributo proporcionado a la actividad económica que desarrolle el extranjero en Indias, y que se llamó «composición».

Por último, el profesor Gibert expone con exclusión de las particularidades ya estudiadas anteriormente, el régimen o condición normal del extranjero. Para ello va señalando los derechos y prohibiciones que los extranjeros tuvieron en orden a los cargos públicos, sistema de marcas o represalias, Derecho civil, Derecho penal, y en materia de procedimiento y Tribunales especiales. Para no hacer excesivamente amplia esta reseña del densísimo trabajo del profesor Gibert, nos limitaremos a decir que también en estos puntos estudia las fuentes de todos los territorios y épocas, sintetizando los caracteres o datos más importantes y significativos en cada materia.

La comunicación del profesor Gibert significa una labor original acerca de estos importantes problemas. Sintetizar trabajos científicos propios o ajenos para dar una visión de conjunto es siempre difícil; pero lo es mucho más resumir en pocas páginas una tan profunda y vasta investigación personal como la que el profesor Gibert ofrece condensada aquí. Creemos ocioso, pues, insistir más en el mérito e interés del presente trabajo.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

Revista Chilena de Historia del Derecho números 1 (1959) y 2 (1961). Editorial Jurídica de Chile: 87 y 108 págs.

Bajo la dirección de Alamiro de Avila Martel, favorablemente conocido por su excelente *Curso de Historia del Derecho* y otros notables estudios,

aparece ahora esta revista, correspondiente a las tres cátedras histórico-jurídicas de la Universidad chilena: la historia del derecho (hispanico), la historia constitucional de Chile y el derecho romano. Sus redactores reconocen como maestro a Aníbal Bascuñan Valdés. Inaugura la colaboración el meritísimo argentino Ricardo Levene (†), con unas *Notas para la historia de los abogados en Indias*, referidas sobre todo al papel de este estamento en la revolución independista. Ricardo Donoso se ocupa de *José Joaquín de Mora y la Constitución de 1828*; Mora era un liberal español emigrado en Inglaterra. Avila Martel da una nota bibliográfica sobre *Las primeras ediciones de la constitución de 1833*. M. Salvat Monquillot estudia *El tributo indígena en Chile a fines del siglo xvii*; el tributo fué reordenado por la Real Audiencia en 1696. M. Teresa Esterio Steven da cuenta de los trabajos de catalogación del *Archivo de la Contaduría Mayor* (en el Nacional de Chile) importante no sólo para el régimen financiero indiano y nacional, sino también para las instituciones municipales y judiciales, enseñanza, beneficencia, correos, ejército, asuntos eclesiásticos, minería, etc. En documentos, la investigadora española Carmen Pescador publica y comenta *Un documento curioso sobre el descubrimiento de América*, un proyecto de descubrimiento muy semejante al de Colón, no se sabe si anterior o contemporáneo. Avila Martel, otro sobre *Condición de los reos cumplidos en el presidio de Valdivia en 1771*, retenidos eventualmente para servicio militar. Fdo Toro Galand, *Una carta inédita sobre las «Leyes Nuevas»*, se trata de una carta del Consejo de Indias en contestación a la Real Consulta de Carlos I relativa a la aplicación de dichas leyes.

El número 2 contiene un homenaje a Levene, fallecido en 13 de marzo de 1959. Sánchez Albornoz (págs. 11-21) diserta abundantemente en favor de su opinión sobre los «leudes», frente a A. d'Ors. M. Salvat Monquillot ofrece textos y observaciones sobre capacidad civil en el antiguo derecho castellano, y Norma Mobarec Asfura una labor análoga sobre condición de los moros en los fueros (págs. 36-52). Como un aspecto de la Revolución interesan las discusiones sobre el autor del «Catecismo político cristiano», que circuló por Chile en 1810, que revisa F. Campos Harriet (pgs. 53-60), es una obrita en favor de la República, contra la Monarquía española. La señorita Pescador prosigue un estudio sobre el documento editado en el número primero y precisa que es posterior al primer viaje. Avila Martel edita y comenta las *Instrucciones para la guerra de Arauco dadas por Acuña y Cabrera para las campañas de 1654 y 1655* (págs. 68-79). Las habituales secciones de bibliografía y crónica cierran estos primeros números de la revista, manifestación del florecimiento de nuestros estudios en Chile, que debemos admirar y alentar.

ROBLEDA, O., S. J.: *Ius privatum romanum I. Introductio*. Pontificia Univ. Gregoriana, Romae 1960, 335 págs.

El Padre Robleda, profesor de Derecho Romano de la Universidad Gregoriana, nos ofrece la primera parte de una cuidada obra en lengua latina destinada a los estudiantes de derecho canónico de las Universidades eclesíásticas. Este libro, que responde a una exigencia didáctica bien determinada —faltaba un manual reciente y moderno en el latín hablado en las Universidades y centros de enseñanza de la Iglesia— se presenta con todos los atributos de un moderno manual de la especialidad y contiene muy completas referencias bibliográficas tanto sobre los temas generales como sobre los particulares de que trata.

En este primer volumen introductivo pueden distinguirse dos partes: la 1.^a dedicada a la supervivencia, enseñanza y periodificación del Derecho Romano y una extensa 2.^a parte dedicada a las fuentes. Sobre determinadas cuestiones y esquemas, el autor de esta reseña mantiene criterios diversos que no afectan en lo esencial al juicio positivo que indudablemente el libro merece.

En el primer capítulo, el Autor trata de la actualidad y supervivencia del Derecho Romano en Oriente y en Occidente con muy cuidadas referencias a la historia de la tradición romanística en los países de Occidente. Digno de especial relieve es el resumen sobre la historia de la tradición romanística en España, olvidada inexplicablemente en la obra de Koschaker. En una segunda parte del capítulo, el Autor se ocupa de la perfección intrínseca del Derecho Romano poniendo de relieve la utilidad para el jurista de la lógica romana y la eficacia de su sistema, del mismo modo que las restantes Humanidades clásicas preparan para el estudio de otras ciencias. Trata también el Autor del Derecho Romano en los Códigos europeos y de su valor de iniciación en las ciencias jurídicas, si bien deseáramos observaciones todavía más amplias en esta materia, de forma que resultara el cuadro aún más completo sobre la misión actual del Derecho Romano. Me parecen necesarias, en efecto, unas referencias a la función del Derecho Romano como base y fundamento común para la formación del derecho comparado, sobre lo que se ha venido insistiendo desde Wenger y Rabel hasta hoy. Aunque el Autor conoce y cita la reciente bibliografía sobre este tema, se echa de menos la cita de aportaciones de finales y comienzos de siglo.

El segundo capítulo se dedica a la enseñanza del Derecho Romano, tratando de los tres tradicionales cursos de Historia, de Pandectas y de Instituciones, con una completa referencia a las principales obras didácticas. Sobre la distribución de estas obras nos surgen algunas dudas: por ejemplo, incluiríamos mejor a Kaser, *Das röm. Privatrecht* I y II en la parte de *Tractatus*; notamos la ausencia de Schulz, *Classical Roman Law* (traducida al español recientemente) entre las obras institucionales, aunque aparece citado muchas veces en otros lugares del libro.

El P. Robleda se ocupa, en el capítulo sucesivo, de la periodificación

de la historia jurídica romana. Es éste el capítulo del libro que se presta a una posición más polémica y de contraste con las líneas seguidas por el Autor, que recogiendo algunas de las tesis sobre la periodificación sigue decididamente la propuesta por Riccobono. Aun reconociendo el indudable valor de la tesis del Maestro sobre el ininterumpido romanismo del «sviluppo» y la prevalencia de los factores internos sobre los externos, que marca una etapa fundamental en la historia de nuestra ciencia, creemos que es hoy necesario tomar posición frente a más recientes aportaciones metodológicas. Especialmente por lo que se refiere a la época postclásica, si bien el Autor cita en la nota 110 las recientes investigaciones de Levy, Wieacker y Kaser, la importancia que revisten bien merecía que el Autor hubiese tenido presente en el texto, y no solamente en nota, la influencia de las corrientes culturales vulgarizadoras junto a las helénicas y cristianas que explican, también en el ámbito de complejos fenómenos económicos y sociales, la intensa demolición del antiguo formalismo y el triunfo del dogma de la voluntad. Anticiparíamos también a mediados del siglo III el comienzo de la época postclásica y atribuiríamos un mayor valor a las alteraciones que se introducen en los textos en el paso del antiguo *Volumen* a la nueva forma del *Codex*. Fundamental es a este respecto el más reciente libro de WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*.

La parte más extensa del libro se dedica al estudio de las fuentes. Coincidiendo con la distinción tradicional de fuentes de producción y de conocimiento, el Autor distingue *fontes essendi* y *fontes cognoscendi*, con una nueva ordenación, en parte original, y procede a un detenido y cuidadoso estudio de cada una de las fuentes, adornado con amplia y seleccionada literatura. Entre los capítulos que tratan uno y otro tipo de fuentes el P. Robleda dedica un completo e interesante capítulo a las distintas clasificaciones del derecho, en el que toma posición frente a las diversas clasificaciones en orden a las categorías *ius publicum-ius privatum* y *ius commune-ius singulare*. En las fuentes de conocimiento, merece destacarse la clara exposición de la compilación justiniana, en la que el Autor da el debido relieve a los dos aspectos de derecho vivo y de derecho muerto, en la expresión de Riccobono. Tal vez debiera haberse insistido más sobre el clasicismo de Justiniano, siguiendo más de cerca las actuales tendencias de la doctrina. Las líneas que dedica a las interpolaciones son creves pero suficientes y únicamente pudiera haberse extendido más en las referencias a los glosemas y alteraciones prejustinianas. A este respecto son de gran interés los nuevos fragmentos de Ulpiano (PSI. 1.449) que han dado lugar a una viva polémica doctrinal.

Consideramos utilísimo el Apéndice final, *subsidia laboris*, con completas referencias a enciclopedias, vocabularios, etc., sobre todo, por contener un índice de siglas y abreviaturas usadas por los glosadores de gran utilidad práctica y que no se encuentra de ordinario en esta clase de obras. El libro se cierra con un completo índice alfabético de materias.

Este primer libro del P. Robleda nos permite abrigar fundadas espe-

ranzas en el resto de la obra que responde certeramente a una precisa exigencia divulgadora de las tradicionales instituciones romanas en las Facultades de Derecho Canónico.

M. GARCÍA GARRILO

SUÁREZ FERNÁNDEZ, LAIS: *Castilla, el Cisma y la crisis conciliar (1378-1440)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Medievales, Madrid 1960.

Se ha publicado ahora la obra de Suárez Fernández que obtuvo en 1953 el premio «Antonio de Nebrija», y que contiene un muy completo estudio de la postura del Reino de Castilla ante la gran crisis por que atraviesa la Iglesia desde los pontificados de Urbano VI y del antipapa Clemente VII hasta el de Eugenio IV.

Suárez Fernández aporta al conocimiento del tema una notable masa documental: ciento ochenta y un documentos ocupan dos terceras partes del volumen de cuatrocientas cincuenta páginas que nos ofrece. Trabajando sobre ellos, más que sobre una bibliografía que ha preferido reducir a lo más fundamental, el autor construye la historia que se propone presentar a los lectores: una historia trazada con maestría, obteniendo de los abundantes datos por él conseguidos un conocimiento vasto y profundo de los hechos, y exponiendo luego éstos de manera a un tiempo muy atrayente y rigurosamente científica. Indices muy cuidados de fuentes y bibliografía, documental y alfabético de personas y lugares enriquecen la utilidad del libro.

La contextura interna de la obra ha sido trazada de acuerdo con un orden cronológico: es el sucederse de los acontecimientos lo que va marcando el camino que la narración sigue. Pero, al examinar tanto el índice de los capítulos como el contenido de éstos, se observa que el autor ha sabido encontrar en el paso del tiempo las huellas que la ideología y las doctrinas van marcando: de esta forma, consigue caracterizar cada etapa por las principales teorías en pugna, y dar así la medida del desarrollo progresivo del Cisma de Occidente a través de sus repercusiones en Castilla y de la postura que en cada caso fué Castilla adoptando frente a aquél. Así, y aunque en el libro no aparezca otra división que la de los capítulos, pueden ser agrupados éstos de la siguiente forma: los dos primeros —«Los comienzos del cisma» y «Castilla bajo Clemente VII»— que abarcan los años en que el cisma nace y se consolida; del III al VIII —«La 'via cessionis'», «La sustracción de obediencia», «El fracaso de la sustracción», «La 'via compromissi'» «De la 'via compromissi' a la via conciliar» y «El acuerdo de Narbona»— dedicados al análisis de las diversas soluciones que se ensayaron para terminar con el cisma; el IX —«Los castellanos en Constanza»— que estudia el final del cisma; y los X, XI y XII —«De Constanza a

Basilea», «Los castellanos en el Concilio «y» La política de Castilla entre el Concilio y el Papa»— que concluyen con el estudio de los brotes conciliaristas, herencia del gran cisma, bajo Eugenio IV. Con tal esquema, puede el lector perfectamente situarse frente a los hondos combates de pensamiento y de intereses que se agitan a fines del siglo XIV, cuando las iglesias nacionales, en ocasiones incluso de buena fe, intentan el asalto del Papado para fraccionar la Iglesia mediante la implantación de un sistema conciliar de tipo autonomista, que había de suplantarse al universal primado de jurisdicción. Hubiera sido útil que los capítulos de la obra de Suárez Fernández se viesen agrupados como proponemos, o de alguna otra manera, para facilitar mejor la completa visión de los problemas, y evitar que éstos pierdan un poco su fundamental unidad —que naturalmente es más estrecha entre unos frente a otros— y su relación.

Es esta pérdida de la visión de conjunto el único reparo que cabe hacer al volumen que comentamos. No aparece en él una panorámica de los problemas, una exposición global del tema, quizá porque se ha prescindido casi siempre de poner en conexión las cuestiones que se tratan con el conjunto todo del gran tema en que deberían insertarse. Debido a ello, solamente quien conozca bien la historia del Cisma de Occidente estará en condiciones de comprender exactamente los aspectos del mismo que Suárez ha hecho objeto de su trabajo. Ello hace del libro una obra para especialistas, que se beneficiarán mucho con su publicación.

