











## LAS FUENTES DE LA DEFINICION DE CODICILO EN SAN ISIDORO DE SEVILLA\*

1. San Isidoro da en *Et.* 5, 24, 14 una extraña definición de codicilo. Esa definición, o tal vez más exactamente descripción, podría ser considerada desde dos puntos de vista: como la expresión del pensamiento de San Isidoro, o como el producto de unas fuentes previas por él utilizadas. Conforme a la actual orientación de los estudios isidorianos, parecería obvio estudiar el tema desde el primer punto de vista: Fontaine ha trazado magistralmente las directrices generales de tipo constructivo que han de seguir los estudios isidorianos, si han de ajustarse a las exigencias científicas actuales; y ha desarrollado ese estudio en varios sectores de la amplísima materia tratada por San Isidoro<sup>1</sup>. Simultáneamente, García-Gallo

---

\* Además de las siglas normalmente empleadas, se utilizan en el presente trabajo las siguientes: BRAH = *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid; CCL = *Corpus Christianorum* (Series latina), Turnhout; CSEL = *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, Wien; *Et.* = (Isidori Hispalensis) *Etymologiarum seu Originum libri XX* ed. WM Lindsay, Oxford, 1911; *Herm.* = *Hermes* (Zeitschrift für klassische Philologie), Leipzig; *Is.* = *Isidoriana* (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento), León 1961; JRS = *The Journal of Roman Studies*, London; MGH = *Monumenta Germaniae historica*, Hannover; MI = *Miscellanea isidoriana*, Roma 1936; NA = *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, Hannover; PG = *Patrologiae cursus completus* ed. JP Migne (Series graeca); PL = *Patrologiae cursus completus* ed. JP Migne (Series latina); *RDCan.* = *Revue de Droit canonique*, Strasbourg; RE = *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Pauly-Wissowa), Stuttgart; RGLJ = *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid; *RhMus.* = *Rheinisches Museum für Philologie*, Bonn; TLL = *Thesaurus linguae latinae*, Leipzig.

1. J. FONTAINE *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique* Paris 1959, 16-19; *Problèmes de méthode dans l'étude des sources isidoriennes* *Is.* 115-130.

ha marcado con pleno acierto esa misma orientación constructiva en lo que se refiere al aspecto jurídico de la obra de San Isidoro<sup>2</sup>. El elegir como objeto de este trabajo precisamente el estudio de las fuentes del pasaje isidoriano, no implica en manera alguna disconformidad con la nueva orientación, sino que obedece fundamentalmente a la conveniencia de complementar los presupuestos ineludibles para esa nueva orientación. *Et.* es una obra que, según su mismo autor, tiende primordialmente a reproducir textos de autores anteriores<sup>3</sup>. Por ello ha de precisarse, en la medida de lo posible, la individualidad o, al menos, el carácter de las obras jurídicas utilizadas por San Isidoro, para poder valorar su criterio selectivo, las modificaciones introducidas por él en las fuentes utilizadas y la construcción por él realizada con materiales procedentes de otras obras.

Por otra parte, el conocimiento de las fuentes jurídicas utilizadas por una persona como San Isidoro, que si bien no fué jurista, fué un hombre de inmensa cultura y de excepcional influencia en su época y en la posteridad, tiene en sí mismo un indudable interés para la historia del derecho romano tardío y del derecho español. Ese estudio de las fuentes jurídicas utilizadas por San Isidoro dista mucho de haber llegado a soluciones definitivas. Los estudios de conjunto de Dirksen<sup>4</sup> y de Kübler<sup>5</sup> y las páginas que al tema dedicó Conrat<sup>6</sup>, establecieron sólidamente ya al final del siglo pasado, que San Isidoro utilizó uno o varios manuales jurídicos postclásicos<sup>7</sup>. Pero aun después de esos estu-

2. A. GARCÍA-GALLO *San Isidoro jurista* Is. 133-141.

3. San Isidoro dedicó la primera edición de *Et.* al Rey Sisebuto e hizo constar expresamente en su carta dedicatoria la tendencia de la obra: ISID. *Ep.* 6 (ed. LINDSAY) *opus de origine quarundam rerum ex veteris lectionis recordatione collectum*. Sobre la autenticidad de esa carta: E. ANSPACH *Isidori Hispalensis institutionum disciplinae RhMus.* 67 (1912) 561-562 n. 2; J. A. DE ALDAMA *Indicaciones sobre la cronología de las obras de San Isidoro* MI 62.

4. H. E. DIRKSEN *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts* Hinterlassene Schriften, Leipzig 1871, 185-200.

5. B. KÜBLER *Isidorusstudien Herm.* 25 (1890) 496-526.

6. M. CONRAT *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* Leipzig 1891, 150-153.

7. En el mismo sentido: J. GAUDEMET *La doctrine des sources du droit*

dios, se ha seguido discutiendo con frecuencia la relación de San Isidoro con la compilación justiniana; queda por precisar en muchos puntos el grado de mediatez con que San Isidoro utilizó algunas obras clásicas y postclásicas conocidas<sup>8</sup>; y se ha avanzado relativamente poco en la caracterización del manual o manuales postclásicos, que ciertamente utilizó. El presente trabajo busca únicamente precisar en la medida de lo posible las fuentes de *Et.* 5, 24, 14. El pasaje no tiene en sí una particular relevancia; pero puede ser considerado como típico, ya que en él se plantean varias de las cuestiones aludidas.

2. El pasaje sobre el codicilo se halla en el libro quinto de *Et.*, dedicado en sus 27 primeros títulos a conceptos jurídicos; y dentro de ese libro, en el título 24 bajo la rúbrica *De instrumentis legalibus*. El contexto inmediato está constituido por una serie de definiciones y descripciones de procedencia heterogénea: patrística<sup>9</sup>, literaria<sup>10</sup> y jurídica<sup>11</sup>.

El pasaje isidoriano presenta en diversos puntos innegables

---

*dans le Décret de Gratien RDCan.* 1 (1951) 14-24; A. D'ORS *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* Salamanca 1943, 82-83; *Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en Roma* RGLJ 179 (1946) 511; *En torno a la definición isidoriana del ius gentium* (en *Derecho de gentes y organización internacional* 1 Santiago 1956, 15).

8. M. L. W. LAISTNER *Dediticci: The source of Isidore Et. 9, 4, 49-50* JRS 11 (1921) 267-268 ha demostrado la existencia de una fuente intermedia entre las Instituciones de Gayo y San Isidoro al menos para un pasaje. Espero tratar el tema con detención en un estudio sobre los textos gayanos de San Isidoro de próxima aparición.

9. Es cierto el origen patrístico de los siguientes pasajes: *Et.* 5, 24, 2 // LACT. *Div. Inst.* 4, 20, 2 (CSEL 19, 364); *Et.* 5, 24, 3 // AUG. *Ps.* 82, 6 (PL 37, 1052); *Et.* 5, 24, 4 // HIER. *Ep.* 8, 1 (CSEL 54, 31-32).

10. De muy probable origen literario son *Et.* 5, 24, 18. 19 etc. El origen literario es cierto en *Et.* 5, 24, 25-26 // SERV. *Georg.* 1, 31. Sobre este último texto isidoriano: R. BIDAGOR *Sobre la naturaleza del matrimonio en San Isidoro de Sevilla* MI 285.

11. Es sumamente probable el origen jurídico de *Et.* 5, 24, 5-11. 17 etc. Sobre las fuentes de esos pasajes: M. CONRAT *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechtes im frühen Mittelalter* Leipzig 1891, 151-152; R. KÜBLER *Isidorussstudien Herm.* 25 (1890) 509-510. El origen jurídico es cierto en *Et.* 5, 24, 13 // GAI. 2, 104; *Et.* 5, 24, 15-16 // GAI. 2, 164-170.



semejanzas con un texto de *Inst.* Para mayor facilidad en la confrontación reproduzco paralelamente ambos textos. Al mismo tiempo para facilitar el análisis del texto isidoriano lo divido en fragmentos que no aparecen en las ediciones.

*Inst.* 2, 25

pr. Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat quin codicilli iure optimo admitterentur...

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant.

ISID. *Et.* 5, 24, 14

[a] Codicillum, ut veteres aiunt, sine dubio ab auctore dictum, qui hoc scripturae genus instituit. [b] Est autem scriptura nullan indigens sollemnitatem verborum, sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam. [c] Cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium, [d] ita ut qui scribit titulum eiusdem scripturae codicillum vocet. [e] Sicut autem codicillus fit vice testamenti, ita epistola vice codicillorum.