Otro mérito del autor ha sido el limitar con precisión su investigación al título que da a su obra, es decir, concretarse a la cara del tema que dice relación al Reino de Castilla. Al hacerlo así, proporciona al futuro historiador del cisma y de la crisis conciliar unos elementos parciales y monográficos, ciertamente, pero completos dentro de su preconcibida limitación espacial, que han de resultar extraordinariamente útiles para el estudio más amplio y directo del gran Cisma y del período conciliarista. La historia de los reinos hispánicos de aquella época, tan estrechamente ligados entre sí, sobre todo a raíz del reinado aragonés de Fernando de Antequera, se ha de ver asimismo en alguna parte enriquecida por las aportaciones que a ella realiza Suárez Fernández en esta valiosa obra.

ALBERTO DE LA HERA

TRIANAPHYLLOPOULOS, Ioannes K.: *Lex Cicerchia II* (Athens), 1959, xv + 165 págs. (en griego).

El autor cierra con este segundo tomo sus investigaciones acerca de los *praeiudicia* y, en especial, el relativo a la ley Cicerchia. Un amplio resumen alemán, en p. 143-165. La obra resulta de un interés mu-

cho mayor del que podría esperarse por el título, pues incide sobre muchos temas conexos a los que el autor aporta consideraciones originales y valiosas.

A. O.

VOLTERRA, E.: *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma. Ed. Ricerche 1961; 828 págs.

La aparición de un nuevo libro de instituciones de derecho romano es siempre motivo de satisfacción para los estudiosos que en él ven reflejados la personalidad del A. y su experiencia científica y docente. En este caso se trata de una obra densa y completa del profesor Volterra que sirve inmejorablemente a las finalidades didácticas a que se destina. La materia se expone con suficiente extensión y claridad, con abundantes referencias a las fuentes y sin indicaciones bibliográficas o doctrinales, aunque se citen a veces los nombres imprescindibles. El A. reserva estas indicaciones para un volumen complementario en el que vendrán indicados, en forma de anotaciones a los distintos capítulos, las principales aportaciones junto con las tendencias y métodos seguidos por la doctrina. Antes de la valoración definitiva de la obra completa, que haremos en su día, creemos de interés examinar ahora los criterios seguidos por el A. en este nuevo manual y las novedades más importantes que presenta.

En cuanto a la sistemática adoptada, el A. declara que el orden de las Instituciones de Gayo continúa siendo un modelo de claridad y de síntesis, que es el más adecuado cuando se trata de reconstruir el pensamiento jurídico romano, para lo que también deben tenerse presentes las experiencias de la sistemática moderna (p. 13). La obra aparece dividida, conforme a este criterio general, en una introducción y seis partes: la primera —concepto del derecho, sujetos y objeto (p. 45-187)— está dedicada a los conceptos y clasificaciones de derecho, a la exposición de los tres tradicionales *status* y a la doctrina del Negocio Jurídico; la segunda —defensa de los derechos, procedimiento civil romano (p. 191-265)— es una extensa exposición de las distintas fases del procedimiento; la tercera —derechos reales (p. 269-434)— sigue el orden tradicional con excepción de dos capítulos que preceden al de la posesión; la cuarta —derecho de las obligaciones (p. 439-635)— repeta fundamentalmente la sistemática pandectística; la quinta —matrimonio y relaciones patrimoniales entre cónyuges (p. 643-695)— supone una innovación respecto al sistema tradicional en cuanto se da particular relieve a esta materia separándola de la exposición general de la familia que se hace al tratar del *status familiae*; la sexta —sucesiones y donaciones (p. 699-826)— presenta también alguna novedad, como el estudio de legados y fideicomisos, en el contenido del testamento.

El A. se ha esforzado, por tanto, en revisar el tradicional sistema de este tipo de obras que deben siempre adecuarse al actual estado de la investigación y de la enseñanza. Nos parecen acertadas las innovaciones realizadas: el capítulo *in bonis habere* que precede a la posesión es muy útil para aclarar las ideas del alumno e introducirlo en la compleja materia; la exposición independiente del matrimonio y de las relaciones patrimoniales, junto con el parentesco y la filiación, respeta la tendencia romana a dar un mayor relieve a las instituciones centrales; la nueva exposición de la sucesión testamentaria constituye una más lograda elaboración sistemática de esta materia. Sin embargo, este manual, como tantos otros excelentes manuales modernos, quizá no haya llevado a sus últimas consecuencias estos sanos criterios innovadores. Por ejemplo, el A. reconoce que la teoría moderna de los tres *status* no encuentra una exacta correspondencia en las fuentes romanas, ya que los romanos no han concebido un *status libertatis* distinto y separado del *status civitatis* (p. 51), pero esto no le lleva a prescindir de esta poco precisa clasificación. Más fuertes raíces tiene todavía en la doctrina romanística moderna la clasificación pandectística de los contratos que, pese a sus lagunas e imperfecciones para hacer comprender el pensamiento clásico en esta materia, continúa a ser acogida, sobre todo en los libros dedicados a la enseñanza. Buena prueba ésta del profundo arraigo de ciertos esquemas en las concepciones actuales.

Con respecto a la autonomía del Derecho Romano, frente a los Derechos de la Antigüedad, el A., pone acertadamente de relieve como la pretendida visión unitaria del pensamiento jurídico de la humanidad parte de bases falsas y como la comparación del Derecho romano con otros derechos antiguos muestra que el romano constituye el único sistema que individualiza la norma jurídica separándola de la extrajurídica (p. 9). Esta afirmación del A., especialista en el estudio de los derechos orientales, es del mayor interés y merece destacarse frente a las actuales tendencias a sustituir la enseñanza del Derecho Romano por la de los Derechos de la Antigüedad.

Sobre la doctrina del Negocio Jurídico, el A. advierte explícitamente que, aunque sea útil para el encuadramiento de la casuística examinada en las fuentes, no ha sido formulada ni por los juristas clásicos ni por los justinianeos (p. 135). En la exposición de esta materia se sigue el sistema tradicional con frecuentes referencias a las fuentes y con abundantes ejemplos que contribuyen a hacerla más asequible.

En materia de derechos reales, merece destacarse el capítulo que el A. dedica al *ager publicus* y a los fundos provinciales, y a su gradual transformación en propiedades privadas, y el capítulo dedicado a la propiedad pretoria, que no venían siendo objeto de estudio independiente. En nuestra opinión, estos dos capítulos, junto con el de la posesión que

sigue, podrían servir mejor como introducción al estudio de la propiedad y de las acciones en defensa del dominio.

En el derecho de obligaciones, el A., consecuente con la sistemática adoptada, recoge todas las figuras y esquemas de la clasificación justiniana. Así, entre los cuasi contratos trata también los legados *per damnationem* y *sinendi modo*, la *pollicitatio*, las relaciones tuteladas por *condictiones*, etc. (vid. p. 543 ss.). También es muy completa la exposición de los cuasi delitos. Se da, por tanto, al alumno, un cuadro preciso del derecho de obligaciones en la definitiva regulación dada por los compiladores. El A. expone al final de esta parte la clasificación de las obligaciones que, si bien puede ser mejor entendida por el alumno como capítulo conclusivo, debe servir, sobre todo, de presupuesto para el estudio de toda esta materia.

Digna de especial mención es la parte dedicada al matrimonio y a las relaciones patrimoniales, donde el A. realiza una lograda síntesis de sus numerosas y conocidas aportaciones sobre estos temas. La concepción clásica y postclásica del matrimonio, con sus respectivos requisitos, los esponsales, el concubinato, la filiación y los distintos entes patrimoniales se exponen con gran claridad.

En el capítulo dedicado a la sucesión testamentaria, se distinguen claramente las formas clásicas de testamento de las postclásicas y justinianas. En el contenido del testamento, el A. agrupa con preciso criterio científico la institución de heredero, las manumisiones, la *datio tutoris* y los legados y fideicomisos (vid. p. 752 ss.).

El libro sugiere otros muchos comentarios que no podemos hacer en esta breve reseña y que reservamos para la recensión de la obra completa. Los particulares puntos de vista del A. pueden ser discutidos y ante ellos cabe adoptar posiciones diversas, sobre todo con respecto a su apego a ciertas doctrinas tradicionales, pero la obra debe ser estimada como una notable aportación a la enseñanza de las instituciones romanas, animada por el noble propósito de hacerlas más asequibles y cercanas a la mentalidad de los estudiantes a quienes se destina. La publicación de la segunda parte de la obra representará, además, para los romanistas un nuevo instrumento de trabajo.

M. GARCÍA GARRIDO

WIEACKER, Franz: *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*. 2.^a edición reelaborada y aumentada (K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1961), 332 págs.

Comprende diez trabajos ricos en ideas y muy sugerentes sobre los factores fundamentales del desarrollo jurídico romano. Precavemos al lector de que esta recensión da una idea muy relativa de la obra recen-

sionada, porque al estar tan cuajado de ideas su contenido, cada una de las páginas suscita nuevas y fecundas ideas.

La primera edición vió la luz en Leipzig —¡trágico destino de tantas ilustres editoriales lipsienses!— y era bastante distinta y menos voluminosa; comprendía cinco conferencias pronunciadas en años críticos para el DR en Alemania: 1938-44.

La segunda está enriquecida con cinco ensayos más, aparte los cambios introducidos en los de la primera, ya que, como dice el prólogo, el relativo a los juristas romanos exigía modificaciones, sobre todo gracias a las fundamentales investigaciones prosopográficas de Kunkel, el del pretor, gracias a las recientes investigaciones procesales especialmente de Kaser, Broggin y Jahr, y el relativo a la *lex publica* gracias a las propias investigaciones de Wieacker. Es significativo que en esta edición desaparezca el trabajo titulado «*Ratio scripta*». *El DR y la ciencia jurídica*, que en la edición anterior ocupaba nada menos que 88 págs., por traslado a otra fundamental obra de Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952). Los nuevos trabajos surgieron entre 1943 y 1954.

Romanismo y DR tiene un carácter general y como introductorio. Examina el origen, la procedencia del romanismo y afirma que, como la misma leyenda de la fundación de Roma indica, es un fenómeno de un carácter más político que étnico o social. «Roma significa simultáneamente incapacidad ancestral o debilidad para la contemplación interna de las ideas y, por ello, incapacidad o aversión hacia las construcciones teóricas en el arte de la guerra, la política, la constitución y la legislación; así, Roma desconoce los grandes planes de conquista, los documentos constitucionales resumidores de principios y las compilaciones de leyes» (p. 5).

Examina las estructuras formales del DR y los principios básicos de *auctoritas*, tradición y *fides*, y constata que en ninguno de los estadios de su desarrollo ha negado el DR su conexión íntima con las peculiaridades del romanismo.

El Estado romano como orden jurídico, escrito en 1947, mantiene su carácter convencional debido a las recientes controversias sobre la constitución romana. Roma significa demasiado para poder ser perceptible súbitamente como mera realidad histórica. Su nombre suscita muy diversas ideas. Frente a otras ciudades de nuestro continente de importancia decisiva en la historia mundial, como Florencia, Atenas y París, existen varias ideas de Roma y, en este sentido, sólo pueden compararse Bizancio y Jerusalén. De ahí la necesidad de exponer las interpretaciones occidentales de Roma y las diversas formas del «Estado romano (fundación, *res publica*, hegemonía en Italia, Imperio, Principado). Advierte (p. 21) para evitar equívocos, que usa el término «Estado romano» *nur aushilfsweise*, en lugar de una expresión más precisa, pero menos corriente «*Res publica*», ya que en Roma sólo puede hablarse

de Estado en el sentido general de la palabra, como unión de orden superior para el ejercicio del poder, del derecho y de la jurisdicción. Roma ha convertido siempre en *concordia discors* las disonancias del continente europeo.

«*Lex publica*». *Ley y orden jurídico «in libera re publica»*, trata de las leyes públicas romanas. Las XII Tablas, las leyes populares posteriores, el contenido y programa de las leyes, una de cuyas peculiaridades es el apartarse de la jurisprudencia tradicional, la técnica legislativa, difícil de comprender porque en su base hay una concepción de la justicia legítima y adecuada, pero extraña a nuestra mentalidad. Concluye afirmando que la historia no es maestra de la política; que el apocalipsis de la historia jurídica sólo revela relaciones fundamentales de la convivencia humana dentro del derecho tales como que el orden jurídico privado es siempre una porción del orden político básico; que únicamente tiene vida aquella jurisprudencia que es capaz de ser portavoz de los sentimientos vitales y de las experiencias sociales de su colectividad, como lo fue la romana; finalmente, que el derecho y su realización «no son un mero pensar o un haber pensado, un querer o un haber querido, sino un devenir y un haber de ser, que no pueden suplantar sólo el espíritu y la voluntad».

El pretor. Si la regla áurea del arte jurídico consiste en el equilibrio entre tradición y libertad, ésta fue perfectamente observada por los romanos y puesta en práctica por el pretor, cuya actuación vivificó el DR al impedir que se queratinizase en las formas del antiguo derecho civil. Para la mentalidad moderna es difícil comprender la decisiva importancia del pretor, porque hoy se hallan confundidos *imperium*, *iurisdictio* y *iudicatio*. Wieacker habla con familiaridad del pretor y del juez, de las acciones de la ley y de las fórmulas escritas, de la fórmula como medio instrumental efficacísimo, del pretor y el *ius civile*, del edicto perpetuo, de los cambios posteriores en Oriente u Occidente, de cómo los maestros orientales, compiladores del Digesto sacrificaron la tradición clásica formularia en aras de objetivos nuevos, suplantando todos los elementos del proceso clásico por los del proceso cognitorio, «oficial», mediante una interpolación sistemática, hasta el punto de que los romanistas sólo después del descubrimiento de Gayo en 1816 tuvieron noticias seguras acerca de la configuración del proceso clásico. Ahora bien, los compiladores no pudieron actuar de otra manera, ya que habían de armonizar el contenido del Digesto con el Código de Justiniano. Este modo de transmisión de los textos clásicos oscureció el brillo histórico de la función pretoria en el desarrollo jurídico europeo, ya que era imposible percibirlo en las referencias del Digesto, y por esta misma razón, la jurisdicción del pretor y el consumado arte de las fórmulas escritas son dos fuerzas importantes del DR histórico que más se han descuidado en la herencia romana occidental. El pretor está ausente en el conjunto de instituciones romanas que han servido de modelo

a los pueblos europeos para sus propias realizaciones políticas y jurídicas, como imperio y emperador, ley y jurista.