Las analogías entre ambos textos llevaron a Séjourné<sup>12</sup> y Zie-

---

12. P. SÉJOURNÉ *Le dernier Père de l'église Saint Isidore de Séville* Paris 1929, 63.

gler<sup>13</sup> a afirmar la dependencia directa de *Et.* respecto a *Inst.* Guarino, tras un detenido estudio de ambos textos, llegó a la conclusión de que San Isidoro había utilizado una fuente muy parecida, si no idéntica, a *Inst.*<sup>14</sup>. Concretamente, Guarino ha puesto de relieve las siguientes analogías entre ambos textos: *voluntatem eius implesset // voluntatibus defunctorum constat esse subventum; utilissimum et necessarium... esse propter magnas peregrinationes // propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium*<sup>15</sup>. A esos paralelos señalados por Guarino hay que añadir: *nullam solemnitatem ordinationis desiderant // nullam indigens solemnitatem verborum.*

Todas estas analogías son evidentes. Más aún, las profundas discrepancias de fondo entre ambos textos, apreciables inmediatamente por simple lectura, no son en una obra como *Et.* indicio de independencia: con gran frecuencia San Isidoro, al utilizar un texto, modifica profundamente su contenido, al mismo tiempo que mantiene sus rasgos característicos de léxico y estilo<sup>16</sup>. Sin embargo, falta en el texto de *Et.* ahora estudiado, el indicio más seguro de dependencia, que es precisamente el mantenimiento de las características de léxico y estilo de la fuente utilizada. Por

13. A. K. ZIEGLER *Bulletin of the Riccobono Seminar of Roman Law in America* BIDR 43 (1935) 336.

14. A. GUARINO *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli* SDHI 10 (1944) 318-321.

15. A. GUARINO *o. c.* SDHI 10 (1944) 320-321.

16. La confrontación de textos de *Et.* con los de sus fuentes revela continuamente ese fenómeno. Véase un ejemplo típico: AUG. *Civ.* 19, 16 (CCL 48, 683) *Quocirca etsi habuerunt servos iuste patres nostri sic administrabant domesticam pacem ut secundum haec temporalia bona filiorum sortem a servorum condicione distinguerent: ad Deum autem colendum, in quo aeterna bona speranda sunt, omnibus domus suae membris pari dilectione consulerent. Quod naturalis ordo ita praescribit ut nomen patrisfamilias hinc exortum sit et tam late vulgatum ut etiam inique dominantes hoc se gaudeant appellari. Qui autem veri patresfamilias sunt omnibus in familia tamquam filiis ad colendum et promerendum Deum consulunt... // ISID. *Et.* 9, 5, 6 *Paterfamilias autem dictus quod omnibus in familia sua positus servis tamquam pater filiis patria dilectione consulit; servorum condicionem a filiorum affectu non discernit sed quasi unum membrum amplectit. Hinc enim exortum est nomen patrisfamilias. Qui autem inique dominatur in servis hoc se nomine nequaquam se reputent appellari.**



otra parte, hay en *Et.*, como se verá, una serie de locuciones e ideas muy caracterizadas, que difícilmente pueden ser atribuidas a San Isidoro y que carecen de paralelo en *Inst.* Además es perfectamente posible que en dos descripciones elementales del concepto de codicilo aparezcan coincidencias, sin que ello implique necesariamente la dependencia de una respecto de la otra. Como además esas coincidencias son en *Et.* tan grandes o mayores respecto a diversos textos jurídicos postclásicos, queda abierto el problema sobre las fuentes del texto isidoriano. Su solución exige un análisis detallado del mismo.

3. Desde el punto de vista redaccional, el pasaje isidoriano está constituido por una serie de fragmentos más o menos vinculados entre sí. La extraña explicación etimológica del término *codicillum* en el fragmento [a] no está internamente vinculada ni por su forma ni por su contenido con el siguiente fragmento. Esa falta de vinculación, aunque de por sí no es un indicio positivo de que [a] y [b] procedan de diversa fuente, permite la conclusión negativa de que no es seguro que ambos fragmentos procedan de la misma fuente. El fragmento [b] es una descripción de la naturaleza del codicilo hecha desde el punto de vista formal: se centra en la no exigencia de forma solemne. La descripción queda complementada inmediatamente por el fragmento [c] que expone la finalidad simplificadora del codicilo. La conexión entre [c] y [d] es totalmente forzada, ya que la exigencia mínima de forma para el codicilo expresada en [d], sólo tiene el sentido consecutivo exigido por su forma gramatical, respecto de [b] y no respecto de [c]. El último fragmento [e] establece una ecuación entre los conceptos de testamento y codicilo y los de codicilo y epístola. Desde un punto de vista puramente formal, no hay indicio ninguno para determinar si su vinculación con el fragmento anterior [d] es primaria o secundaria.

Hay, sin embargo, un indicio de orden gramatical de que el fragmento [e] procede de fuente distinta de la de [a]: mientras en [a] se emplea la forma neutra singular *codicillum*<sup>17</sup> casi desu-

---

17. Gramaticalmente *codicillum* no puede ser considerado como un acusativo singular con función de sujeto de una oración de infinitivo del tipo

sada<sup>18</sup>, [e] utiliza indistintamente el masculino plural *codicilli*, conforme a la terminología jurídica usual y en la época clásica única<sup>19</sup>, y el masculino singular *codicillus* muy usado junto a la forma singular en la época postclásica<sup>20</sup>. Los fragmentos [a] y [e] proceden, por tanto, probablemente de distinta fuente. En cuanto al fragmento [d] donde se menciona el término en acusativo singular, no puede precisarse si mantiene la forma neutra de [a] o la masculina de [e].

Del análisis puramente formal del pasaje isidoriano puede, por tanto, deducirse con probabilidad que, por una parte, los fragmentos [a] y [e] proceden de distinta fuente, y por otra, que el fragmento [c] procede de fuente diversa, o al menos de un pasaje no contiguo de la misma fuente que la del fragmento [c].

4. Por lo que se refiere al contenido, el fragmento [a] explica el origen del término *codicillum* por el nombre de la persona que introdujo la institución. La expresión *codicillum... ab auctore dictum qui hoc scripturae genus instituit* no admite otra explicación que la de que en la mente de San Isidoro el inventor del co-

---

*veteres aiunt codicillum dictum*. La partícula *ut* que precede a *veteres aiunt* hace de esta frase una oración adverbial de modo. *Codicillum* ha de ser considerado, por tanto, como nominativo singular, según la forma típica de expresarse de San Isidoro, que omite con frecuencia el *est* copulativo. Sólo en *Et.* 5, 24 aparecen estos casos: 1. *Voluntas generale nomen*; 2. *Testamentum vocatum quia...*; 16. *Cretio autem appellata quasi...*; 17. *Fideicommissum dictum ut...*; 18. *et dictum pactum...*; 20. *Mandatum dictum quod...* En la tradición manuscrita registrada por Lindsay no aparece variante ninguna que pudiese inducir a aceptar que el nominativo *codicillum* proceda de error de copia.

18. TLL 3, 1408 aduce un solo pasaje latino de la forma singular neutra y considera dudoso que, aun en este texto, se emplee la forma neutra: CJ 1, 2, 13 (455) *testamento vel codicillo suo quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit*.

19. *Dig.* 50, 16, 148 (GAI. *Leg. Iul. et Pap.*) *semper plurativo numero profertur sicut et pugilares et codicilli*. La noticia de Gayo queda confirmada por los pasajes aducidos en TLL 3, 1408 y VIR 1, 766.

20. A. GUARINO *Pauli de iure codicillorum liber singularis* ZSS 62 (1942) 247 n 112. En San Isidoro el empleo de la forma plural dentro de la misma frase puede explicarse como reminiscencia en él o en su fuente

dicilo fué un supuesto Codicillus<sup>21</sup>. La construcción *dictus quia* o *dictus a* en *Et.* introduce sin excepción una explicación de carácter etimológico<sup>22</sup>. Los esfuerzos de Guarino para probar que San Isidoro no relaciona el término codicilo con un nombre de persona, sino que trata únicamente de referir el origen de la institución jurídica del codicilo a un hecho histórico<sup>23</sup>, no son convincentes. Es difícil explicar de dónde pudo pasar a *Et.* esa extraña etimología. Para San Isidoro era bien conocida la significación originaria de la palabra *codicilli* y su relación con *codex*<sup>24</sup>. Tampoco puede atribuirse esa ignorancia a la eventual fuente de *Et.* Es, por tanto, probable que lo que en San Isidoro es una explicación etimológica del término *codicillum*, fuese originariamente en su fuente una narración del origen del codicilo como institución jurídica, referida a un episodio como ocurre en *Inst.*<sup>25</sup>. Es imposible determinar quién fué el autor de la trasposición tan poco afortunada de la explicación histórica en explicación etimológica. *Et.* o su fuente hace referencia a que esa explicación pro-

---

de las palabras *vice codicillorum* de la cláusula codicilar a la que, como se verá, alude probablemente el fragmento [d].

21. B. BIONDI *Successione testamentaria, Donazioni* Milano 1943, 615 n 1.

22. Sólo dentro del título aquí estudiado recurre la locución siempre con el mismo sentido en *Et.* 5, 24, 2. 17 a. 17 b. 18. 20. 24. 25. 27. 29. 30.