El jurista romano, gracias al predominio de la especialización jurídico-práctica sobre las especulaciones generales acerca de la justicia, aseguró el equilibrio necesario entre teoría y práctica. El jurista es un producto típico del DR, distinto de todos los cultivadores de otros derechos anteriores o posteriores. Tras examinar el estamento de los juristas en sus comienzos, en la época en que se convierten en clásicos y en la época tardía, pregunta la significación actual del jurista romano. ¿Es meramente el ideal atemporal del jurista, como nuestros padres y abuelos pudieron pensar? Más bien es la encarnación más pura del arte jurídico creador de un ambiente moral pretérito: su imitación sería imposible y su mimetismo externo indeseable. Pero todavía nos impresionan sus palabras acerca de las condiciones que han de adornar las grandes creaciones jurídicas: la fuerza vinculante de la creación, el vigor creador de las posiciones individuales espontáneas, y la libertad espiritual que unifica las anteriores. De ahí que encontremos un parentesco con el espíritu del DR, no en las grandes obras de la ciencia jurídica, sino en el juez, siempre que, como en Roma, su arte y su juicio sea señor y no siervo del concepto y de la ciencia.

Sobre lo clásico en la jurisprudencia romana. Es un intento de determinación del tipo de grandeza de la jurisprudencia, partiendo de la distinción entre una época clásica jurídica preliteraria, y una literatura jurídica clásica, y le mueve a tal intento la división hecha por Schulz «History of Roman legal Science» (1946), que divide la época clásica preliteraria del DR entre un período arcaico y un período helenístico, y este segundo suscita sospechas por referirse más que a una situación interna a influjos externos. Se aparta, por tanto, en este trabajo del concepto humanístico tradicional de lo clásico que implica siempre una literatura jurídica. El discurso lleva a la conclusión de que los juristas designados como clásicos son los únicos creadores de una literatura jurídica clásica, pero que, considerando no sólo la literatura sino también otros productos culturales e históricos, el calificativo clásico puede atribuirse también a la jurisprudencia romana desde mediados del S. III a. C., quizá con mejor derecho.

Fases de desarrollo de la propiedad romana. Este trabajo conduce desde los factores históricos generales del desarrollo jurídico romano a la historia de una institución concreta. Es oportuno incluirlo en este conjunto de escritos porque pone de relieve con especial lucidez el contraste entre la realidad y la tradición del DR. Fue escrito por vez primera en 1943, y aunque las líneas fundamentales permanecen, nuestros conocimientos se han ampliado gracias a investigaciones concretas. La concepción de la escuela histórica y de la pandectística que define la propiedad como la absoluta disposición a voluntad, garantizada por el ordenamiento jurídico, de una persona sobre una cosa

corporal no es romana, aunque los romanos, sin definirla, pero con el genitivo posesivo, con la forma «alicuius esse ex iure Quiritium» y con expresiones analíticas indicaban lo mismo, es decir, el dominio absoluto, total, excluyente e indiviso de un individuo sobre una cosa, y tal idea estaba todavía más fuertemente perfilada en derecho clásico que hoy, ya que la propiedad era el único derecho de ese tipo.

Para averiguar la propiedad en Roma hay que acudir a sus distintos estadios de su desarrollo, poniendo de relieve, en primer lugar, el modo de entender la propiedad de los juristas clásicos de la primera época del Imperio, después en la época más antigua, y, finalmente, el desmembramiento y naturalismo postclásicos. Wieacker analiza con gran agudeza el desarrollo de la propiedad romana, en cuya regulación el DR nos muestra, una vez más, que lo magistral de un arte jurídico está en la captación de las tareas históricas que debe cumplir, aunque tales tareas sean distintas de las nuestras.

Vulgarismo y clasicismo en el derecho de la antigüedad tardía es una reducción del trabajo con el mismo título presentado en la Academia de Heidelbergt en 1955, y en él contraponen aquellos dos fenómenos de polarización, como estilos de cultura jurídica (D'Ors prefiere decir «falta de estilo»: Cfr., encuesta en LABEO 6 (1960) 2, p. 231 ss). El vulgarismo es un fenómeno típico de la historia jurídica romana, pues sólo allí se da una jurisprudencia especialmente cultivada. Contra la caída del vulgarismo reacciona el clasicismo academicista de las escuelas orientales. El vulgarismo es una actitud naturalista, determinada por las nuevas circunstancias sociales y económicas, por la preponderancia del punto de vista fiscal y por los cambios procesales, frente a una tradición jurisprudencial aristocrática como es la del DR clásico.

Corpus Iuris. La decisiva influencia del DR a lo largo de los siglos se ha ejercido casi exclusivamente a través de la compilación justiniana. Hoy buscamos sus configuraciones en los estadios de desarrollo clásico y preclásico, pero lo decisivo para la cultura jurídica europea ha sido el «Corpus Iuris» y el éxito del desarrollo posterior del DR fue la conversión de un actuar, como era esencialmente el derecho clásico, de un arte, en un libro. Examina la forma externa de la compilación, clásica tardía, la canonización postclásica, los intentos de codificación, el auge de la ciencia jurídica como causa de la diferenciación tardía entre Oriente y Occidente, el método de enseñanza, la estructura interna del Digesto y el *Corpus Iuris* como la ley romana.

Europa y el Derecho Romano. Desaparición y subsistencia. Título idéntico al del libro de Koschaker, pero ello no indica una plena concordancia de pareceres. Trata de la supervivencia del DR en Occidente y de su influencia ejercida fuera del área propiamente jurídica, en la ética, el Estado, y en la sociedad europea a la que el DR ha educado, transformado y dado conciencia de sí misma. Las últimas investigaciones demuestran cómo no desapareció en ningún momento,

el DR en sus formas vulgares durante la Edad Media, con lo cual la teoría del renacimiento del DR va quedando bastante quebrantada. Las nuevas perspectivas incitan a valorar de una manera distinta los efectos del DR en Europa. Hasta ahora la reaparición del «ius civile» en Italia se consideró como renacimiento y en los otros países europeos como recepción de algo nuevo y extraño. Hoy parece más acertado hablar de una persistencia del DR. Wieacker pone dos ejemplos: la investigación española muestra una aceptable inclinación a admitir un desarrollo autónomo hispánico en lugar de una lucha dramática entre los fueros visigodo-germánicos y el DR; en Alemania, admiten hoy, prácticamente todos, que la recepción significó esencialmente la cientifización del derecho. La nueva perspectiva permite también un mejor entendimiento de la peripecia del DR en Europa (glosadores, humanistas, escuela histórica, historicismo crítico moderno: todos cuadros nuevos y fieles del DR) como apropiaciones nuevas y cada vez más profundas del espíritu de la Antigüedad.

Este libro es una contribución notable, por demostrar, una vez más, que el DR es el más afilado instrumento para criticar la política jurídica legislativa, y que el humanismo de los romanistas, si quiere persistir habrá de ser más vital, más libre de convenciones, e incluso más agresivo, y cuando ello ocurra no será menos efectivo que las formas pretéritas del humanismo jurídico de Bolonia, del Renacimiento y de la Escuela Histórica. Wieacker, uno de los más ilustres romanistas actuales, gran investigador, insuperable intérprete, original formulador, conversador agudísimo y con dotes de hombre genial, en la línea de los grandes juristas que han elevado y mantienen el prestigio jurídico de Alemania —*Germania semper docet*— ha prestado un gran servicio a quienes tengan amor a la Antigüedad, juristas y no juristas, con esta edición de sus escritos sobre temas candentes y decisivos vinculados por su pertenencia al DR, el más magistral de los derechos por el carácter científico de quienes fundamentalmente lo producían: los juristas.

JESÚS BURILLO

WOLFF, Hans Julius: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*. Weimar, Böhlau, 1961, 297 págs.

Colección de estudios dispersos, publicados con anterioridad en revistas diversas, que se indican. Siete, en total, que tratan consecutivamente de temas sugestivos como el origen de la administración de justicia entre los griegos, la *dike blabes* de Demóstenes LV (Contra Calicles), la cláusula ejecutiva de los contratos en los papiros, la natu-

raleza jurídica de la *misthosis*, el derecho matrimonial y de familia entre los griegos y el derecho de los ciudadanos romanos en Egipto. Concluye con un apéndice, que contiene una amplia reseña de la obra de Max Kaser, *Quanti ea res est*. Aunque se trate de artículos ampliamente reseñados a raíz de su aparición, debemos destacar el interés extraordinario, especialmente del primero y del séptimo (los más amplios), así como la solidez de los puntos de vista del autor, avalados por una documentación abrumadora y la sabia cautela con que formula

F. S.

NUEVOS ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO ROMANO

En los dos últimos años han aparecido tres monografías de Derecho hipotecario romano referentes a problemas de convalidación y de rango; el trabajo de WUBBE que trata de la pignoración de cosa ajena¹, el nuestro sobre el rango hipotecario² y el de TONDO que abraza ambos temas estudiándolos por separado³. El hecho de que estos trabajos se hayan cruzado ha impedido que sus autores pudieran tener en cuenta y valorar mutuamente sus resultados⁴. En cambio, hemos tenido la suerte de que un romanista tan insigne como el profesor KASER se haya ocupado de la materia —en un artículo sobre el libro de WUBBE y una recensión sobre TONDO y MIQUEL⁵—, haciendo un balance de los resultados alcanzados en la investigación y aportando, a su vez, soluciones nuevas a puntos concretos. De este modo comienza a llenarse una laguna en materia tan descuidada por la moderna romanística. La meta debe ser lograr una exposición de conjunto de los derechos reales de garantía en Roma, pues la maravillosa obra de DERNBURG⁶ no responde, como es lógico, a las exigencias de la actual investigación histórica.

Vamos a intentar resumir los resultados alcanzados por WUBBE y TONDO en materia de convalidación para referirnos luego a la segunda parte del libro de TONDO que trata el tema del rango hipotecario.

I. Los trabajos de TONDO y de WUBBE difieren mucho entre sí, tanto por los puntos que tocan dentro de la misma materia como por el método empleado. Mientras el primero de estos autores trata ampliamente del tema de la convalidación en una exposición sugestiva, profunda, aguda, y, a la vez, convincente, la médula del trabajo del romanista holandés está integrada por el estudio de la expresión *in bonis*, tanto en la acción Pu-

1 F. B. J. WUBBE, *Res aliena pignori data. De verpanding van andersmans zaak in het klassieke Romeinse Recht*. Leiden, 1960.

2 Vide AHDE, 29 (1959), 229-316.

3 S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*. Roma, 1959.

4 WUBBE pudo consultar la obra de T., pero ya en un estado muy avanzado de su investigación.

5 SZ, 78 (1961) y ib. Gracias a la amabilidad del autor me fué posible consultar estos trabajos antes de su publicación. La orientación que de ellos he recibido no queda del todo reflejada por las veces que los cito. El magnífico estudio *in bonis esse* constituye, a más de un excelente resumen del trabajo de WUBBE, una verdadera aportación en la materia.

6 DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des klassischen römischen Rechts*. Leipzig, 1860-64.

bliciana como en la Serviana, cayendo, paradójicamente, su mejor aportación — sus brillantes tesis sobre la *actio Publiciana* y la *exceptio rei venditae et traditae*— fuera del tema propuesto. Ambos autores comienzan fijando los presupuestos metodológicos sobre los que se va a apoyar su labor, siendo esta toma de posición radicalmente diversa: mientras WUBBE —siguiendo la orientación hoy día dominante⁷— parte del concepto de acción, si bien separándolo y contraponiéndolo exageradamente al derecho subjetivo⁸ y dando una importancia excesiva a cuestiones de prueba⁹, TONDO, en cambio, nos ofrece una muestra del llamado método dogmático, empezando su labor con «brevi considerazioni di carattere dogmatico» con objeto de «rimouvere alcuni grossi equivoci che hanno talmente offuscato la visione del problema de determinare autentiche sturture» (pág. 3), en vez de comenzar por interrogar directamente a las fuentes.

Para analizar y valorar las aportaciones de ambos autores se impone —dada la diversidad aludida— un análisis separado de sus concepciones.

1. WUBBE arranca —de acuerdo con sus presupuestos metodológicos— del tenor de la fórmula Serviana, intentando precisar el significado del requisito de que la cosa esté *in bonis* del pignorante al tiempo de la *conventio pignoris* (págs. 11 ss.). Defiende la tesis de que la expresión *in bonis* es totalmente incolora, frente a la moderna romanística, que le otorga un significado técnico. Cita aquí WUBBE el conocido texto de Gayo 2.40 y 41. Según Gayo hubo en Roma dos tipos de propiedad *ut alius possit esse ex iure Quiritium, alius in bonis esse*. Así, el que transmitió una *res Mancipi* —no por *mancipatio* o *in iure cessio*, sino por simple *traditio*— sigue siendo propietario *ex iure Quiritium*, en cambio, el adquirente tiene la cosa simplemente *in bonis* hasta que se consume la usucapión, momento en que pasa a tenerla *in bonis et ex iure Quiritium*. La moderna romanística llama propietario bonitario a la persona que habiendo adquirido una *res Mancipi, a domino*, por simple *traditio*, se encuentra usucapiéndola. De aquí se deduce que tener la cosa *in bonis* no es lo mismo que ser propietario bonitario, pues éste deja de serlo, consumada la usucapión, para convertirse en propietario quiritario, y, en cambio, sigue teniendo la cosa *in bonis*. WUBBE terminará por concluir que es erróneo exigir en la acción Serviana la prueba de la propiedad bonitaria o quiritaria del hipotecante en el momento de la *conventio pignoris* (pág. 16). Desde luego creemos que el problema planteado por WUBBE puede reducirse a una mera cuestión terminológica. Se trata simplemente de que nos pongamos de acuerdo en la terminología a emplear. Si decimos que tanto el propietario bonitario de la moderna romanística, como el propietario quiritario

⁷ Por todos vide Rabel, *Grundsätze*, 3; D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (1943), 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht* I (1955), 198.

⁸ KASER, SZ, 78 (1961).

⁹ KASER, 1c.

tienen la cosa *in bonis* (Gayo 2, 41) y la fórmula Serviana pide la prueba de que la cosa estuvo *in bonis* del usucapiente en el momento de la *conventio pignoris*, es claro que este requisito no coincide con la propiedad bonitaria. Ahora bien: si se hace equivalente *in bonis* y propiedad bonitaria afirmando que ésta no se transforma en quiritaria, sino que viene englobada por ésta, entonces podemos decir que basta que el pignorante sea propietario bonitario. Argumentar pasando de una posición a otra es puro juego. Estamos de acuerdo con las precisiones terminológicas de WUBBE pero siempre que no se desorbite su alcance.