23. A. GUARINO o. c. SDHI 10 (1944) 317-319.

24. ISID. *Et.* 6, 13, 1 *Codex multorum librorum est; liber unius voluminis. Et dictus codex per translationem a codicibus arborum seu vitium, quas caudex, quod ex se multitudinem librorum quasi ramorum continet.* Sobre este texto y sus precedentes en la literatura latina: T. BIRT *Das antike Buchwesen* Berlín 1882, 95-97. La fuente de *Et.* 5, 24, 4 era todavía más explícita por lo que se refiere al término *codicilli*: HIER. *Ep.* 8, 1 (CSEL 54, 31-32) *rudes illi Italiae homines quos cascos Ennius appellat... ante chartae et membranarum usum aut in dedolatis ex ligno codicellis aut in corticibus arborum multa epistolarum adloquia missitabant...* // ISID. *Et.* 5, 24, 4 *Tabulae testamenti ideo appellatae sunt quia ante chartae et membranarum usum in dolatis tabulis non solum testamenta sed etiam epistolarum adloquia scribebantur...* Sobre este texto en el que San Isidoro tenía bien claro el sentido originario del término *codicilli*: E. ARNS *La technique du livre d'après Saint Jérôme* París 1953, 29 n 2.

25. Acertada valoración histórico-jurídica de la noticia de *Inst.* en B. BIONDI *Successione testamentaria* 289-291 con bibliografía.



cede de fuentes anteriores: *ut veteres aiunt*—sin que se pueda precisar quiénes son esos *veteres* y si en ellos se había producido ya la trasposición. Por otra parte, *Inst.* y *Et.* son los dos únicos exponentes hoy conocidos de la explicación histórica del término *codicilli*<sup>26</sup>. La diferencia de contenido entre sus textos es demasiado grande para poder atribuir a San Isidoro la trasposición al campo etimológico del episodio de Léntulo narrado en *Inst.* Más bien habría que pensar que tanto *Inst.* como *Et.* reproducen dos momentos distintos de la evolución de una narración, en San Isidoro ya totalmente desnaturalizada. La fuente de *Inst.* 2, 25, 1-3 es ciertamente Marciano, como aparece por su paralelo con *Dig.* 29, 7, 6, 1-2, procedente de las Instituciones de dicho autor. Más difícil es determinar la fuente de *Inst.* 2, 25 pr. donde aparece el episodio de Léntulo. Ferrini, apoyado en razones formales, excluye la procedencia gayana y, en fuerza de la conexión existente con los fragmentos siguientes, estima como probable el origen marciano<sup>27</sup>. Guarino, sin rechazar del todo la hipótesis de Ferrini, duda de la fuerza de su argumentación y estima que en todo caso la fuente de *Inst.* fué simplificada en la época postclásica hasta presentar el origen de los codicilos como institución jurídica reducido el episodio de Léntulo tal como aparece en *Inst.*<sup>28</sup>. Posiblemente San Isidoro utilizó una fuente en la que aparecía esa misma historia en forma aún más reducida, de forma que, o por la omisión del nombre de Léntulo, o por lo sucinto de su redacción, diese pie a la mala inteligencia de que fue objeto en *Et.* La referencia expresa a los *veteres* no aclara nada la cuestión, ya que menciones de ese estilo aparecen con frecuencia tanto en los juristas<sup>29</sup> como en otros autores<sup>30</sup>.

26. En el material recogido en TLL 3, 1408-1409 no aparece ningún precedente de *Inst.* ni de *Et.*

27. C. FERRINI *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano Opere* 2, Milano 1929, 377.

28. A. GUARINO o. c. SDHI 10 (1944) 319-323.

29. Referencia de los pasajes en VIR 5, 1329-1330. Estudio estadístico-formal de esas referencias en varios juristas clásicos en las *tabulae laudatoriae* de A. M. HONORÉ *Gaius* Oxford 1962, 131-174.

30. Sobre el origen retórico de esa forma vaga de citar: J. FONTAINE *Isidore* 598; 751.

5. La idea que sobre la naturaleza del codicilo aparece en el texto isidoriano es que el codicilo es un documento escrito para cuya validez no se requiere ninguna fórmula solemne, sino solamente que exprese la voluntad del otorgante (*testator*) [b], y que éste haga notar expresamente que se trata de un codicilo [d]. Su finalidad según *Et.* es facilitar la expresión válida de la última voluntad al eliminar la necesidad para su validez de emplear complicadas fórmulas o revestirlo de determinada solemnidad [c]. Según San Isidoro, el codicilo se emplea en lugar del testamento y de la misma manera, la epístola en lugar del codicilo [e]. La idea central es, por tanto, que el codicilo es una simplificación del testamento, al haber sido despojado éste de los requisitos formales que le eran inherentes. En orden a determinar las fuentes del texto isidoriano, son interesantes estos dos datos: por un lado, la confusión entre testamento y codicilo; por otro, la no exigencia de requisitos formales para la validez del codicilo. El derecho clásico no exigía ningún requisito formal para la redacción del codicilo; pero restringía su contenido únicamente a los fideicomisos, si el codicilo no estaba confirmado por el testamento, y a toda clase de disposiciones de última voluntad con excepción de la institución de heredero, caso de tratarse de *codicilli testamento confirmati*<sup>31</sup>. En todo caso, la distinción clásica entre testamento, en el que era esencial la institución de heredero, y codicilo era tajante<sup>32</sup>. En la época postclásica se produjo una gradual aproximación entre los conceptos de testamento y codicilo: la doctrina y la legislación consideraron al codicilo, aun no confirmado por testamento, como una forma autónoma apta para toda clase de disposiciones de última voluntad excepto la institución de heredero, y en consecuencia exigieron para el codicilo la presencia del mismo número de testigos que para el testamento<sup>33</sup>. Ninguna de estas dos concepciones del codicilo es la reflejada en el texto isidoriano. Más bien aparecen en él concepciones del derecho vulgar occidental.

---

31. M. KASER *Das römische Privatrecht* 1, München 1955, 579-580.

32. F. SCHULZ *Classical Roman Law* Oxford 1951, 239.

33. B. BIONDI *Successione testamentaria* 623-624; A. GUARINO, o. c. ZSS 62 (1942) 212; 233-238; A. D'ORS *El Testamentum Porcelli* RIDA 2 (1955) 228.

que por una parte apenas distinguió entre codicilo y testamento y en la práctica llegó a admitir la institución de heredero en los codicilos<sup>34</sup>, y por otra parte, en el siglo VI, llegó a calificar de *testamentum* a disposiciones de última voluntad que no contenían institución de heredero<sup>35</sup>.

Para valorar estos datos hay que tener en cuenta el fin de *Et.* San Isidoro no pretendió en *Et.* 5 hacer una exposición del derecho vivido en su tiempo, y ni siquiera entraba en su plan hacer desaparecer lo anacrónico de muchas de las instituciones que definía basado en sus fuentes. Por ello es poco probable que, en el pasaje ahora estudiado, se deba atribuir a San Isidoro una radical adaptación de las fuentes utilizadas al derecho vivido en su época. Los rasgos claramente vulgares que aparecen en la descripción del codicilo han de atribuirse, por tanto, fundamentalmente, a la fuente utilizada.

Esta conclusión queda confirmada por razones de orden terminológico y estilístico. La frase *scriptura nullam indigenam sollemnitatem verborum sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam* tiene un marcado tinte retórico ajeno a los clásicos y propio del estilo ampuloso de la cancillería imperial postclásica y de los autores de las *interpretationes*, contagiados por el estilo de las constituciones que parafraseaban<sup>36</sup>. En concreto, en las constituciones imperiales posteriores a Diocleciano

---

34. IT 4, 4, 1 *Si quis non fecerit testamentum sed vice testamenti fecerit codicillum in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur...* Sobre este texto: A. D'ORS *o. c.* RIDA 2 (1955) 228; M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, München 1959, 354. CT. 4, 4, 1 (326 ?) en su estado actual no habla para nada de la institución de heredero en el codicilo; posiblemente, esa constitución fue retocada por los compiladores de CT y en su forma original debió de referirse a la necesidad de testigos para la validez de un codicilo que, a falta de testamento, contuviese una institución de heredero: S. SOLAZZI *Ancora glossemi e interpolazioni nel CT* SDHI 13-14 (1947-1948) 212.

35. P. MEREÀ *Estudos de direito visigótico* Coimbra 1948, 110-114.

36. Sobre el tema: P. KRÜGER *Histoire des sources du droit romain* (Trad. M. Brissaud) Paris 1894, 367; F. SCHULZ *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* Weimar 1961, 415; E. VOLTERRA *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin* Mélanges Henry Lévy-Bruhl, Paris 1959, 325-330; R. H. HONIG *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen* Göttingen 1960, 39-61.



y en sus *interpretaciones*, y precisamente en pasajes que se refieren a la simplificación de forma de los documentos, abundan frases de forma parecida. Pueden servir de ejemplo los siguientes textos:

CT 2, 24, 1 (321 [327]) Quod vero ad huiusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum fuisse mens invenitur ut de testamento intellegatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare ius videatur, eiusmodi quoque conscriptiones inter suos dumtaxat heredes valere oportet, quemadmodum valent scripturae simpliciter incoatae, quas nulla solemnitate adminicula defendunt, solis nixae radicibus voluntatis... Quam ob rem... si ab utilitate verborum vel solemnitate iuris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet et obsecundari protinus, cum res dividuntur.

CT 8, 13, 4 (339) sine eiusdem conditionis necessitate delatas sibi qualicumque successionis genere facultates.

CJ 6, 9, 9 (339) Ut verborum inanium excludamus captiones, ita haec observari decernimus ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur...

CT 4, 1, 1 (426) legitima successio... qualicumque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio.

CT 3, 13, 4 (428) Ad exactionem dotis... qualiacumque sufficere verba censemus.

NVal 21, 1 (446) pr... divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexus formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit... 3... cum... cunctisque iam liceat quoquomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages. 4 Idcirco minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere voluntatem.

CJ 8, 37, 10 (472) stipulationes etiamsi non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae...

IT 3, 5, 13 qualiscumque cum die et tempore scriptura sufficiet.

Algo parecido ocurre con la frase inicial de [c] *cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum*: la forma pasiva *subveniri* con dativo aparece con gran frecuencia en los clásicos en el sentido de proteger jurídicamente, sobre todo, por medio de

*restitutio in integrum* o de *exceptio*<sup>37</sup>. Algunos pasajes clásicos utilizan una expresión fundamentalmente idéntica a la de *Et.*, pero más sencilla en su formulación<sup>38</sup>. En cambio, en las exposiciones de motivos de las constituciones imperiales postclásicas y en sus *interpretationes*, se emplean formulaciones terminológica y estilísticamente parecidas a la de *Et.* He aquí algunos ejemplos:

*CT* 2, 16, 1 = *CJ* 2, 27, 2 (326) *minoribus sanctionum praesidio cautum esse non dubium est.*

*CT* 10, 8, 3 (326) *his... beneficio lenitatis nostrae extrinsecus debeat subveniri.*

*CT* 11, 31, 2 (365) *his iuris beneficio subveniunt.*

*CT* 5, 15, 20 = *CJ* 11, 65, 4, 1 (366) *ut et de officii insolentia constat... et his possit esse consultum.*

*CT* 2, 16, 3 = *CJ* 2, 21, 8 (414) *minoribus et mulieribus constat esse consultum.*

*NT* 16 pr (439) *gratum duximus deficientium quoque voluntatibus subvenire, ut pro suo quisque testetur arbitrio ut in potestate sua suam habeant voluntatem.*

*IT* 2, 16, 3 *Minoribus mulieribus... subvenitur.*

*IT* 2, 16, 1 *In annis minoribus constitutis multum legibus constat esse prospectum.*

*IT* 3, 5, 3 *quamquam et feminis... lex subveniri noluerit, tamen specialiter voluit esse consultum.*

*IT* 4, 4, 5 *Placuit voluntatem defunctorum ea ratione servari.*

*IT* 4, 22, 1 *absentibus iubeamus esse consultum.*

*INVal* 35, 200 *remota ambiguitate hac lege constat esse praeceptum.*

A la vista de esta serie de textos puede admitirse con probabilidad que el fragmento [c] es de origen jurídico y presenta carac-

37. *VIR* 5, 730-731 registra 80 pasajes de los que 51 proceden de Ulpiano. Sobre el significado: A. BERGER *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* Philadelphia 1953, 722.

38. *Dig.* 16, 1, 2, 1 (ULP. *Ed.* 29) *senatusconsultum quo plenissime feminis omnibus subventum est*; 27, 7, 8, 1 (PAUL. *Resp.* 9) *constitutionibus subventum est ignorantiae heredum*; 36, 1, 1, 4 (ULP. *Fidcm.* 3) *Senatus subventum voluit heredibus*; 40, 5, 26, 1 (ULP. *Fidcm.* 5) *Apparet enim subventum fideicommissis libertatibus*; 40, 5, 26 7 (ULP. *Fidcm.* 5) *Subventum libertatibus est senatusconsulto*; 40, 5, 30, 10 (ULP. *Fidcm.* 5) *libertati fideicommissae per senatusconsultum subventum est*; 49, 1, 1, 3 (ULP. *Appell.* 1) *errori eius subventum est rescripto.*



terísticas de terminología y estilo típicas de las constituciones imperiales postclásicas o de su *interpretatio*.

Concretamente hay una constitución imperial en *CJ* 6, 23, 15, en la que aparecen ideas y locuciones análogas a las de los fragmentos isidorianos [b] y [c]. A pesar de la fecha con que aparece datada en *CJ*, la constitución aludida formó probablemente parte de una amplia constitución de Constantino de 31 de enero de 320, de la que se recogen otros fragmentos con diversas fechas en *CT* y *CJ*<sup>39</sup>. En esa constitución se suprimió la necesidad de emplear determinadas formas para la institución de heredero<sup>40</sup> y para los legados y fideicomisos<sup>41</sup>, haciendo depender la calidad de heredero, legatario o fideicomisario únicamente de la voluntad del otorgante, no de la fórmula empleada en la designación<sup>42</sup>. Por otra parte, según una sólida hipótesis de Krüger, es muy posible que esa constitución de Constantino sea idéntica a la *superior lex* aludida en *IT* 4, 4, 1<sup>43</sup>. Esa *superior lex*, hoy desaparecida, hubo de ser anterior al año 326 (fecha de *CT* 4, 4, 1)<sup>44</sup> y en ella debió de tratarse de la invalidez de la institución de heredero en un codicilo posterior al testamento, en la que la persona instituida fuese distinta de la instituida en el testamento. De ser esto así, tendríamos en la cons-

39. *CT* 3, 2, 1; 4, 12, 3; 8, 16, 1; 11, 7, 3; *CJ* 6, 9, 9; 6, 23, 15; 6, 37, 21. Sobre la unidad originaria de estas constituciones: T. MOMMSEN *Prolegomena in Theodosianum* CCXIV-CCXV; P. JÖRS-W. KUNKEL *Römisches Privatrecht*<sup>2</sup> Berlin-Göttingen 1949, 322 n 3; M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 350 n 1.

40. *CJ* 6, 23, 15.

41. *CJ* 6, 37, 21.

42. B. BIONDI *Sucessione testamentaria* 187.

43. *IT* 4, 4, 1 *Nam secundum superiorem legem si condito testamento post factum fuerit codicillum et in eo alium quam in testamento fecerat heredem voluerit nominare, in eo codicillo heredis institutio non valebit.*

44. La referida *superior lex* no aparece en lo que hoy se conserva de *CT*, que para los seis primeros libros sólo representa algo menos de la mitad de la extensión originaria: T. MOMMSEN *Prolegomena in Theodosianum* XXXVIII; J. GAUDEMET *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles* París 1957, 49. Se puede, por tanto, suponer con probabilidad la existencia en la forma originaria de *CT* 4, 4 de una constitución anterior a *CT* 4, 4, 1. Así lo hace G. HAENEL *Codex Theodosianus* Bonn 1842, 360 n a; 364 n o. P. KRÜGER *Codex Theodosianus* Berlín 1923, 123 da un paso más e identifica esa constitución con *CJ* 6, 23, 15 (320).

titución de Constantino de 31 de enero de 320 una serie de ideas que reaparecen en *Et.*: atención primordial a la voluntad del otorgante, confusión entre testamento y codicilo al admitirse la posibilidad de la institución de heredero en el codicilo, eliminación de la necesidad de fórmulas solemnes tanto en el testamento como en el codicilo. En todo caso, la farragosa constitución, sea o no de Constantino, y admita o no la posibilidad de la institución de heredero en el codicilo, ofrece muchos puntos de contacto en sus ideas y en su expresión con el texto isidoriano:

*CJ* 6, 23, 15

pr. Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit... 1... quibuslibet confecta sententiis quolibet loquendi modo formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio nec necessaria sint momenta verborum quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. 2. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium verborum necessitas ut qui facultates proprias cupiunt ordinare in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.

ISID *Et* 5, 24, 4 [c-d]

Est autem scriptura nullam indigens sollemnitate verborum sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam. Cuius beneficio voluntibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium.

La semejanza entre ambos textos no es de tal género que induzca a admitir una dependencia directa. Sin embargo, las numerosas coincidencias de contenido estilo y léxico quedarían perfectamente explicadas suponiendo esa dependencia a través de la *interpretatio* perdida de esa constitución, caso de haber figurado ésta en *CT* según la hipótesis de Krüger antes mencionada<sup>45</sup>.

En consecuencia, respecto a los fragmentos [b] y [c], puede

45. F. WIEACKER *Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus* Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel, Leipzig 1931, 260-268; *Recht und Gesellschaft in der Spätantike* Stuttgart 1964, 119-120 ha demostrado el origen previsigótico de IT y su procedencia heterogénea de diversos tipos de comentarios a CT. En el mismo sentido L. WENGER *Die Quellen des römischen Rechts* Wien 1953, 563 n 50; J. GAUDEMET *La formation du droit séculier* 95.

afirmarse con certeza su coincidencia de ideas, estilo y terminología con las constituciones postclásicas y sus *interpretationes*, y con alguna probabilidad su relación con *CJ* 6, 23, 15 tal vez a través de una *interpretatio* hoy perdida.

6. Desde el punto de vista redaccional, el fragmento [d] *ita ut qui scribit titulum eiusdem scripturae codicillum vocet* está vinculado secundariamente, como ya se ha visto, con [c], ya que [d] internamente no está unido a [c] en la forma consecutiva que gramaticalmente postula *ita ut*. Ello indica o que procede de distinta fuente, o, más probablemente, que une secundariamente de manera forzada dos frases distintas de la misma fuente, separadas en ella.