A continuación (págs. 18 ss.) estudia WUBBE el origen de la *actio Publiciana*, partiendo de la distinción de KASER entre la propiedad relativa de la época de las acciones de Ley y la propiedad absoluta del procedimiento formulario: mientras en la *actio sacramento in rem* el juez tenía que decidir cuál de los pretendientes a una cosa en un litigio tenía mejor derecho, en la fórmula petitoria debía, en cambio, decidir la cuestión de cuál de los dos era propietario. De este modo, la acción Publiciana habría venido a llenar la laguna que surgía en el tránsito de una ordenación a otra, es decir, ahora la podían emplear los litigantes que, no pudiendo demostrar su propiedad, pudieran, en cambio, probar un mejor derecho que sus oponentes¹⁰. Consecuentemente ataca WUBBE la tesis de Lenel según la que la *actio Publiciana* fué creada para el adquirente de una *res Mancipi* por simple *traditio*. Si el pretor, arguye WUBBE, hubiera querido proteger al llamado propietario bonitario, es probable que hubiera fingido en la fórmula que la *res Mancipi* había sido transmitida por *mancipatio* y, de este modo, el actor no se hubiera ahorrado la prueba de que el enajenante era propietario (pág. 37). Sobre todo, añade convincentemente, no hubiera configurado el tenor de la fórmula de modo que correspondiera a todo adquirente con título, lo mismo *a domino* que *a non domino*.

La fórmula de la acción Publiciana, cuyo tenor conocemos por Gayo (4, 36), exige que el actor demuestre que le fué vendida la cosa y luego que le ha sido entregada por el vendedor. WUBBE se plantea aquí (págs. 23 ss.) el problema de si el actor tiene que probar los requisitos de *bona fides* y *res habilis*. Con razón contesta negativamente a esta pregunta. Pero va mucho más lejos aún con su tesis de que la falta de los requisitos *res habilis* y *bona fides* en el actor no aprovecha al demandado como no tenga un título mejor. Ahora bien: en el caso de que el demandado tenga un título mejor ya no tiene que probar el vicio de la cosa o la mala fe para defenderse con éxito. De modo que estos dos requisitos sólo juegan un papel cuando una de las partes intenta apoyar su propiedad en una usucapión ya consumada. Para defender esta tesis tan radical se fija WUBBE en los requisitos de la fórmula de la *actio Publiciana* donde no se menciona ni *res habilis* ni *bona fides* puesto que no forman el

10 Comp, KASER. RPR, I (1955) 368.

tema de la prueba. KASER¹¹ ha objetado certeramente: a) Que las fórmulas no suelen enumerar las circunstancias que son materia de prueba del actor, sino las condiciones de la *condemnatio*, siendo indiferente quien haya de probarlas. b) Que, en realidad, la fórmula Publiciana tiene en cuenta los requisitos mencionados, si bien bajo la ficción de la usucapación¹². Al estudiar la legitimación activa en la acción Publiciana (páginas 62 ss.) aconseja WUBBE juiciosamente que no se emplee este término para designar a la persona que reúna los presupuestos materiales de la *condemnatio*, pues es el juez quien decide esta cuestión y no el pretor. Es mejor, por eso, decir que se encuentra legitimada activamente para la *rei vindicatio* la persona que afirma *in iure*, que *apud iudicem* probará su propiedad, y para la acción Publiciana la persona que quiere probar que le ha sido vendida y entregada la cosa que posee el demandado. Se encuentra también legitimado para la acción Publiciana aquel que, en realidad, no necesitaba de la usucapación e, incluso, aquel que nunca hubiera podido usucapir (p. e.: por tratarse de una *res furtiva*).

Como complemento de la acción Publiciana estudia WUBBE la *exceptio rei venditae et traditae* (págs. 39 ss.). Mientras la opinión dominante, que sigue a Lenel, ve aquí la excepción del propietario bonitario contra la *rei vindicatio* del propietario quiritario, advierte WUBBE certeramente, que la *exceptio rei venditae et traditae* es simplemente la excepción del comprador contra el vendedor que le entregó la cosa basándose en el contrato de compraventa. Es indiferente, a este respecto, que el vendedor reclame con la *rei vindicatio* o con la *actio Publiciana*. Naturalmente WUBBE no excluye que en el caso concreto pueda también el propietario bonitario utilizar esta *exceptio* frente al propietario quiritario, pues su formulación cubre también este supuesto.

En el capítulo II de su libro pasa WUBBE a estudiar las palabras *in bonis* en la fórmula Serviana. Partiendo del dogma de que nadie puede probar un derecho de otro (pág. 95), encuentra WUBBE absurdo que el acreedor hipotecario tenga que probar la propiedad civil o bonitaria del hipotecante al tiempo de la *conventio pignoris*. Para él la *actio Serviana* sólo exige del actor que demuestre frente al tercer poseedor la tenencia fáctica de la cosa en el pignorante *tempore conventionis*, esto es, la simple prueba de que se hubiera podido entregar la cosa de haberse constituido una prenda manual. Naturalmente, no podemos compartir una tesis que lleva el sello de lo improbable. La consecuencia absurda de esta tesis, que WUBBE admite expresamente (págs. 79 ss.), es que el ladrón pueda pignorar válidamente y que el tercero adquiriera la acción Serviana¹³.

11 KASER, SZ. 78 (1961).

12 KUNKEL (RPR³, 142, núm. 1) destaca con razón cómo en la fórmula de la *actio Publiciana* se presupone que, aparte de una válida *iusta causa* de adquisición, se encuentran también presentes todos los demás requisitos de la usucapación, y, en especial la buena fe.

13 Contra WUBBE, acertadamente, KASER, SZ. 78 (1961).

Tras haberse referido a la pignoración por el que tiene la cosa, y a la relación entre pignoración y representación pasa WUBBE a estudiar la convalidación, tratando del célebre texto de Africano D. 20, 4, 9, 3. Aquí se plantea el romanista holandés la hipótesis de que Ticia no hubiera adquirido la propiedad. En tal caso, dice WUBBE, Ticio hubiera vencido al marido por encontrarse el inmueble *tempore conventionis in bonis Titiae* y no plantearse el problema de la propiedad. Como no aceptamos la interpretación de WUBBE de las palabras *in bonis* es lógico que no aceptemos su tesis en este punto. En cambio, es de aplaudir el que WUBBE siga a la opinión dominante al afirmar la condicionalidad de la segunda hipoteca. El capítulo termina con una interpretación muy sugestiva de la célebre antinomia entre Paul D. 13, 7, 41 y Mod. 20. 1, 22.

En el capítulo III trata WUBBE de la *actio pignoratitia*. Frente a la opinión dominante sostiene la improbable tesis de que esta acción no encuentra aplicación en el caso de que el demadado pueda, pero no quiera, entregar la cosa. WUBBE afirma que es imposible un no querer doloso o culposo. Parece fuera de duda que el problema planteado no existe en realidad: consecuentemente los textos que cita no prueban nada. La consecuencia que saca WUBBE de su teoría es que la acción reivindicatoria del propietario no concurre normalmente con las acciones de depósito, comodato o prenda.

En el capítulo IV, estudia WUBBE los interdictos pignoraticios y su conexión con la acción Serviana. Respecto al *interdictum de migrando* (página 175 ss.) que limita las extraordinarias facultades del propietario frente al inquilino, sostiene WUBBE, de acuerdo con Ulp. D, 43, 32, 1, pr. y Gayo. eod. 2, que el interdicto no presupone que las cosas estén *in bonis* del pignorante. Frente a KRELLER defiende WUBBE, a nuestro juicio sin demasiados argumentos, que el tercero no podía liberar sus propias cosas en poder del arrendatario con la acción real derivada de la *perclusio*. Respecto al *interdictum Salvianum* (págs. 122 ss.) WUBBE se adhiere con acierto a la tesis de KRELLER y de KASER, para quienes este interdicto no se dirigía únicamente contra el arrendador, sino también contra cualquier tercero. Pero otra vez dominado por la tendencia general de su obra, cree WUBBE que el propietario no pueda vindicar sus cosas del arrendador que las posee, ni siquiera hacer valer su derecho de propiedad contra el interdicto.

El remate del libro de WUBBE lo constituye el capítulo V, donde estudia la interpretación extensiva de las palabras *in bonis* en la fórmula Serviana. Después de tratar de la pignoración de patrimonios, de cosas que aún no existen, pasa a la pignoración de una *res futura*. A este respecto, queremos destacar que W. intencionadamente, no tiene en cuenta la distinción de DERNBURG entre pignoración anticipada y convalecencia que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el trabajo de TOXO.

Es posible que estas breves referencias sirvan para dar una idea del trabajo de W. En general, podemos decir que se trata de una obra en

que no faltan observaciones agudas y sugestivas, pero los resultados a que llega su autor son casi siempre poco convincentes. El modo de llevar siempre el raciocinio hasta sus últimas consecuencias, aun cuando choque con la realidad, el radicalismo fácil, fruto de una originalidad quizá excesiva, y, sobre todo, la falta de sentido práctico para comprender las soluciones viables, quedan compensadas por la agudeza conceptual, por la coherencia lógica de un sistema unitario y por lo sugestivo de las observaciones. Por eso queremos destacar que la obra de W. hay que enjuiciarla más que por las conclusiones a que llega por los problemas que plantea y por los caminos que abre a todo el que quiera profundizar en los temas tratados.

2. La obra de TONDO comienza con una «impostazione del problema della convalida per sopravvenuto acquisto dell'*in bonis*. Distingue a este respecto, entre pignoración de cosa ajena y pignoración subordinada a la adquisición futura¹⁴. Ambos problemas son distintos: el primero se refiere al tratamiento del negocio inválido con vistas a su posible sanatoria y, en cambio, el segundo implica que entre la celebración del negocio y la entrada en vigor de la regulación de intereses que éste supone, debe haber una distancia cronológica (pág. 3). Por tanto, el diagnóstico de la validez o invalidez sólo puede tener sentido en el momento en que el negocio va a desplegar sus efectos. De ahí se desprende claramente que hay una correlación lógica entre la invalidez y el planteamiento del problema de la convalidación: presupuesto esencial de ésta es la invalidez inicial del negocio jurídico. Aquí ataca TONDO duramente a KOSCHAKER¹⁵ por creer que no es lógicamente compatible hablar de invalidez y reconocer luego la posibilidad de convalidación. Y es paradójico que T. censure al eximio autor alemán por utilizar un concepto formalístico de invalidez cuando él mismo está operando con conceptos procedentes de la pandectística¹⁶. También ataca T. a KOSCHAKER por haber introducido los conceptos de convalidación directa e indirecta: la primera tiene lugar en el ámbito de los negocios de Derecho honorario; la segunda, en cambio, en los de Derecho civil, es decir, el negocio civil inválido en un principio no se convalida más que indirectamente en el marco del Derecho honorario. Con razón arguye T. que esta distinción no hace más que introducir una perspectiva falsa en el estudio del tema (pág. 7).

En la investigación de las fuentes toma T. como punto de partida Pap. D. 20, 1, 1, pr., sosteniendo que el tema central del texto lo constituye la contraposición entre la pignoración de cosa ajena y la pignoración subordinada a una futura adquisición. En el primer caso es distinto

14 Comp. DERNBURG *oc.* I, 276.

15 KOSCHAKER, *Ein Beitrag zur Lehre vom Nachbündrecht und vom bedingten Rechtsgeschäft*, en "Scritti Ferrini (Milano) III (1948), 234 ss., y *ir.* 4, 23 D. 44, 4 *Contributo a la storia e alla dottrina della convalida nel diritto romano*, en "Iura" 4 (1953) 1 ss.

16 En este sentido KASER, SZ, 78 (1961).

el tratamiento según el acreedor pignoraticio ignora que la cosa era ajena (aquí se concede una *actio utilis*) o no (se le concede una simple *retentio*). En cambio, es irrelevante el estado de conciencia del acreedor pignoraticio en la pignoración de una *res debita*. Para sostener la clasicidad del texto, T. lo compara con D. 37, 6, 8, también de Papiniano. No obstante, no nos parece acertado tomar como punto de partida de toda la exposición un texto tan sospechoso como D. 20, 1, 1, pr. y mucho menos, claro es, construir sobre él toda una teoría. Por una parte, hay que destacar que el tema central no es aquí la contraposición entre la pignoración de cosa ajena y la de una *res debita*, sino la contraposición que T. ha pasado por alto, entre pignoración de todos los bienes presentes y futuros y la cosa singular^{16 bis}. Por otra parte, hay que volver a insistir en que la clasicidad del texto no está asegurada¹⁷. Pasa luego T. a estudiar D. 20, 4, 9, 1. propugnando una reconstrucción que, naturalmente, viene a confirmar sus resultados. Con el mismo fin se refiere a D. 16, 1, 58. Al advertir, en cambio, en D. 41, 4, 42 un tratamiento distinto cree T. poder fijar una evolución en el pensamiento de Papiniano: mientras en las *Quaestiones* —siguiendo la orientación dominante— habría considerado irrelevante el estado de conciencia del acreedor pignoraticio, en las *Responsa* habría distinguido tal como hemos visto en la L. 1, pr. En este punto no podemos estar de acuerdo con el autor, pues dada la interpolación de las palabras *qui-alienum*, nos inclinamos a creer que no existe tal evolución y que Papiniano no se apartó en este punto de la orientación general de los juristas clásicos.

La justificación de la convalidación la busca T. acertadamente en la imposibilidad de *venire contra factum proprium*. Sigue luego una parte muy interesante del libro de TONDO, donde se examina el caso en que el pignorante de cosa ajena sucede al propietario y el supuesto contrario. En el primer caso, las fuentes contestan a la pregunta de un modo unitario: es evidente que aquí se opera, sin más, la convalidación y T. aplica en este punto, acertadamente, el principio de la imposibilidad de *venire contra factum proprium*, atacando justamente la tesis de Bonfante de una sucesión en la voluntad del difunto (pág. 76 ss.). Pero también en el caso contrario en que el propietario sucede al pignorante es acertada la idea de T. Las fuentes nos han conservado en este punto una controversia: mientras Paulo en D. 11, 7, 41 se inclina por la solución negativa, Modestino en D. 20, 1, 22 se muestra partidario de la convalidación. La razón de la diversidad la encuentra T. —siguiendo a su maestro Betti— en que Paulo considera que el hecho de la sucesión no prejuzga sobre un derecho que le compete con independencia de ésta (pág. 77 ss.).

16 bis KASER loc. cit.

17 Aunque no podamos admitir totalmente la radical crítica de KASER en este punto, no obstante, nos inclinamos a creer con RABEL *oc.* 495, núm. 4, que las palabras *qui-alienum* no son clásicas.

Ahora bien: Paulo aparece preocupado por atenuar en un plano práctico las consecuencias de su tesis mediante la concesión de los oportunos remedios, de modo que la contradicción viene de este modo a atenuarse (pág. 118 ss.).

II. La segunda parte del libro de TONDO, que trata del «concorso di pegni successivi», produce la impresión de haber sido algo menos trabajada que la primera. Por eso, se acentúan aquí los defectos que en la primera parte aparecían difuminados. El lastre dogmático del trabajo aparece con toda claridad. Los textos no se encuentran colocados escalonadamente por épocas, sino que aparecen polarizados en un mismo plano, con lo que de ordinario se pierde la perspectiva histórica, desdibujada ya por falta de crítica textual. Falla también la sistemática: ésta no responde a una idea unitaria, sino que las materias se van acumulando al ir surgiendo los problemas. Por último hay que aludir a las extensas lagunas que presenta el tratamiento de la materia, es decir, hay muchos problemas que no han sido estudiados. Pero por encima de todos estos defectos, brilla a gran altura la personalidad del autor y un pensamiento dogmático muy fuerte, que profundiza siempre en los problemas sin resbalar sobre ellos.

TONDO comienza su estudio con un análisis del célebre texto de Africano¹⁸. De acuerdo con la opinión dominante¹⁹, defiende la condicionalidad de la segunda hipoteca²⁰, aunque sin explicarnos su gestación²¹, con lo que naturalmente se pierde la razón de una configuración tan extraña. Examinando las fuentes que dan testimonio de una pluralidad de hipotecas, rechaza T. acertadamente la opinión de Manigk respecto a D. 20, 4, 13, y D. 20, 4, 14 (págs. 138 ss.), pero en cambio, afirma que D. 20, 3, 3, contiene ya un caso de concurrencia sucesiva de hipotecas sobre una misma cosa (págs. 150 ss.). Según él se trata aquí de una forma de *successio* que tiene lugar en favor del que, dando un

18 Es inexacto decir que el fr. 9, 3, no contiene ningún indicio que muestre su procedencia de Juliano, pues T. olvida aquí el estilo indirecto de toda la frase *quia neque possit. PLECEBAT* no confirma, sino que contradice su opinión.

19 Comp. los autores citados por T. en p. 137, núm. 7. Vide también *El rango*, 251 ss.

20 En este punto discrepa KASER (ib. núm. 37) de nuestra opinión según la que para que surja la segunda hipoteca es necesario que la cosa esté in *bonis* o bien al tiempo de celebrarse la (segunda) *conventio pignoris*, o bien en el momento de la satisfacción del primer acreedor. Pero las razones que aduce no nos parecen suficientes frente al tenor literal del texto que dice "*quid negat tunc cum Marcio si hypothecar scilicet cum Titio solvere in bonis mulieris fuerit nullum tempus inveniri quo pignus Marcii contrahere possit*".

21 Quizá la verdadera aportación de nuestro trabajo (que, paradójicamente, KASER no señala en su recensión) haya consistido en mostrar cómo el negocio de subrogación en el puesto que un acreedor hipotecario es el antecedente inmediato de la segunda hipoteca. Vide, *El rango*, 242 ss.

crédito al pignorante, haya consentido que con éste se pague a un acreedor precedente en rango para ocupar él su lugar. Pero esta opinión es extremadamente improbable por las razones que apuntábamos en otro lugar²². Tras unas interesantes consideraciones sobre la *successio in locum*²³, se plantea T. el problema de si esta forma de sucesión es compatible con la naturaleza condicionada de la segunda hipoteca (págs. 156 ss.). Para ello estudia Marc. D. 20, 4, 12, 8, perteneciente, como bien destaca el autor, a una época en que la segunda hipoteca no estaba ya condicionada a la extinción de la primera²⁴. Para demostrar que en Gayo está presente aún la concepción de la primera época, cita D. 20, 4, 11, 4, cuando en realidad tenía testimonios mucho mejores. Luego, estudia Gayo D. 20, 1, 15, 2: aun discrepando del autor en bastantes puntos concretos²⁵, queremos señalar que acierta a mostrar dos concepciones distintas de las sucesivas hipotecas, una que parte de la condicionalidad, y otra, posterior, que tiene por objeto el *superfluum*. También estamos de acuerdo con el autor en señalar a Marcelo como el primer jurista que considera que la segunda hipoteca no está condicionada a la extinción de la primera: en cambio no podemos seguir su teoría sobre el paso de un estadio a otro, según la que la concurrencia de una hipoteca condicionada con otra pura ha constituido el puente para pasar de una concepción a otra²⁶. T. somete el problema del tratamiento de la hipoteca constituida en garantía de una relación obligatoria no actual a un examen muy detenido, y hemos de decir que, en general, nos parecen más acertadas sus conclusiones en este punto. Termina T. haciendo un análisis de D. 20, 4, 9, 3, mostrándose excesivamente retraído en la crítica textual al defender la clasicidad del final del texto²⁷.

El juicio general de la obra de T. ha de ser por fuerza favorable en extremo. El mejor elogio que podemos hacer del autor es decir que, a veces recuerda al jurista Celso, por lo violento de sus ataques, por su cortante modo de razonar (*ridiculum est — reductio ad absurdum*), por su fina penetración y por su originalidad fruto de un cierto radicalismo. Estas virtudes oscurecen por completo los defectos de la obra ya aludidos. Quizá el reproche más fundado que pueda hacerse al autor es que no haya tomado una postura crítica frente a las fuentes, pues si bien es cierto que hoy día la moderna romanística está muy lejos en este punto de las

22 *El rango*, 243.

23 *Comp. El rango*, 298 ss.

24 *Comp.*, no obstante, *El rango*, 269 con TONDO, 158 y KASER, SZ. 78 (1961), núm. 45.

25 *Comp. El rango*, 258 ss. con KASER. Desde luego ya en la época de GAYO se practicaba la pignoración aislada del *superfluum* según exponemos en nuestro trabajo. De ahí que no sea la razón de que llamemos a GAYO con D'ORS "prepostelásico", sino por el proceso de generalización y simplificación que acomete del Derecho clásico.

26 *Comp. El rango*, 268.

27 *Comp. KASER, loc. cit.*, n. 35.

exageraciones de hace algunos decenios, también lo es que aceptar dogmáticamente las afirmaciones de las fuentes, tal como hace T. implica un retroceso, pues lo que hay que lograr es un equilibrio en el empleo del método. Nuestra ciencia ha ascendido aquí en espiral: volvemos a pasar por el mismo punto que antes, pero ahora estamos un grado más arriba. Rechazar la crítica de interpolaciones —o no emplearla en la debida medida— implicaría perder una perspectiva metodológica, fruto del trabajo de varias generaciones.

JUAN MIQUEL

OBSERVACIONES SOBRE EL ORIGEN Y ESTRUCTURA DE LA DONACION ROMANA. (A propósito de dos libros recientes.)

El régimen y evolución histórica de la donación romana, que presenta todavía muchos aspectos oscuros, ha sido objeto, recientemente, de valiosas aportaciones que queremos examinar en estas páginas, con objeto de dar un cuadro del estado actual de la doctrina sobre esta fundamental institución. Dos libros son, sobre todo, de especial interés: uno de Archi¹, en el que con gran acierto recoge y sistematiza en la forma de un curso didáctico las numerosas y logradas aportaciones que ha venido dedicando con preciso rigor científico a este tema; otro de Casavola², que estudia la estructura originaria de la donación y llega a conclusiones nuevas y de gran interés. Trataremos sucesivamente: 1. Origen y función histórica de la prohibición de donaciones.—2. Carácter y estructura de la donación originaria.—3. Régimen clásico de la donación y elementos constitutivos.—4. Régimen postclásico y justiniano.

1. En relación con el período anterior a la *lex Cincia*, Archi afirma que sólo era conocida la donación real, que no planteaba problemática alguna en cuanto para la transferencia de una *res* del donante al donatario el ordenamiento jurídico conocía varios actos formales de transmisión de la propiedad. Esta transferencia exigía, junto a la actividad del disponente que se concreta en un *dare*, una dinámica disposición del adquirente que viene indicada como *accipere* o *capere*.

La *lex Cincia*, que señala el comienzo de la elaboración romana de la donación, tendría dos partes: en la primera se prohibían las donaciones efectuadas *ob causam orandam*; en la segunda y fundamental, se prohibirían las donaciones fuera del ámbito de las *personae exceptae*, que superasen un determinado límite o *modus*. Si bien Archi se pronuncia por la existencia de este *modus*, que prueban testimonios textuales indirectos, declara que no podemos averiguar nada acerca de su cuantía, y esto nos impide apreciar también cuáles serían las finalidades sociales de la ley. Observando que la prohibición no sería muy rigurosa, sobre todo por el número de personas exceptuadas, Archi opina que la prohibición era una medida de represión contra los usos impuestos por la clase social más poderosa.

En cuanto a los motivos de la ley Cincia, Casavola, que estudia a fondo su finalidad social, afirma que no fué la tradicional oposición de patricios

1. ARCHI, G. A.: *La donazione. Corso di diritto romano*. Milano, Giuffrè 1960.

2. CASAVOLA, F.: *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*. Napoli, Jovene 1966.

y plebeyos, que se ha venido aduciendo, la que originó esta medida contra los dones abusivos, sino la relación de potencia entre nobleza y ciudadanos, entre la clase gobernante y los gobernados. Esta medida formaría parte del programa general de saneamiento económico y social del Estado seguido por el partido más democrata y conservador de la oligarquía, capitaneado por Fabio Máximo, que tendía, en circunstancias difíciles de empobrecimiento general, al respeto del antiguo uso de la gratuidad de los oficios públicos y a los ideales de parsimoniosa administración de los bienes privados y de general bienestar (p. 22). Se pretendía en realidad, concluye Casavola, la salvaguardia de la libre voluntad del donante en los casos en que la personalidad del donatario hacía presumir que esa voluntad había sido coaccionada.

Sobre la cuantía del *modus donationis*, Casavola toma como base de comparación los mil ases de la ley Furia testamentaria y, en relación con los precios en vigor en esta época, llega a la conclusión de que el límite debió ser mucho más bajo si se considera la finalidad de la ley de impedir el empobrecimiento general. Precisamente por esta modicidad, basada en las circunstancias económico-sociales de la época, junto con la inoportunidad de la cuota fija, el *modus* fué bien pronto olvidado.

2. La parte más interesante de la aportación de Casavola es la referente al carácter meramente posesorio de la originaria donación regulada por la *lex Cincia*. Según la tesis de este A., la donación traslativa sería el punto de llegada de un amplio proceso evolutivo de los criterios de organización jurídica que modifica el antiguo *donum* del plebiscito Cincio para configurar una nueva *donatio* (p. 9). Casavola parte de los datos de *Fragm. Vat.* 298-309 sobre las personas *exceptae* y afirma que si en esta categoría están comprendidas también las personas *in potestate* e *in matrimonium*, que podían hacer y recibir donaciones, es evidente que tratándose de personas *alienae potestatis* la donación por ellos y entre ellos efectuada no podía tener carácter traslativo, sino únicamente efectos posesorios. *Fragm. Vat.* 307 menciona, además, entre las personas exceptuadas no sólo los libertos, sino también los *servi*³ y se debió a la interpretación posterior de Sabino y de Paulo al referir las expresiones de la ley sólo a los libertos. De otra parte, el principio de la donación real es afirmado por Pomponio, comentando a Sabino, precisamente en relación con la donación del sometido a potestad: *donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur* (D. 39.5.9.3) y las donaciones entre el *paterfamilias* y los sometidos se consideran nulas *iure civile*⁴. Sin embargo, en las

3. Según CASAVOLA, op. cit., p. 82, la traducción de *servi* en *liberti* debió ser un expeditivo interpretativo por la imposibilidad lógica de admitir donaciones entre esclavo y dueño en un ambiente dominado por la concepción traslativa de la donación. Sobre la necesidad de aclarar esta cuestión se pronuncia también ARCHI, op. cit., p. 20 s.

4. Para CASAVOLA, op. cit., p. 118, la oposición de la relación potestativa entre donante y donatario pertenece a una segunda etapa y surge de la evolución estructural de

mismas decisiones de los juristas clásicos se observa una tendencia a considerar como donaciones las atribuciones del *paterfamilias* a los sometidos en el ámbito del peculio, especialmente en las de Papiniano. Incluso en varios aspectos de la estructura clásica de la donación, Casavola intenta descubrir huellas del originario carácter posesorio: la *exceptio in factum*, que precedería a la *exceptio legis Cinciae*, presupone que la donación no se haya realizado ya que a la *reivindicatio* o *actio ex stipulatu* del donatario el donante volviendo de su propósito opone la *causa donationis*⁵; el hecho de que entre personas no exceptuadas por la prohibición no baste la efectiva entrega de la cosa y sea necesario que el donatario pueda oponerse al donante, que ejercita el *interdictum utrubi*, por haber poseído la *maior pars anni*; el originario escaso valor de los *dona et munera* y su fácil adaptación a un régimen de disposición de hecho; la causa *pro donato* que se refiere al donatario poseedor y no a la cosa; por último, la equivalencia estructural entre *precario concedere, dono dare y commodare* que deduce de decisiones de Ulpiano⁶. El uso de donar sin efectos traslativos, junto al hecho de la existencia de donaciones entre personas ligadas con relaciones potestativas, indican claramente, según este A., que en la común valoración social el contenido y el límite de la *causa donationis* estaría en la voluntad de atribución y no en la adquisición del donatario (p. 162). La concepción traslativa de la donación es una consecuencia técnicamente necesaria de la transformación de la *traditio* de simple hecho de entrega en acto de transferencia⁷.

La tesis de Casavola presenta muchos aspectos interesantes que merecen ser tenidos en cuenta, y viene a esclarecer la debatida y oscura cuestión de las *personae exceptae* con una explicación clara y original. Sobre todo, entra de lleno en un argumento de la mayor importancia

la donación determinada por un proceso más extenso de desarrollo de la propiedad romana respecto al cual el paso de la concepción posesoria a la real de la donación se da como una consecuencia técnicamente necesaria, no apoyada por una nueva y autónoma valoración social.

5. CASAVOLA, op. cit., p. 129 ss., afirma que el motivo fundamental de la intervención del pretor fue la perniciosa tendencia al parasitismo y la exigencia de impedir las evasiones, las captaciones y las avaricias estimuladas por generosidades mal correspondidas.