El empleo del término *titulus* en el sentido de denominación de una categoría jurídica, puede ser un leve indicio del carácter postclásico de la fuente utilizada<sup>46</sup>. Lo mismo puede decirse del singular *codicillus*, como se ha señalado antes. Su contenido refleja una extraña concepción del codicilo. En los fragmentos anteriores ha sido presentado éste como un documento análogo al testamento, pero sin los requisitos de forma inherentes a éste. Ahora se exige, como único requisito, que el otorgante dé al documento el *titulus* de codicilo. La primera idea procede probablemente, como ya se ha visto, de la atribución al codicilo de las simplificaciones de forma introducidas para el testamento en la legislación postclásica. La segunda, al exigir para la validez del codicilo su designación expresa como tal, se aparta también de las concepciones clásicas y refleja probablemente, aunque mediante una profunda trasposición de ideas, concepciones típicamente postclásicas.

Una constitución de Arcadio y Honorio y su *interpretatio* reflejan probablemente la problemática postclásica a la que se refiere el fragmento [d]:

*CT* 4, 4, 3pr = *CJ* 6, 23, 17 (396 ?) Testamentum non ideo infirmari debet quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit...

*IT* 4, 4, 3 Si moriens cum scribit aut dictat chartulam testamenti praetermiserit forsitan ut vocabulum poneret aut civilis... aut praetorii iuris...

46. A. D'ORS *Titulus* AHDE 25 (1953) 500-501.



Ambos textos se refieren a la repercusión que pueda tener para la validez de un testamento la discordancia entre la calificación expresa (*nomen, vocabulum*) de civil o pretorio dada al testamento por el otorgante, y la realidad del número de testigos. El planteamiento es típicamente postclásico. La forma solemne del testamento ha sido ya eliminada. La bipartición postclásica *testamentum iuris civilis - testamentum iuris praetorii* se fundamenta únicamente en el número de testigos y tiene un alcance práctico reducido, dada la convergencia de los sistemas civil y honorario<sup>47</sup>. La constitución elimina el último resto de formalismo, al determinar que la discordancia entre la calificación expresa del testamento como civil o pretorio y la realidad del número de testigos, no implica la nulidad del testamento. Al establecer esto, la constitución de Arcadio y Honorio revela un dato de interés para la determinación de la fuente del texto isidoriano: en pleno siglo IV, aún después de eliminados los requisitos de forma del testamento, existió una problemática centrada en la relevancia del *nomen* o *vocabulum* utilizado por el otorgante para calificar su testamento. En el fragmento isidoriano ahora estudiado aparece esa misma problemática referida al codicilo.

La designación expresa del documento como codicilo consignada en el texto isidoriano, recoge probablemente una referencia de la fuente utilizada a la cláusula codicilar. Esta se incluía frecuentemente en el testamento, para que si éste resultase inválido como testamento, surtiese al menos efecto como codicilo<sup>48</sup>. Ulpiano menciona el frecuente uso de la cláusula en su época<sup>49</sup>. En la época postclásica, a pesar de la aproximación de forma entre testamento y codicilo, la cláusula se seguía utilizando con frecuencia<sup>50</sup>. La

---

47. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 342-343; G. G. ARCHI *Testamentum civile, Testamentum praetorium* Studi in onore di U. E. Paoli, Firenze 1956, 15-16.

48. B. BIONDI *Successione testamentaria* 627; M. KASER *Das römische Privatrecht* 1, 580; 2, 355.

49. Dig. 29, 1, 3 (ULP. Sab. 2) *plerique pagani solent cum testamentum faciunt adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere*. El término *paganus* tiene el sentido de ciudadano, en oposición a *miles*: VIR 4, 475, 29.

50. Para la zona oriental: R. TAUBENSCHLAG *The Law of Greco-Roman Egypt*<sup>2</sup> Warszawa 1955, 199 n 35 al que hay que añadir: GREG. NAZ. *Test.*

práctica notarial romana la había estilizado con ligeras variantes en la siguiente fórmula: *quod testamentum meum si quo casu iure civili vel praetorio valere non poterit, vice codicillorum valere illud volo*. La cláusula sigue apareciendo en testamentos occidentales posteriores a la desaparición del Imperio de Occidente<sup>51</sup> y concretamente en España en la época visigoda, aún en disposiciones de última voluntad calificadas de *testamentum* que no contienen institución de heredero<sup>52</sup>.

En la práctica del derecho vulgar —mucho más en la época postclásica en la que se seguía utilizando la cláusula codicilar— venía ésta casi a reducirse a una fórmula de estilo sin sentido, dada la confusión vulgar de testamento y codicilo. En la teoría y en la legislación postclásicas tuvo, sin embargo, a pesar de la aproximación de ambos conceptos, su razón de ser, ya que los efectos jurídicos del testamento y del codicilo siguieron siendo distintos<sup>53</sup>. De ahí que en una constitución del año 424 se vuelva a tratar el tema de la cláusula codicilar:

---

(año 382) (PG 37, 393); POxy. 2283 (año 595). Sobre la autenticidad y la fecha del testamento de San Gregorio Nacianceno: L. MITTEIS *Reichsrecht und Volksrecht* Leipzig 1891, 183; H. KRELLER *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der Gracco-aegyptischen Papyrusurkunden* Leipzig 1919, 332 n 20. Sobre POxy. 2283: H. J. WOLFF *ZSS* 71 (1954) 396-397. Sobre el uso de la cláusula en Occidente cf las notas siguientes.

51. P. MARINI 74, II, 4-5 (= Tjäder 4-5 B, II, 4-5); 74, III, 6-7 (= Tjäder 4-5 B, III, 6-7); 74, IV 5-6 (= Tjäder 4-5 B, IV, 5-6); 74, V, 8-9 (= Tjäder 4-5 B, V, 9-10); 74, VII, 6-7 (= Tjäder 4-5 B, VII, 6-7); 74 A, 12-13 (= Tjäder 4-5 A, 12-13). Los dos papiros contienen el acta oficial de legitimación de los protocolos de apertura de seis testamentos fechados en Ravena en la segunda mitad del siglo V y en el siglo VI (G. MARINI *I papiri diplomatici* Roma 1805, 248; J. O. TJÄDER *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700* 1 Lund 1955, 200-201). La cláusula aparece también en el testamento de San Cesáreo de Arlés (principio del siglo VI) (PL 67, 1139), en el de Vicente Obispo de Huesca (año 576) (ed. F. FITA *Patrología visigótica* BRAH 49 [1906] 155) y en varios testamentos de los años 542, 571, 758 recogidos por F. C. v. SAVIGNY *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* 2<sup>o</sup> Heidelberg 1834, 108-110.

52. *FormVis.* 21 (MGHLeg. 5, 585, 18-19); 22 (MGHLeg. 5, 586, 18-19) Sobre el derecho contenido en *Form Vis*: K. ZEUMER *Geschichte der westgotischen Gesetzgebung* NA 23 (1898) 479-480.

53. B. BIONDI *Successione testamentaria* 626.

CT 4, 4, 7 pr = CJ 6, 36, 8, 1 (424) si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis id valere complexus sit...

La constitución se refiere a un documento que fuese válido como testamento y como codicilo y establece la disyuntiva entre una y otra forma para quien reclama los bienes hereditarios. Para que se realizase tal supuesto y también para que el pretendido testamento, que no valiese como tal, pudiese valer al menos como codicilo, seguía siendo necesaria en el siglo V una cláusula codicilar expresa<sup>54</sup>, ya que la admisión de una cláusula codicilar tácita sólo se dio probablemente en las escuelas orientales<sup>55</sup>. La frase de *Et.* reproduce probablemente una referencia de la fuente utilizada a la necesidad de una cláusula codicilar expresa para que el testamento pueda valer en su caso como codicilo. Dada la brevedad del fragmento [d] y los claros indicios de que la frase en él reproducida está arrancada del contexto originario de su fuente, no puede precisarse el sentido exacto que en ella tenía. Con todo, los indicios de carácter lexicográfico antes señalados (*titulus*, singular *codicillus*) apuntan hacia el carácter postclásico de esa fuente. Lo mismo parece indicar el hecho de que la cláusula quede calificada como *titulus* del documento, lo que llevaría a un planteamiento jurídico ya en la fuente de San Isidoro, análogo al de *CT* 4, 4, 3 e *IT* 4, 4, 3 antes examinados. En conclusión, puede deducirse con cierta probabilidad que la fuente del fragmento [d] es postclásica: posiblemente un inciso de la misma fuente de que proceden [b] y [c] arrancado de su contexto original.

7. El último fragmento [e] de San Isidoro afirma que entre epístola y codicilo se da la misma relación que entre codicilo y testamento. Por su contenido el fragmento puede ser atribuido con cierta probabilidad a una fuente postclásica.

En la terminología de los clásicos aparecen alguna vez los términos *fideicommissaria epistula* o sencillamente *epistula*<sup>56</sup> en el

54. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 355.