6. Según CASAVOLA, op. cit., p. 150, en el análisis de la estructura de la donación, los juristas parecen considerar como originaria la donación traslativa, pero cuando pretenden alcanzar un más completo conocimiento dogmático de la causa entonces aparecen inevitablemente las huellas de una precedente estructura posesoria. Sin embargo, este Autor excluye que estas valoraciones presupongan una "puntuale consapevolezza storica della successione nel tempo della donazione possessoria e di quella reale". Vid. p. 160.

7. CASAVOLA, op. cit., p. 165, afirma que la voluntariedad de la *traditio* y de los efectos que origina se presupone en la voluntad de atribución y es posible la coexistencia y la conciliación entre la valoración dogmática, que revela la originaria estructura posesoria del *dono dare* y la "fatispecie" normativa que considera prevalente el momento de la adquisición.

como es el de las relaciones internas de la familia romana en cuyo seno actúan principios y normas jurídicas que aunque sometidos a la relación de potestad tiene una sustantividad propia y una peculiar aplicación. Estudiando el régimen patrimonial de la *uxor*, hemos tenido ocasión de analizar numerosos textos jurisprudenciales que tratan de concesiones o aumentos de peculio y, sobre todo, de donaciones del *paterfamilias* a los hijos confirmadas por legados⁸. En el ámbito de la *conventio in manum*, la mujer disponía de un peculio formado por aquellos objetos personales y de uso o por bienes domésticos administrados por ella que el marido le donaba y que le atribuía definitivamente mediante determinadas fórmulas genéricas de legado⁹. Todas estas normas y principios vienen a mostrar la existencia de relaciones familiares internas con relevancia jurídica que la interpretación de Casavola de la ley Cincia y su tesis sobre el carácter posesorio de la donación vienen a confirmar. De otra parte, el estudio del legado *sinendi modo* nos ha llevado también a constatar la importancia de estas situaciones de hecho —uso, detentación o precario— que el testador impone al heredero respete por medio de este legado que no es atributivo de propiedad¹⁰. Hemos llegado a la conclusión de que tampoco el legado *per praeceptionem* tenía como efecto la atribución de un derecho, sino sólo la autorización a un acto de *capere* por parte del legatario¹¹. Estas conclusiones de varios estudios nos llevan a la misma idea de la relevancia de las situaciones posesorias que constituyen el fondo común de muchas instituciones y figuras jurídicas.

Sin embargo, la atrayente tesis de Casavola en su generalidad presenta algunos extremos dudosos y sus argumentos quizá no sean lo bastante fuertes como para rechazar definitivamente la tesis de la originaria donación traslativa de propiedad que se ha venido admitiendo hasta hoy. Ante todo, creemos debe evitarse —y esto es particularmente necesario en instituciones tan complejas como la donación— el excesivo rigorismo conceptual que lleva a encuadramientos demasiado rígidos de las múltiples formas sociales que puede revestir una institución. Con esto queremos decir que es tan difícil concebir que originariamente todas las donaciones atribuían solamente la posesión como el pensar que necesariamente hacían propietario al donatario y mucho más increíble todavía es que, en un determinado momento histórico y por imperativos de técnica jurídica,

8. VIL. GARCÍA GARRIDO, M.: *ILR FLEXIONE*, p. 113.

9. VIL. GARCÍA GARRIDO, op. cit., p. 109 ss.

10. VIL. GARCÍA GARRIDO: *La concessio classica del legato sinendi modo e la sua probabile struttura originaria*, en *Studi in on. di Betfi III*, p. 231 ss. (en este ANUARIO 29 (1959), p. 575 ss.).

11. En un estudio de próxima publicación llegamos a la conclusión de que el legado *per praeceptionem* en su estructura originaria consiste en una disposición del testador, que se hacía valer en el juicio *divisoria*, por la que se autorizaba al heredero a separar un bien de la herencia. A diferencia del legado *vinculatorio*, los efectos de este legado eran sólo la autorización a un acto de *capere*.

cambiase radicalmente la estructura de la donación. En el ámbito social, las donaciones más frecuentes —regalos de objetos, personales, adornos, vestidos, etc.— atribuirían como sucede hoy la propiedad definitiva. Los abusos que el plebiscito Cincio quiso reprimir presuponen ya este cambio de propiedad, y el hecho de que exceptuara determinadas personas, entre las que sólo podían efectuarse donaciones posesorias, no lleva necesariamente a la conclusión de que todas las donaciones, permitidas y prohibidas, tuvieran este carácter. Por ello, me inclinaría mejor a pensar en una coexistencia de esos dos tipos de donación al igual que coexisten las normas que se aplican, aunque con distintos efectos, en el interior de la familia y fuera de ella. Es más, creo que en la práctica el *paterfamilias* que regala un esclavo a su hijo en potestad y el que lo regala a un amigo persiguen la misma finalidad, que es el poner el esclavo en la efectividad disponibilidad del donatario, independientemente de que jurídicamente la segunda donación pueda perfeccionarse inmediatamente con la realización del negocio formal de transferencia o que se considere como la primera sólo a efectos posesorios hasta que el padre confirme mediante legado o por otro medio la donación ya realizada¹². Todos estos criterios de organización jurídica no cambian la realidad del hecho social. En este sentido, me parece que pueden explicarse las decisiones jurisprudenciales que junto a la eficacia traslativa de la donación señalan sólo determinados efectos posesorios. Estas dos concepciones de la donación tienen un ámbito distinto de aplicación y responden a finalidades concretas y, por ello, me parece equivocado tratar de encontrar la precedencia de una u otra. No puedo detenerme, por lo demás, en examinar especialmente los argumentos de Casavola que haría demasiado extenso este comentario. Baste decir que no comparto algunas conclusiones del A.: Así, el texto de Pomponio comentando a Sabino (D. 39.5.9,2) no demuestra, como deduce el A. (p. 8 y 101 ss.), que el principio de la donación real no se aplicara ya con anterioridad, y los textos de juristas de finales de la República (p. 105 ss.), que destacan la incompatibilidad de la donación con la relación potestativa más bien indican lo contrario, es decir, que como consecuencia del carácter real de la donación se llega a la formulación de esta regla que pudo ser anterior; el relacionar el cambio de carácter de la donación con la evolución que del *mancipium* lleva al *dominium* no me parece acertado y, sobre todo, no conduce a nada preciso; la conexión de los textos de Papiniano, en que se afirma la incompatibilidad de donación y relación potestativa, y otros del mismo jurista que se inspiran en el principio contrario no ha sido su-

¹² ARCHI, *op. cit.*, p. 170, afirma que la terminología de los textos tiene un significado empírico y natural, visto fuera de los esquemas jurídicos: el padre en realidad se ha despojado de un bien y de hecho lo ha atribuido a un hijo, y esta voluntad es tan madura y definitiva que en ella persevera hasta la muerte.

ficientemente aclarada¹³; Ulpiano, *Fragm. Vat.* 269 no puede aducirse como prueba clara de la estructura posesoria común al comodato y a la donación, en cuanto este texto se refiere a una donación *ad utendum* de una madre a su hija en potestad y, en definitiva, a una entrega a título de peculio¹⁴.

En resumen, aun aceptando la existencia de una donación con efectos de atribución posesoria, en relación con las normas vigentes en el ordenamiento de la familia, no creo que los argumentos aportados sean lo suficientemente convincentes para excluir la originaria donación real.

3. Como presupuesto al estudio de la concepción clásica de la donación, Archi observa que el mundo romano actúa en esta materia como un organismo vivo y en pleno desarrollo y que el concepto de donación, como todos los conceptos romanos, tiene su historia, que es la de una institución no fosilizada en esquemas abstractos (p. 31). De la donación real los romanos llegan a la concepción de la *causa donationis* por obra de una elaboración jurisprudencial que tiende a separar la donación como causa general del concreto hecho en que se actuaba. En el examen de los distintos elementos y requisitos de la donación, Archi estudia, en primer lugar, la gratuidad que para los juristas romanos supone la ausencia de contraprestación, entendida no en sentido patrimonial, sino como correlación jurídica (*ob causam*)¹⁵. Las *pollicitationes*, según este A., como *donationes in rebus publicis* son verdaderas donaciones, porque el *honor* no es una causa o contraprestación, sino sólo la ocasión o el justo motivo por el que se promete. Junto al elemento objetivo de la gratuidad existía un elemento subjetivo: la voluntad dirigida como fin primario a la gratuidad, que en la práctica son dos caras de la misma moneda. En los complejos supuestos que examinan Juliano, Aristón, Pomponio y Marcelo se decide de acuerdo con la *mens* o *voluntas donatoris* que llega a ser el elemento dinámico que sirve a los juristas en casos en que se decide sobre la relevancia de la *causa donationis*¹⁶. El tema de la donación modal se

13 Vid. CASAVOLA, *op. cit.*, p. 87, n. 56, 105 y 112 s. El estudio de las donaciones en relación con los legados confirmatorios quizá hubiera podido aclarar más este problema. Vid. *Ius Ixorium* cit., p. 25 s., n. 60, y p. 113.

14 Vid. *Ius Ixorium* cit., p. 98 ss. Ulpiano, *Fragm. Vat.* 269, está en relación con Ulpiano, D. 23, 3, 34, y ambas se refieren a la cuestión de las cosas entregadas a la hija por la madre como peculio que le fueron atribuidas posteriormente por el padre como dote. CASAVOLA, *op. cit.*, p. 158 s., n. 51, rechaza con una fórmula demasiado genérica el minucioso examen de WIEACKER, *Textstufen*, p. 305 ss.

15 De D. 39, 5, 19 deduce ARCHI, *op. cit.*, p. 24 s., que el lenguaje de Ulpiano pone en evidencia el principio de que la correlación entre prestación y contraprestación de por sí misma excluye la donación.

16 Juliano, D. 12, 1, 20: *donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*. En este caso, puede decirse que la *mens* del donante está dirigida a la realización definitiva de la donación, es decir, a una inmediata donación real por lo que el texto quizá diga más de lo que ARCHI, *op. cit.*, p. 41, pretende. Juliano excluye la existencia de donación no por falta de la *mens donatoris*.

inserta en la elaboración de los elementos constitutivos de esta *causa donationis*.

El análisis del elemento subjetivo lleva a la espinosa cuestión del *animus donandi*. La expresión, para Archi, no representa siempre el mismo concepto y debe distinguirse la concepción clásica del *animus donandi* de la concepción bizantina. El criterio distintivo seguido por este A., frente a las tesis de Pringsheim y Biondi, sería el siguiente: para los juristas clásicos el problema se centraba en la compatibilidad de la *causa donationis* con los varios medios ofrecidos por el ordenamiento teniendo siempre presente dos elementos: la atribución que enriquece al donatario y la voluntad espontánea del donante; para lo bizantinos, en cambio, lo decisivo es la voluntad del agente que no encuentra ya límite en las necesidades estructurales de las instituciones (p. 54 y 64).

El requisito de la espontaneidad de la donación plantea algunas dudas. Si es indudable que los compiladores lo ponen en especial evidencia no resulta tan claro que sea un requisito distintivo de la donación para los clásicos, que aplican el criterio de la espontaneidad en la distinción entre *donum* y *munus*¹⁷.

El tema de la *locupletatio-depauperatio* como posible requisito de la donación lleva necesariamente a considerar la prohibición de donaciones entre cónyuges dentro del ámbito general de la donación. Archi rechaza la tesis de Savigny y, de acuerdo con la doctrina más reciente, afirma que este requisito encuentra aplicación sólo en materia de donaciones entre cónyuges y no debe considerarse integrante del concepto de donación. Sin embargo, admite que los romanos no tenían dos conceptos de donación, sino una sola concepción unitaria. Siguiendo este orden de ideas y sus consecuencias lógicas, me parece que el criterio del A. es demasiado rígido. Si existe una concepción unitaria de la donación¹⁸, si en el estudio

sino por defecto de los medios utilizados, ya que como el mismo Archi afirma hubiera sido apropiada la donación promisoria mediante *stipulatio*. De todas formas, es indudable la referencia a la *mens*.

17 Así resulta de las mismas palabras de ARCHI. *op. cit.*, p. 71: "Comunque dobbiamo constatare che, dando al termine donare il suo ampio significato, l'essersi la volontà formata sponte o necessaríe non è determinante per includere o escludere una fattispecie nel o dal *genus*." Tenemos, además, la impresión de que esa distinción tenga un significado más bien social y haga referencia a las relaciones internas de la familia. Vid. los textos literarios aducidos por CASAVOLA. *op. cit.*, p. 144 ss., y *Ius Tronum*, p. 86 ss.

18 Vid. ARCHI. *op. cit.*, p. 79 ss. Este autor afirma que el hecho de que la prohibición de donaciones se aplicase sólo a las donaciones que suponían ciertas consecuencias económicas no significa que se crease un segundo y más restringido concepto de donación. Sin embargo, aunque el criterio no aparezca explícitamente en los comentarios *ad legem Cinciam*, cabría preguntarse hasta qué punto los romanos han prescindido de esta contraposición y si ésta no sea una más concreta y práctica aplicación del principio de la gratuidad como ausencia de contraprestación. El mismo ARCHI. *op. cit.*, p. 90, comentando a Pomponio, D. 39. 5. 9. utiliza la expresión "arricchimento" con referencia a la causa típica de la donación. De otra parte, tratando de la convalidación de las donaciones entre cónyuges y del principio *morte Cincia remocetur* afirma (p. 185) que nos encontramos

del concepto no se puede prescindir de la casística jurisprudencial sobre donaciones entre cónyuges¹⁹, si el criterio de la *locupletatio-depauperatio* inspira abundantes e importantes decisiones jurisprudenciales en tal modo que puede hablarse de una firme concepción jurisprudencial²⁰, no creo pueda admitirse la consecuencia de que la historia y la aplicación de la prohibición de donaciones entre cónyuges no pertenezca a la historia del concepto de donación. Debió existir, al menos, una cierta influencia recíproca entre estas dos prohibiciones tan cercanas, mucho más si tenemos en cuenta que el criterio del enriquecimiento no era sólo económico, sino también jurídico. Este es un punto que me parece continúa todavía abierto a nuevos estudios y planteamientos.