55. F. PRINGSHEIM *Animus in Roman Law* Gesammelte Abhandlungen 1, Heidelberg 1961, 330-333.

56. *Dig.* 32, 37, 3 (SCAEV. *Dig.* 18) *pater deccdens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit... Quacsitum est... an ex epistula fideicommi-*



sentido de codicilo<sup>57</sup>. En esa época, en la que no existía ningún requisito formal para la validez del codicilo, era frecuente que éste revistiese la forma externa de una *epistula*<sup>58</sup>. Más aún, en plena época clásica se suscitó la cuestión sobre el valor jurídico de una *epistula* que, sin contener claramente una declaración de voluntad, expresase vagamente los deseos de su autor sobre el destino de su patrimonio después de su muerte, cuestión que quedó resuelta negativamente<sup>59</sup>. Indudablemente, la contraposición isidoriana codicilo-epístola no responde a esa problemática clásica, ya que entre los clásicos no se da una contraposición entre codicilo y epístola, sino una discriminación entre epístola con una clara declaración de voluntad *mortis causa*, que por tanto era codicilo y epístola de contenido vago, que por no implicar una verdadera declaración de voluntad, no podía ser considerada como codicilo.

El texto isidoriano refleja más bien una dualidad de términos que apunta en algunos textos postclásicos, en los que se mencionan simultáneamente los términos *codicilli* y *epistula*. A esa dualidad de términos se han dado diversas explicaciones: Seeck ve en las *epistulae* las disposiciones de última voluntad análogas al codicilo, a las que faltaría el requisito del número de testigos exigido para el codicilo en la época postclásica; mientras *codicilli* designaría solamente a aquellos en que se cumpliera este requisito<sup>60</sup>. Kaser estima que *epistula* designa en estos textos a los codicilos que sólo contuviesen fideicomisos, mientras *codicilli* designaría a los codicilos

---

*ssa et libertatem praestare debeat...*; 31, 75 pr. (PAP. Resp. 6) *Miles ad sororem epistulam... scripsit... Fideicommissum debere sorori constitit*; 35, 1, 38 (PAUL. Lb. sing. cod.) *Si ita scripsero "quantum codicillis Titio legavero" licet codicillis legatum explicetur tamen ex testamento valet... nam et apud veteres legata talia fuere "quantum ei per epistulam scripsero"*; 36, 1, 77 (SCAEV. Dig. 18) *Epistulam ad heredem suum in haec verba scripsit...*

57. H. HEUMANN - E. SECKEL *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup> Jena 1907, 172.

58. B. BIONDI *Successione testamentaria* 622. Sobre la forma de la *epistula*: H. BRUNNER *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden* Berlín 1880, 52; L. MITTEIS *Römisches Privatrecht* Leipzig 1908, 292-293.

59. Dig. 29, 7, 17 (PAUL. Sent. 3) = PS 3, 5A *Litterae quibus hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non optinent*,

60. O. SEECK *Codicilli* 4 RE 4/1, 178.

del derecho vulgar equiparados al testamento, con el número de testigos requerido y con institución de heredero<sup>61</sup>. En otros autores, al comentar alguna de las constituciones imperiales en que aparece la dualidad de términos, parece presentarse a ambos términos como sinónimos<sup>62</sup>. De hecho los textos en que aparece la dualidad de términos distan mucho de ser claros. La variedad de partículas (*aut, et, seu, sive*) con que se vinculan ambos términos, impide precisar si en los textos se expresa una sinonimia o una verdadera dualidad de conceptos. Por otra parte, la cancillería imperial, precisamente en los años en que están fechadas las constituciones imperiales que aquí interesan, muestra una acusada falta de precisión en la designación de las diversas especies de documentos<sup>63</sup>. Los textos en cuestión son los siguientes:

a) *CJ* 6, 22, 7 (371) Cum heredes instituuntur Imperator seu Augusta ius commune cum ceteris habeatur, quod et in codicillis vel fideicommissariis epistulis iure scriptis observandum est.

Desde el punto de vista gramatical, la partícula *vel* indicaría normal, aunque no necesariamente, más bien una sinonimia que una diferenciación<sup>64</sup>. La calificación *iure scriptae* dada a las *epistulae* hace difícil ver en ellas documentos en los que faltase algún requisito legal, por ejemplo, el número de testigos requeridos para el codicilo. La minuciosidad de la casa imperial en lo referente a la adquisición de bienes *mortis causa*, patente diez años más tarde en *CT* 4, 4, 2<sup>65</sup>, parece confirmar esta apreciación.

b) *CJ* 6, 32, 4 (379) Codicillos seu scripturam quolibet tenore formatam ea oportebit observatione in publicum proferri, qua testamenta panduntur.

61. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 354 n 6.

62. J. CUIACIUS *Observationes et emendationes Opera* 3, Napoli 1732, 118, B. BIONDI *Successione testamentaria* 623; G. G. ARCHI *La prova nel diritto del Basso-Impero Iura* 12 (1961) 13.

63. L. MITTEIS *Römisches Privatrecht* 292; G. G. ARCHI *o. c. Iura* 12 (1961) 16-18.

64. Sobre el sentido originario de *vel*, en que apenas aparece el matiz disyuntivo, y su pronta evolución hasta ser empleado indistintamente en el sentido de *aut*: R. KÜHNER - C. STEGMANN *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* 2/2<sup>2</sup> Hannover 1914, 107-110.

65. Sobre el tema: O. SEECK *Codicilli* 4 *RE* 4/1, 178-179.



Aunque la constitución no menciona el término *epistula*, la *scriptura quolibet tenore formata* mencionada junto al testamento y al codicilo en un contexto en el que se prescriben para tales *scripturae* y para los codicilos las mismas formalidades de apertura que para los testamentos<sup>66</sup>, podría ser considerada como documento de disposición de última voluntad en el que faltasen los requisitos legales exigidos tanto para el testamento como para el codicilo. Si bien la partícula *seu* propia, aunque no necesariamente, indica una sinonimia<sup>67</sup>, difícilmente puede creerse que ambos conceptos (*codicilli* y *scriptura quolibet tenore formata*) sean presentados en este texto como sinónimos.

c) *CT* 4, 4, 2 (389) *pr* Quae codicillis aut epistulis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus: sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco praebemus licentiam ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistula requiratur et incumbat probatio ei primitus qui scripturam obtulerit. Ceterum, quod ad nos nostrosque adinet, codicillos et epistulas eo refutamur, ut ex illis etiamsi veras esse quaestionum series adprobarit, quidquid nobis relictum nostrisve constiterit, ad liberos defuncti, vel, si hi non sint ad proximum quemque iudicii nostri humanitate pertineat. 1. Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem, quae in nomen nostrum forte processerit, iure capiemus, nec in ea re distare ius nostrum a privatis heredibus profiteamur.

*CJ* 9, 22, 24, al reproducir parcialmente esta constitución, sustituye precisamente las palabras *super prolata epistula* por *super prolatis codicillis vel aliis instrumentis*; y al colocarla en el título *Ad legem Corneliam de falsis* y despojarla de toda otra referencia específica a disposiciones de última voluntad, da a los términos *vel alia instrumenta* un sentido amplio que no puede restringirse al tipo de epístola fideicomisaria aquí tratado. En el texto transmitido por *CT* la vinculación gramatical (*codicillis aut epistulis; codi-*

66. Sobre las formalidades de apertura: L. WENGER *Signum* RE 2A/2. 2399-2408.

67. En *seu* el matiz disyuntivo es mínimo y con frecuencia se emplea para unir dos conceptos sinónimos: R. KÜHNER - C. STEGMANN *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* 2/2<sup>o</sup> 434-439.

*cillos et epistulas*) indica más bien una diferenciación de conceptos que una sinonimia<sup>68</sup>. Lo mismo parece indicar el traspaso del *onus probandi* únicamente a quien aduce una *epistula*, sin mención en ese párrafo de los *codicilli*<sup>69</sup>: en este punto se ha querido ver una discriminación en el tratamiento procesal de *epistulae* y *codicilli*<sup>70</sup>. La referencia que hace Simaco el mismo año 389<sup>71</sup> a esta constitución no proporciona ningún dato preciso:

SYMM. *Ep.* 2, 13, 1 (MGHAuctAnt. 6/1, 46, 19-22) Verum haec recens sanctio de fideicommissis et codicillorum commodis ab optimo principe in aeternum repudiatis tantum claritudine agreditur lucem superiorum quantum augustius est regenti sibi quam subditis modum ponere.

Por una parte, falta en la carta de Simaco toda referencia a las innovaciones procesales de la constitución. Por otra, los términos *de fideicommissis et codicillorum commodis* son excesivamente vagos para permitir precisar exactamente la relación que en la constitución aludida existía entre *codicilli* y *epistulae*.

d) *IT* 4, 4, 2 Si quis moriens principi vel propinquis vel amicis eius aliquid per codicillum aut per epistulam crediderit relinquendum, pietatis intuitu id praecipit non valere: sed si quid tali modo privatis fuerit derelictum et de talibus chartulis orta fuerit fortasse contentio, in iudicis discussione consistat utrum possit scriptura prolata iure consistere. Ceterum principi vel eius proximis quidquid testamento aut nuncupatione dimittitur, hoc sibi legibus valere permittit.