La clasificación de las donaciones en donaciones *in dando*, *in obligando* e *in liberando*, que sigue Archi aunque con plena advertencia de los límites y reservas que supone²¹, creo debería eliminarse como una de tantas distinciones que más contribuye a confundir las ideas que a aclararlas. Basta leer la variada casística jurisprudencial que examina Archi (p. 88 ss.) para deducir lo forzado que resulta incluir todas las donaciones que implican la atribución de un derecho, que va de la nuda propiedad al uso o determinados disfrutes, en la categoría *in dando*. Si después pasamos a la categoría *in obligando*, en la que se encuadran las donaciones promisorias mediante estipulación, que reviste innumerables formas, o a la *in liberando*, con la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*, debemos concluir que esta clasificación es completamente inadecuada para describir toda la riqueza de aspectos y figuras jurídicas sobre los que actúa la *causa donationis*.

La relación entre *usucapio* y *causa donationis* y los efectos del título *pro legato* conducen nuevamente al problema de la donación de atribución posesoria y a las observaciones que antes hicimos. Cualquiera que sea el punto de partida que se adopte, se llegará siempre al mismo resultado: para que la usucapión pueda basarse en el título *pro donato* debe presuponerse una donación precedente que atribuye sólo la posesión²².

frente a un "grandioso fenómeno unitario" que demuestra cuál es el ambiente de este período.

19 De ello ARCHI da buena prueba cuando en las p. 38, 45, 55, 72, 86, 105 y 201 recoge textos que se refieren a las donaciones entre marido y mujer. El criterio de deducir de estos textos lo que facilita el común concepto de donación y rechazar lo que entorpece quizá no sea del todo acertado.

20 Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 209, donde afirma que la jurisprudencia tiende a dar a la prohibición una interpretación benigna y no formal y geométrica, como se ha sostenido. Este autor afirma, además (p. 207), que la fórmula económica no interviene en cuanto verdad económica, sino en cuanto es traducción en términos fáciles de rigurosos principios jurídicos.

21 Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 85, 103 y 216. El hecho de que el autor haya dejado fuera de esta clasificación la usucapión, el pago de deudas ajenas y la accesión en relación con la *causa donationis* es más que significativo y debería haberle llevado a suprimir una clasificación que es inadecuada también a efectos didácticos.

22 ARCHI, *op. cit.*, p. 174 ss., deduce de Neracio, D. 23. 1. 44, y de Hermige-

En cuanto a los efectos de la ley Cincia como *lex imperfecta*, Archi rechaza como incompletas las distintas hipótesis que han tratado de explicar los medios de actuación en la fase de las acciones de la ley y, aunque inclinándose por la sanción de la nota censoria, afirma que la falta de noticias textuales conduce al *ars nesciendi*. En la fase del procedimiento formulario, el remedio pretorio de la *exceptio* actuaba en manera diversa según el tipo de donación: cuando se ejercitaba la *actio ex stipulatu* se oponía la *exceptio*, que se recogía en la fórmula; en el caso de renuncia de deuda por *pactum de non petendo*, a la *exceptio pacti conventi* del donatario, el donante oponía la *replicatio legis Cinciae*; mayores dificultades suponía el caso de *res mancipi* entregada pero no mancipada por el donante: Archi oponiéndose a la posibilidad de aducir una *exceptio rei traditae*, ya que las fuentes mencionan sólo una *e. rei venditae et traditae*, se inclina por la *exceptio doli* o la *exceptio in factum*. El donante podía ejercitar, además de la *condictio indebiti*, el *interdictum utrubi* por el que se hacía reintegrar en la posesión colocándose en una situación ventajosa. En cuanto a la *exceptio in factum* y a su ámbito de aplicación, Archi sostiene que dado el silencio de las fuentes no puede llegarse a una solución precisa²³.

Independientemente del hecho de que el remedio de la *exceptio* resultaba inadecuado para aplicar la prohibición de la ley —lo que hace sospechar que no se le quiso dar una concreta aplicación— Archi afirma que el concepto de *donatio perfecta* debe ponerse en relación con la tendencia favorable a la donación que inspira a la última jurisprudencia clásica. Como se desprende de los textos, la *donatio perfecta* tiene no sólo un significado objetivo, sino también subjetivo: se usaba esta expresión sólo si la voluntad del donante se concretaba en determinados negocios típicos con lo que se consideraba bien determinada y firme²⁴. Archi expone con gran claridad este aspecto subjetivo de la *donatio perfecta* en relación con el principio *morte Cincia removetur*. En la nueva tendencia favorable a la donación destaca Papiniano con decisiones que facilitan la definitiva atri-

niano, D. 41. 6. 6, que en estos casos se trata de donación que supone "inmissione in un possesso", y añade: "vi è stata infatti una donazione reale concretata nel passaggio del possesso del donante al donatario; possesso che può portare alla proprietà mediante usucapione fondata nel titolo *pro donato*". Sin embargo, la donación real consiste en la transferencia de la propiedad de una cosa y esta forma en la fase más antigua "esaurisce il concetto stesso di donazione". Vid. ARCHI, op. cit., p. 85 s. CASAVOLA, op. cit., p. 151 s., afirma que el título *pro donato* hace referencia al donatario que no ha adquirido y ha sido investido sólo de la posesión, pero no estudia a fondo el problema ni tiene en cuenta los textos antes citados de Neracio y Hermogeniano. La cuestión me parece importante y digna de una atenta revisión.

²³ Una exposición de las distintas teorías sobre el ámbito de aplicación de la *exceptio in factum* puede verse en CASAVOLA, op. cit., p. 116 ss.

²⁴ Según ARCHI, op. cit., p. 171 s., la *donatio perfecta* no se presta a una rigurosa construcción dogmática que encuentre su fundamento en elementos estructurales objetivos. La *voluntas* puede con la *perseverantia* hacer perfecta incluso la donación que había nacido como imperfecta.

bución del peculio a los hijos²⁵. La jurisprudencia y legislación imperial del siglo III siguen la tendencia de dar eficacia a la voluntad liberal cuando ésta se manifiesta seria, inequívoca y fruto de meditada decisión²⁶.

4. Con la reforma de Constantino, la donación se transforma de causa de adquisición en un negocio típico que supone atribución de propiedad. Archi examina acertadamente esta reforma en relación con los inconvenientes y complicaciones técnicas a que llega la donación a final del siglo III. El problema más grave que se planteaba era el de averiguar el momento de la *perfectio donationis*, con referencia sobre todo a las innovaciones aportadas al final de la época clásica. Constantino se propone crear formas típicas y propias a las que necesariamente debe atenerse el que desea realizar una donación. En esta nueva concepción la donación asume la estructura jurídica del *contractus* —en el significado amplio y genérico que la expresión tiene en esta época— que implica transferencia de propiedad y en los tres nuevos requisitos de forma se exterioriza, en definitiva, el elemento común de la publicidad²⁷.

La nueva reforma encuentra fuertes reacciones en la práctica, que tendía a favorecer determinadas donaciones —como las donaciones reales con reserva de usufructo— para las que los nuevos requisitos de forma constituían un impedimento. Los textos de *Fragm. Vat.* y de *Pauli Sent.* revelan, en la opinión de Archi, que las innovaciones del siglo III y los problemas de la *perseverancia voluntatis* tenían para los prácticos de la época una gran importancia que hacía que las reformas radicales de la

²⁵ Vid. supra, par. 2.

²⁶ ARCHI, *op. cit.*, p. 225 ss., pone de relieve cómo la doctrina acoge en general la explicación de que la donación entra en crisis sobre todo por su complicado sistema que llevaba en todo caso a formas anticuadas y complejas. Considera el antagonismo entre corrientes romanas y helenísticas como causa indirecta o como simple componente de la crisis de la donación a principios del siglo IV.

²⁷ ARCHI, *op. cit.*, p. 233 ss., insiste acertadamente en que la reforma no fué un acto improvisado de Constantino, sino que se desarrolló siguiendo la línea de la tradición precedente. Cuando el emperador hace depender la validez de las donaciones *inter liberos et parentes* de la voluntad del donante se sitúa en la misma problemática clásica que exigía una voluntad madura y cierta. Archi acepta la tesis de Levy de que, después de la reforma constantiniana, sólo se considera donación la realizada en la forma típica que produce la transferencia de la propiedad. Con respecto a la influencia de tendencias vulgares, Archi quizá sea excesivamente cauto cuando afirma que mejor que de estas tendencias puede hablarse de medios con los que se entiende resolver el problema. Estos medios pudieron estar inspirados en tendencias vulgarizadoras. La orientación constantiniana a conseguir una certeza de los *instita dominorum*, que como ARCHI, p. 216, afirma constituye uno de los fundamentos de la nueva estructura político-administrativa y es esencial con respecto al sistema de recaudación de impuestos, es ya de por sí un importante factor de vulgarización. Archi usa también las expresiones: "tendenze classicheggianti" (p. 243), "linguaggio volgare" (p. 263), "movimento di vulgarizzazione" (p. 264). Las reservas que el autor mantiene sobre las recientes orientaciones de la doctrina alemana en esta materia pueden verse en *Metaxologia e problematica nello studio del periodo postclassico giustiniano*, en SDHI 26 (1964), p. 343 s.

legislación pasasen inadvertidas o, cuando menos, no del todo observadas. De otra parte, el interés con que los sucesores de Constantino defendían la reforma demuestra el valor que la cancillería imperial atribuía a un rígido formalismo que no tenía en cuenta las exigencias ineludibles de la vida²⁸.

Sobre la evolución de la donación en Occidente en la época postclásica, Archi se muestra contrario a la tesis de la influencia inmediata de las ideas cristianas y afirma que las nuevas formas encuentran su justificación en factores más complejos y modestos. Existió en la práctica una tendencia, que es particularmente viva en el ámbito familiar, a servirse de la donación en lugar del testamento para disponer de los propios bienes²⁹. En la *Lex Visigothorum*, la confusión entre la donación *mortis causa* y la donación *retentu usufructu* es, según Archi, la fatal consecuencia de un movimiento de vulgarización que venía ya actuando desde hacia tiempo. D'Ors ha puesto acertadamente de relieve como en definitiva la donación euriciana sigue siendo igual a la vulgar romana y llega a la conclusión de que la forma general de la donación es, en definitiva, la forma del testamento³⁰.

La evolución histórica de la donación romana se cierra con Justiniano, que se muestra especialmente favorable a la donación. Archi destaca cómo el emperador no sólo pone en práctica medidas que favorecen la donación —la concesión de las acciones *donationis causa* al donatario y a sus herederos y la elevación del límite sobre el que se considera necesaria la *insinuatio*—, sino que desvincula la donación de la naturaleza de contrato con eficacia real, sancionando el principio de que la donación es perfecta independientemente de la *traditio*, porque se basa sobre la *pura voluntas*³¹. De otra parte, al considerarse el espíritu de liberalidad y magnificencia en los motivos del donante como elemento estructural, el *ani-*

²⁸ ARCHI, *op. cit.*, p. 252, afirma que mientras la donación llega a ser en el empobrecido ambiente económico-jurídico de esta época uno de los institutos esenciales, la legislación ignora los problemas de fondo de la institución contentándose con los simples aspectos formales que interesaban a la burocracia.

²⁹ Las *Pauli Sent.* hablan de la donación en el libro tercero, dedicado al derecho sucesorio y a los legados; en el Código Teodosiano, la donación se presenta como un instituto con autonomía propia, consecuencia del cambio de estructura; en la *interpretatio*, la *donatio directa* es una donación en la que la transferencia de propiedad se realiza inmediatamente con o sin reserva de usufructo. Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 251 ss.

³⁰ D'ORS, *El Código de Eurico (Estudios Visigóticos II)*, Roma-Madrid, 1909, p. 233 ss., afirma que CE 307 no habla propiamente de irrevocabilidad, sino más bien de validez (*firmitas*), pero en relación con una forma de donación; sólo que esta forma no es una forma especial, sino simplemente la forma general de toda donación *mortis causa*, es decir, la forma del testamento. Sobre las donaciones nupciales en relación con las disposiciones testamentarias, vid. también GARCÍA GARRIDO, *El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico*, en AHDE 29 (1950), p. 289 ss.

³¹ Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 272 ss. Para este autor, p. 278, la denominación de *donatio inter vivos* es también de creación justinianea.

mus viene a perder toda base concreta dando lugar a una peligrosa confusión entre los aspectos subjetivos de la causa y los simples motivos³².

La evolución histórica de la donación se muestra, pues, especialmente rica en consecuencias y principios que son fundamentales para el conocimiento de las instituciones jurídicas romanas. Comentando los libros de Archi y Casavola hemos querido, sobre todo, valorar aquellos datos que pueden considerarse como definitivamente alcanzados junto con las dudas y lagunas que todavía presenta esta institución tan compleja y difícil de encuadrar en moldes conceptuales como el mismo espíritu humano de liberalidad que la anima.

MANUEL GARCÍA GARRIDO

³² Cfr. ARCHI, *op. cit.*, p. 288. El estudio de Archi sobre el derecho justinianeo es un modelo en su género: el autor estudia con gran rigor metodológico tanto los antecedentes inmediatos como las exigencias sistemáticas en el *Corpus Iuris*, en relación con las particulares tendencias de Justiniano.

V A R I A

LA OCTAVA SEMANA INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ALTOMEDIE- DIEVALES, DE SPOLETO

Continuando la firme trayectoria observada desde su fundación, el «Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioèvo» que preside el honorable rector de la Universidad de Perusa, profesor Giuseppe Ermini, ha organizado este año en la ciudad umbra de Spoleto la Octava Semana de Estudios Internacionales, proponiéndose esta vez el tema «La moneda y el cambio monetario en el alto medioevo». Ciento treinta y un participantes oficiales han concurrido, procedentes de las más diversas nacionalidades: franceses, belgas, italianos, ingleses, suecos, austriacos, polacos, húngaros, rusos, alemanes y españoles. El programa ha distinguido dos partes: a) la moneda en los diversos países, y b) los cambios internacionales y la moneda. A su vez, dentro del primer apartado ha distinguido áreas territoriales, agrupando bajo las mismas a las diversas conferencias, en la forma siguiente:

Italia.—Profesor Philip Grierson, del «Gonville and Caius College», de Cambridge; Roberto Sabatino López, de la «Yale University», de Nueva York, y Ugo Gualazzini, de la Universidad de Parma.

Francia y Alemania.—Jean Hubert, de la «Ecole des Chartes», de París; Jean Lafaurie, de la Universidad de París; Fernand Vercauteren, de la Universidad de Lieja y Joachim Werner, de la Universidad de Munich.

Península Ibérica.—Profesor Claudio Sánchez-Albornoz, de la Universidad de Buenos Aires, y profesor Luis G. de Valdeavellano, de la Universidad de Madrid.

Islas Británicas.—El profesor Grierson, ya citado.

Países Escandinavos.—El profesor Sture Bolin, de la Universidad de Lund.