---

68. En *aut* el sentido originario fue fuertemente disyuntivo; pero pronto se empleó también en un sentido en el que la contraposición quedó fuertemente debilitada: R. KÜHNER - C. STEGMANN *o. c.* 2/2<sup>a</sup> 100-103.

69. Sobre la regulación del *onus probandi* en la legislación postclásica: E. LEVY *Beweislast im klassischen Recht Iura* 3 (1952) 172-177; G. G. ARCHI *o. c. Iura* 12 (1961) 4-14, que, sin embargo, al tratar de esta constitución, no ve en ella una diversidad de tratamiento procesal para la *epistula* y para los *codicilli*.

70. O. SEECK *Codicilli* 4 RE 4/1, 178.

71. A. STEINWENTER *Die Briefe des Q. A. Symmachus als Rechtsquelle ZSS* 74 (1957) 11.

La *interpretatio* mantiene en el primer párrafo la dualidad de términos separados por *aut* como en la constitución modelo, y omite en cambio el segundo pasaje de la constitución en que aparecía la misma dualidad. Al parafrasear la disposición procesal de la constitución, sustituye *super prolata epistula* por *de talibus chartulis*, con lo que no recoge la pretendida discriminación de la constitución en el tratamiento procesal de *codicilli* y *epistulae*.

En consecuencia, resulta prácticamente imposible deducir de los textos aducidos el sentido técnico del término *epistulae* en el campo del derecho sucesorio, si es que alguna vez lo tuvo. En cambio, esos textos ponen de manifiesto el empleo del término *epistula* para designar documentos con disposiciones de última voluntad, estrechamente relacionados con el codicilo. En alguno de los escasos testamentos conservados del siglo VI, se utiliza el término *epistola* como sinónimo de testamento<sup>72</sup>; y en varios formularios de los siglos VII y VIII *epistola* es la designación para diversas disposiciones de última voluntad<sup>73</sup> en un ambiente en el que los conceptos técnicos romanos de testamento y codicilo habían desaparecido y las concepciones vulgares y germánicas se habían abierto paso en el derecho sucesorio<sup>74</sup>. En la fuente utilizada por San Isidoro se empleaba probablemente *epistola* en ese sentido vulgar. Es imposible precisar hasta qué punto se establecía ya en esa fuente una distinción neta y expresa entre *epistola* y codicilo. Lo que sí puede afirmarse con fuerte probabilidad es el carácter vulgar y tardío de esa fuente.

8. En el momento de valorar los resultados del precedente análisis, hay que reconocer que sus conclusiones son escasas en número y de limitado alcance. Sin embargo, pueden aportar algún

---

72. CAES. AREL. *Test.* (PL 67, 1139) *Et ideo iuxta hanc epistolam quam manus nostrae subscriptione roboravimus, cuique diem et consulem adiecimus, Deo dispensante, hoc testamentum meum condidi.*

73. *FormMarc.* 2, 38 (MGHLeg. 5, 98, 3) *epistola... testamenti*; *FormTur.* 22 (MGHLeg. 5, 147) *Epistola qualiter nepotes in loco filiorum instituuntur*; *CartSen.* 45 (MGHLeg. 5, 205, 21) *epistola heredetoria.*

74. P. MEREÁ *Estudios de derecho visigótico* 105-107; H. CONRAD *Deutsche Rechtsgeschichte* 1, Karlsruhe 1954, 216-218; A. d'ORS *El Código de Eurico (Estudios visigóticos 2)* Roma-Madrid 1960, 235-237.



dato de interés a la solución del problema general de las fuentes jurídicas de San Isidoro.

a) El texto isidoriano no procede directamente de *Inst.* La conclusión, aunque particular y negativa, tiene cierta importancia, ya que *Et.* 5, 24, 14 es uno de los textos que no raras veces ha sido aducido como prueba de la tesis que afirma la dependencia directa de San Isidoro respecto a la compilación justiniana.

b) Posiblemente la sección [a] recoge datos de la historia sobre el origen de los codicilos, que también aparece en *Inst.* 2, 25 pr. Caso de darse un origen común para ambos textos, el estado en que los datos de esa fuente remota común aparecen en *Et.*, probaría que su tradición en la línea de derivación isidoriana habría sido larga y mediata, ya que la transformación de la historia de Léntulo en explicación etimológica difícilmente puede ser atribuida a San Isidoro y al mismo tiempo presupondría profundas transformaciones intermedias. Todo ello vendría a confirmar la tesis de que San Isidoro, aun en el campo jurídico, utilizó manuales jurídicos o gramáticos ampliamente reelaborados.

c) Las secciones [b], [c], [d], [e], proceden con toda probabilidad de una fuente jurídica postclásica. Faltan datos para la identificación exacta de esa fuente; pero en orden a su caracterización, existen sólidos fundamentos para considerarla estrechamente relacionada con las constituciones imperiales de los siglos IV y V o con sus *interpretationes*.

d) El hecho de que ninguna constitución de *CJ* pueda ser considerada como fuente inmediata de esas secciones [b]-[e] excluye de nuevo la dependencia directa de este pasaje de *Et.* respecto a la compilación justiniana. Por otra parte, las marcadas semejanzas con *CJ* 6, 23, 15 y el hecho probable de que esta constitución apareciese en *CT*, llevan a pensar, aunque con un coeficiente de probabilidad muy reducido, en una relación muy cercana del texto isidoriano respecto a un pasaje perdido de *IT*.

e) Aunque los leves indicios en que se fundamenta la conclusión anterior no fuesen válidos, las marcadas analogías de las secciones [b]-[e] con diversas constituciones imperiales y con sus

*interpretationes* y el carácter claramente vulgar de las concepciones jurídicas del texto isidoriano, constituyen un doble dato de interés para la caracterización de su fuente, toda vez que ambos rasgos son muy marcados y ninguno de ellos puede ser atribuido a San Isidoro al menos en su totalidad.

JUAN DE CHURRUCA, S. J.

# LA COMENDA EN EL DERECHO ESPAÑOL

## I. LA COMENDA - DEPÓSITO

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema y estado actual de la investigación. 2. Diversidad de significados del término comenda en las fuentes del Derecho español. Elementos comunes. 3. Utilización de la comenda en el tráfico mercantil. Variedad de formas. La comenda, negocio de confianza dirigido a obtener un lucro. La comenda-depósito. 4. Formas de depósito en el Derecho romano. *Commendare nihil aliud est quam deponere*. Supuestos de *pecunia commendata* y sus relaciones con las bancas romanas. Carácter gratuito del contrato. Pretensión de lucro. Actividades y operaciones de los banqueros. La fórmula *agere cum compensatione*. 5. Sustitución de *deponere* por *commendare* en las fuentes visigodas. Analogías entre depósito, comodato y mutuo. Depósito gratuito y supuestos de depósito lucrativo. Aproximación del depósito y préstamo dinerario y sus consecuencias en función de la inexistencia del depósito irregular. 6. La comenda en el Derecho de la Alta Edad Media. Terminología Comenda de muebles y de inmuebles. Finalidad. Naturaleza de la institución. Relación entre comenda y préstamo. 7. La comenda en las fuentes jurídicas a partir de la Baja Edad Media. Terminología. Objeto de la comenda. Naturaleza crediticia de la relación. Equivalencia entre comenda y depósito. Clases de comenda. El carácter privilegiado de la relación desde el punto de vista del depositante. La devolución de la comenda. La prisión del depositario que incumple con la obligación de restituir. Excepciones y supuestos de comenda simulada. Responsabilidad del depositario. El carácter gratuito del negocio y su paulatina desvirtuación. 8. La comenda en las fórmulas y documentos. Terminología. Los sujetos de la relación. Clasificación de las fórmulas y documentos en función de los tipos de comenda que en ellos se recogen. Objeto de la comenda. Devolución. El carácter privilegiado de la comenda. Ejecución de los bienes y prisión del depositario que incumple con la obligación de restituir. Carácter gratuito y lucrativo del negocio. 9. La comenda bancaria. Monederos, cambiadores y cambistas en las fuentes anteriores al siglo XIII. Actividades de los banqueros. La práctica del depósito bancario en la Península. Calificación jurídica de la relación que surge entre el banquero y el cliente que le confía sus capitales. Banqueros, comerciantes-banqueros y compañías de comercio detentan la condición de depositarios en la Península desde el siglo XV. Sistema seguido