Europa Oriental.—Profesor Aleksander Gieysztor, de la Universidad de Varsovia, y Valentine Yanin, de la Universidad de Moscú.

Brancio.—El profesor Vitaliano Laurent, Director del Instituto Francés de Estudios Bizantinos, de París.

Por lo que se refiere al tema de los cambios internacionales, el programa sin distinción de áreas, ha agrupado a los profesores Carlo M. Cipolla, del Instituto Universitario de Economía y Comercio, de Venecia; Carlo Battisti, de la Universidad de Florencia; Erna J. Patzelt, de la Universidad de Viena, y Joachim Werner, de la Universidad de Munich.

Las referidas divisiones no deben interpretarse demasiado restrictivamente. Dentro de las del primer apartado, sólo algunas de ellas han tenido el carácter de estudio estricto de la moneda, en tanto que otras, como la de Gieysztor, alguna de Grierson, Vercauteren y las de los profesores españoles han tenido matices más amplios. Por otra parte, dentro del segundo epígrafe es menester observar que la conferencia de Battisti ha tenido carácter exclusivamente filológico, y que en tanto la de Cipolla ha tenido carácter general, la de Patzelt se ha referido a un área territorial como es la de los Países escandinavos, e igualmente la de Werner se ha referido a una zona determinada, como es la germánica. La involuntaria ausencia de los profesores españoles no ha permitido, desgraciadamente, una discusión del tema en nuestra Península, habiéndose leído sus comunicaciones.

A diferencia de otras jornadas spoletinas anteriores, como la pasada de la que se rindió cuenta en el último volumen de este ANUARIO, la presente «Settimana», sólo ha ofrecido un interés indirecto para los cultivadores de la Historia del Derecho, en tanto que el aspecto jurídico ha sido objeto únicamente de una intervención: la del profesor Gualazzini. En consecuencia, esta reseña se circunscribirá a la indicada intervención y a las comunicaciones de los profesores españoles, aunque el interés de todas las conferencias pronunciadas es muy grande para todo el cultivador de cualquier disciplina histórica.

Conferencia del profesor Gualazzini.—Ha versado sobre el tema: «Aspetti giuridici del problema monetari in Italia nell'alto medioevo». El profesor de Parma parte de la consideración del problema en el antiguo mundo romano para estudiar un concepto que el medioevo ha encontrado en forma difusa. Las leyes del siglo v a. C. fijan las multas todavía en bestias, etc., como sucede en la «Lex Tarpeia» y si el poder acepta monedas etruscas no lo hace con la consideración de moneda legal. Bonfante emitió la opinión de que fué en el siglo iv a. C. cuando apareció propiamente la moneda en Roma, dudando el profesor Gualazzini de que el testimonio que se recoge de Plinio para atribuir ese momento a Servio Tulio deba referirse a otra cosa que a la función de garantizar el peso y la medida. Eran los particulares, y no el Poder público, los que se hallaban más interesados en la existencia de la moneda, y así se comprueba que en el Digesto se habla más de una pública estimación que no del papel del Estado. Más tarde se ofrece el nominalismo, y con Constantino se considera delito de lesa majestad el cometido en materia monetaria, viéndose entonces en la moneda el símbolo y reservándose el derecho de darla valor, siendo instrumento del Estado. El profesor italiano señala cómo por otra parte no sería bien entendido el precepto de Cristo sobre la moneda, en cuanto éste no pretendería la atribución de su propiedad al Príncipe. También destaca cómo entre los pueblos bárbaros el distinto concepto debió depender de la influencia ejercida en ellos por el Código Teodosiano. A su vez, los lombardos, sin un concepto de estado

y con una economía nomada tuvieron mas bien una incapacidad espiritual que una incapacidad física para batir moneda. El Rey no era el vértice de una estructura estatal, y, por ello, falsificaba moneda, entendiéndose el término «falsificación» en su recto sentido.

Frente a la postura observada por el profesor López Gualazzini entiende que es con Rotario con el que se inicia una moneda propia entre los lombardos, y destaca como no debe hablarse de un elemento psicológico, sino de un elemento jurídico, que, además, se desarrolla paralelamente al concepto de Estado. Se reconoce al Rey el derecho de emitir moneda y fijar su valor, penando aquél la falsificación como pena el reato. El profesor Gualazzini concluye examinando el sentido institucional del término «Flavia».

Comunicación del profesor Sánchez-Albornoz.—Tratando sobre el tema «La moneda y el precio de la vida en el reino astur-leonés» (722-1035), el profesor Sánchez-Albornoz ratifica su tesis de que los Reyes astur-leoneses no acuñaron numerario, lo que ya había sido sostenido por su maestro, Antonio Vives. Alude a la *moneta regis* y a la *moneta urbis* del Fuero de Leon, que estima interpolación y opina que siguieron en circulación las viejas monedas romanas, empleándose el término «solidos», no para designar a los sueldos bizantinos, sino para designar a los viejos denarios de plata. También expone cómo su antigua tesis de que los llamados sueldos «gallicanos», «gallicenses», «calicenses», «gallicarios» o «galleganos», eran procedentes de la «Gallaecia», y no de las Galias, se ha visto confirmada por el descubrimiento de sueldos suevos por parte de Reinhart, en que se alude también a los sólidos o «argentum mahomati», «hazimí» o «kazimí» de las cecas cordobesas. Junto a esto, circularon piezas de plata pesada en sueldos y se empleó como medio de pago el modio de trigo y la oveja con la equivalencia de un sueldo argénteo, y, asimismo, persistió la circulación de los tremises visigodos, aunque el comunicante se pregunta, sin poder dar respuesta categórica, acerca de si implicaba una verdadera circulación tremisal la alusión a «linceos» y «lenzios tremisales» o a una «saia nova tremisale», que se encuentra hasta mediados del siglo IX, y aun en todo el siglo X. Por lo que se refiere a los sueldos, el profesor Sánchez-Albornoz cree firmemente que se trata de los áureos cuando no se califica su materia, pero por la subida de precios experimentada en el siglo X, supone la sustitución de las piezas de oro por las de plata. ¿Cuándo sucedió esto?—se pregunta el comunicante—. Pudo haber sido con Alfonso II (791-842), muy ligado a Carlomagno pero no existe una disposición oficial, lo que, además, parece incompatible con la política neogótica del Rey Casto. Desde el principio del siglo VIII dejó de acuñarse moneda de oro, de forma que antes de un siglo debió desaparecer, aunque siguiera figurando como unidad de cuenta. A fines del mismo siglo comienza el peregrinaje a Santiago de Compostela, y en la primera mitad del siglo X se habla de objetos «franciscos». La escasez de monedas áureas y la circulación de piezas de plata

carolingias e islámicas debió producir antes del año 900 cambios en el uso de una moneda de cuenta. El profesor español cita en su comunicación varios documentos, de los que se desprende que en la segunda mitad del siglo ix se generalizó el uso de la plata. En el siglo x, y hasta la caída del reino astur-leonés, abundan las referencias precisas a los sueldos de plata, y los manuscritos tardíos del *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo permiten señalar la equivalencia del oro con la plata (un sueldo aureo = quince sueldos argenteos), devaluación que implicaría cambios sociales y económicos profundos. Ante cuál fué el sistema imitado, el profesor Sánchez-Albornoz se inclina por pensar que se aceptaría el carolingio y no el andaluz, dada la resistencia a lo islámico y la inclinación a lo carolingio.

Comunicación del profesor Luis G. de Valdeavellano.—El profesor Valdeavellano pone de manifiesto que el establecimiento de suevos y visigodos no supuso transformación esencial del sistema monetario del Bajo Imperio dentro de la Península Ibérica, que vivió dentro de la economía mediterránea, en contacto con Oriente y el Norte de Africa, con el *solidus* áureo bizantino como patrón. La economía visigoda fué monetaria, aunque la circulación fuera escasa, y a veces se pagaran en especie las multas y los impuestos. Suevos y visigodos imitaron las monedas bizantinas, y Leovigildo fué el primer rey hispano-godo que acuñó moneda propia, ajustada al *tremis* áureo bizantino. Pero a partir de finales del siglo vii, las nuevas acuñaciones de *tremisses* son de una aleación en la que entra la plata en mayor proporción que el oro.

Con la invasión árabe, la mayor parte de la Península sometida, no queda fuera del ámbito de la economía mediterránea, teniendo por instrumento el «dinar» de oro, que los árabes habían imitado del sueldo bizantino. La economía musulmana fué esencialmente monetaria, aunque hasta el reinado de Abderramán II (822-852) hubiese escasez de numerario. A partir de aquél, el Emir tuvo el monopolio de la acuñación y se fundó en Córdoba una ceca que puso en circulación abundantes «dirhemes» de plata, y desde principios del siglo x «dinares» y cuartos de «dinar» de oro de buena ley. Las principales ciudades de Al-Andalus fueron activos focos de economía urbana, servida por una intensa economía monetaria.

En los estados hispano-cristianos de la Alta Edad Media—sigue la comunicación del profesor Valdeavellano—no parece que se extinguiera durante los siglos ix y x toda economía de cambio, a pesar del carácter predominantemente agrario de su vida económica. En el siglo x se advierte un cierto desarrollo de la circulación mercantil, alimentada por un comercio de importación que procede, sobre todo, de la España musulmana, que a su vez estaba en comunicación mercantil marítima con los puertos del Norte de Africa y no había quedado aislada de las rutas mediterráneas del comercio con Oriente. En el indicado siglo llegaban tejidos de lujo procedentes de Al-Andalus e incluso de Bizancio y del Oriente islami-

co al reino astur-leones. Por otra parte, la existencia en el valle del Duero de un gran número de pequeñas propiedades rústicas a consecuencia del tipo especial de repoblación, y la circunstancia de que los grandes dominios no estuviesen constituidos en su mayor parte por unidades territoriales, no hicieron posible una «economía doméstica cerrada» en el sentido de Karl Bücher, pues pequeñas propiedades y latifundios señoriales no podían vivir como cotos cerrados y autárquicos.

Si bien no existió una economía natural—dice el profesor madrileño—, las precarias condiciones de los núcleos cristianos supusieron un grave quebranto para la circulación monetaria, y se hubo de acudir a los productos en especial, pero sin desaparecer la moneda, utilizando aquéllos en combinación con ésta. Economía natural y economía monetaria coexistieron, y parece que los reinos cristianos se hubieron de adaptar al nuevo sistema monetario franco, en el que el antiguo sueldo de oro habría sido una unidad de cuenta, y los denarios de plata las únicas monedas reales y efectivas. Desde Carlomagno y Ludovico Pío, los monarcas francos acuñaron moneda de plata en los condados catalanes, y en la primera mitad del siglo x hay noticia documental en Cataluña de «monetarii». Ni los reyes de Oviedo ni los de León acuñaron numerario propio, pero utilizaron el sueldo de plata como unidad de cuenta. Circulaban también bastantes monedas efectivas, en su mayor parte de plata, y para designarlas se generalizó el viejo nombre de *solidus* (sólidos argénteos), que se daba a antiguos denarios romanos, a las nuevas monedas francas y a los «dirhemes» hispano-árabes que circulaban. La escasa circulación de moneda de oro estuvo representada por los «tremisses» de oro visigodo hasta el siglo xii, los «meztales» de oro y dinares orientales o hispano-árabes y, probablemente, también los tercios de sueldo de oro suevos, que cabe identificar con los sueldos que los documentos gallegos llaman «gallicanos» o «gallicenses», aunque también podría tratarse de monedas francas. Algunas cabezas de ganado y productos naturales se equiparon en valor al sueldo de plata, como el moño de trigo y la oveja.

En el siglo xi y coincidiendo con el renacimiento del comercio en el Occidente europeo—concluye diciendo el profesor Valdeavellano— aumenta en los Estados hispano-cristianos la circulación de la moneda a base de los sueldos de plata y de los «dinares» y «dirhemes» hispano-árabes («meztales» o «mancusos»), y todos los estados de la España cristiana empiezan a acuñar moneda propia divisionaria. El Conde de Barcelona, Ramón Berenguer I (1035-1076), es el primer príncipe hispano-cristiano que acuña moneda de oro o «mancusos» a imitación fiel de los «dinares» acuñados en Málaga por el hammudí Yahaya ben Alí, aunque lo corriente es que el «mancuso» sólo represente una unidad de cuenta y signifique el valor del «dinar» árabe en monedas del país.

LUIS G. DE VALDEAVELLANO, ACADEMICO DE LA HISTORIA

En el pasado mayo de 1960 ingresó solemnemente como académico de número en la Real Academia de Historia el ilustre catedrático de Historia del Derecho, actualmente de Historia de las Instituciones político-administrativas, en la Universidad de Madrid, don Luis García de Valdeavellano y Arcimis, que durante el curso anterior había sido elegido virtualmente por unanimidad para ocupar la vacante dejada por fallecimiento de don Vicente Castañeda Alcover. Su discurso de ingreso *Sobre los burgos y burgueses en la España medieval*, es objeto de recensión en estas mismas páginas.

El ANUARIO se complace en registrar esta honrosísima y merecedísima distinción conferida a uno de sus más antiguos colaboradores, discípulo predilecto de quien fue su iniciador y alma durante los primeros años de su publicación, don Claudio Sánchez Albornoz. La obra de Valdeavellano, cimentada en esta escuela de la historia de las instituciones medievales españolas, ha ido ampliando su radio y sus horizontes, conforme ganaba al propio tiempo en madurez derivada del estudio tenaz y continuado, reflexivo y metódico durante años de callada y recoleta labor. Así, sin abandonar sus temas de especialidad histórico-jurídica—en buena parte aparecidos en el ANUARIO—como *El mercado*, *La cuota de libre disposición*, *El prestimonio*, etc., ha dado a conocer, en estos últimos tiempos, los primeros frutos de su obra de elaboración de conjunto plasmada en una nueva *Historia de España*, cuyo primer volumen, comprensivo de la trayectoria histórica del país hasta los inicios de la Baja Edad Media, y ya editado por dos veces, ha bastado para acreditar con apreciación unánime sus excelentes dotes de historiador general, como la anterior producción monográfica había revelado su penetración investigadora y finura jurídica.

Sin duda alguna que ambas dimensiones meritorias de su labor le habrán franqueado las puertas de la Academia de la Historia, por la que han pasado ya tan relevantes cultivadores de la historia jurídica e institucional. El ANUARIO se congratula en esta ocasión de que otra destacada figura de la *escuela de Hinojosa* vaya a continuar en tan venerable senado la noble tradición de aquellos sus antecesores.