en la constitución de la comenda bancaria. 10. Incremento de los depósitos bancarios en la Península a partir del siglo XVI. Fines que pretenden conseguir las partes que intervienen en la relación. El uso de los depósitos por los banqueros. Custodia del capital, obtención de créditos y anticipos descubiertos y realización de determinadas operaciones mercantiles objetivos de los depositantes. La compensación bancaria. 11. Carácter fructífero de los depósitos bancarios. Sus tipos, atendido el interés que producen. Naturaleza jurídica de los depósitos a interés fijo y de feria a feria. Prohibición legal de los cambios interiores superiores a la par. Prohibición pontífica de los depósitos en 1571 y su influencia en la práctica y en la legislación peninsular. Excepciones y criterios de los teólogos-juristas y su repercusión en la práctica. Legitimación de los depósitos de tasa fija por los autores y su reflejo en la práctica y en la legislación mercantil española de los siglos XVII y XVIII. 12. Beneficios obtenidos por los banqueros en su calidad de depositarios. La remuneración del trabajo del banquero: licitud y cuantía. El descuento en los pagos al contado: mecánica de la operación, alternativas legales sobre su admisibilidad y opinión de los moralistas. 13. Restitución de los depósitos bancarios. Medidas que garantizan el derecho de los depositantes. La primitiva organización bancaria: fianzas y su cuantía, condiciones personales de los banqueros, autorización de apertura del banco, cauciones al cierre del establecimiento. 14. La quiebra de los bancos: frecuencia y causas que la originan. Especulaciones de los banqueros. Negocios prohibidos legislativamente a los banqueros. Criterio de los moralistas sobre el uso por los banqueros de los depósitos que les han sido confiados. 15. El nacimiento de los bancos públicos. Causas que lo determinan y precisión conceptual. Su desarrollo en la Corona de Aragón y en la de Castilla. Operaciones que en ellos se realizan: el depósito, el giro y el préstamo. Clases de depósitos. Forma de constitución y de cancelación. El interés producido por los depósitos. 16. El concepto civil de la comenda en el siglo XIX. Referencia a los establecimientos que aceptan depósitos. Bancos de San Fernando, Isabel II, Español de San Fernando, de España, Cajas de Ahorros y Caja General de Depósitos. 17. Cuentas corrientes y depósitos en los estatutos del Banco Español de San Fernando y en los del Banco de Isabel II. Relaciones existentes entre ambas hipótesis contractuales. Naturaleza jurídica de la cuenta corriente y posterior evolución. Depósitos de custodia y de administración. 18. Interés devengado por los depósitos y por las cuentas corrientes. Clases de depósitos en función del interés que producen. El servicio de custodia y administración de los depósitos regulares: su retribución en favor del banco.

1. Una de las instituciones que han gozado de mayor importancia en la vida mercantil de la Península Ibérica, al igual que en la de Europa, ha sido la comenda. A pesar de ello, nuestros conocimientos sobre su problemática, atendido el punto de vista de su evolución histórica, son escasos. No quiere decir esto que se



aborde por vez primera su estudio en el Derecho español. Con anterioridad a nuestro trabajo, la comenda fue estudiada, entre otros, por A. E. Sayous, R. Zeno, R. Noguera de Guzmán, G. María de Brocá, A. García, etc., pero todos ellos se ocuparon de la misma parcialmente, al tomar en consideración solamente una época, un territorio, una forma de la institución, si bien los dos primeros abordan su problemática con más amplitud. Faltaba, sin embargo, un estudio de conjunto de la comenda, y este es el objetivo que, en lo posible, pretendemos alcanzar en el trabajo que sigue y en los que sucesivamente serán publicados. Como tal estudio de conjunto supone la ordenación de una serie de datos, la mayoría conocidos, entresacados de las fuentes y de la bibliografía que al tema hace referencia, y la interpretación de los mismos. Urgía iniciar este estudio para cumplir con la obligación de incorporar la investigación sobre la comenda en el Derecho español a la ya realizada sobre la materia en otros países europeos.

2. La primera dificultad que plantea el estudio de la comenda radica en la diversidad de acepciones, de sentidos, que el término presenta en las fuentes histórico-jurídicas del Derecho español. Si en el ordenamiento jurídico romano, *commendare* hacía referencia al depósito de dinero o a la simple custodia de la cosa consignada, e incluso a la práctica seguida para que las personas que merecían la confianza del emperador —los *candidati Caesaris*— ocupasen los cargos públicos<sup>1</sup>, y en el visigodo a depósito y a comodato<sup>2</sup>, en la época medieval su contenido se enriquece de tal modo que la comenda da vida tanto a relaciones públicas como a relaciones privadas. El fenómeno no es privativo del Derecho medieval español. Algo parecido ocurre en el italiano, a juicio de P. S. Leicht: “A proposito del *commendare*, riesce opportuno avvertire che esso indica nello stesso tempo il rapporto della donna colla corte regia che ne assume il mundio, quando il mundualdo

---

1. Cfr. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 18 (1906), pág. 134. Para la práctica imperial aludida en el texto, vid. *The Oxford Classical Dictionary* (ed. de 1953), s. v. 'commendatio', pág. 220.

2. *Código de Eurico* (ed. D'ORS. Roma-Madrid, 1960), 280 [= *Liber Iudiciorum* (ed. ZEUMER. Hannover-Leipzig, 1902) 5,5,3. Antiqua] y *Código de Eurico*, 282 [= *Liber Iudiciorum* 5,5,5. Antiqua].

diviene indegno (Rot. 195), quello fra il vasso e il suo seniore, il rapporto fra depositante e depositario, quello fra comodante e comodatario e qui vi si inserisce anche una forma di locazione d'opera. Fra tutte queste figure è comune il concetto di protezione e di custodia di persone e cose" <sup>3</sup>.

Por lo que se refiere al Derecho español, es posible constatar las siguientes significaciones del término comenda, al margen de su contenido jurídico-mercantil:

a) Comenda en el sentido de relación jurídica coincidente con el depósito y con el comodato.

b) Comenda en el sentido de guarda o tutela de menores, mujeres o personas que carecen de capacidad jurídica plena, o necesitan de una especial protección. Así, en el Fuero de Estella por 'comanda' se entiende la tutela testamentaria de los menores de edad <sup>4</sup>. En Aragón, el infanzón que se 'despide' del rey puede dejar en la fe y 'comanda' de éste "so muller e sos fillos e todos sos bienes" <sup>5</sup>. La 'encomienda' indiana, desde 1509, se convierte en una relación personal del español con el indio, en cuanto que el primero ha de cuidar al segundo <sup>6</sup>.

c) A veces, esa relación jurídica que supone protección es buscada por determinadas personas, débiles o inferiores, que la encuentra en los poderosos, a cambio de una u otra forma de pres-

3. P. S. LEICHT, *Il diritto privato preromano* (Bologna, 1933), págs. 264 y 265, nota 5. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle d'après des documents inédits des Archives de sa cathédrale*, en *Estudis Universitaris Catalans* 16 (1931), pág. 165, y CH. VERLINDEN, *La place de la Catalogne dans l'histoire commerciale du monde méditerranéen médiéval*, en *Revue des Cours et Conférences* (Paris, 1937-1938), pág. 603, afirman el empleo de la comenda en Derecho público, Derecho canónico y Derecho privado.

4. *Fuero de Estella de 1164* (ed. LACARRA, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4, 1927, págs. 404-425), 35; *Fuero de Estella del siglo XIII* (ed. LACARRA, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4, 1927, páginas 426-451), 36; *Fuero de Estella en versión lemosina* (ed. LACARRA, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 9, 1932, págs. 393-413), 35.

5. *Fueros de Aragón* (ed. TILANDER, Lund 1937), 240, y A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* I (Madrid, 1959), n.º 1099 sobre la ruptura del vasallaje.

6. A. GARCÍA-GALLO, *Manual cit.*, I, n.º 1283.

tación. Al que solicita la prestación del señor se le designa, en fuentes castellano-leonesas, con el calificativo de *commendatus*<sup>7</sup>.

d) Comenda en el sentido de *mandare, precipere*, encomendar u ordenar la realización de un acto, que puede consistir en llevar a cabo la voluntad del testador —es el caso de los ejecutores testamentarios<sup>8</sup>—, o en el administrar justicia<sup>9</sup>.

e) Comenda en el sentido de entrega de castillos para su custodia<sup>10</sup>, o de encomienda de monasterios<sup>11</sup>, ciudades, villas, luga-

7. Cfr. C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Las behetrias. La encomendación en Asturias, León y Castilla*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 1 (1924), págs. 158-336 y *Muchas páginas más sobre las behetrias. Frente a la última teoría de Meyer sobre ellas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4 (1928), págs. 5-141; A. GARCÍA, *Un contrato de "commenda" de 1221*, en *Ausa* 27 (1959), pág. 167 y nota 5; A. GARCÍA-GALLO, *Manual cit.*, I, núms. 992, 1088-1094 y 1264.

8. P. MEREJA, *Sobre as origens do executor testamentario*, en *Estudos do Direito hispânico medieval II* (Coimbra 1953), págs. 1 ss., y A. GARCÍA-GALLO, *El testamento de San Martín de Dumio*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), págs. 369 ss.; A. GARCÍA, *Un contrato de "comenda" de 1221 cit.*, págs. 170 y 171, nota 6, publica dos documentos de los años 945 y 961, una donación y un testamento sacramental, en los que el término se utiliza en el sentido indicado. Lo mismo en el testamento sacramental de Galindo, 5 de septiembre del 981: "... Et tunc nos, videntes et audientes, sic commendavit et iniunxit omnem suam elemosinam ad istos suos elemosinarios iam dictos, ut helemosinam dedissent..." (*Cartulario de San Cugat del Vallés*, ed. RIUS, I, Barcelona 1945, n.º 136, págs. 111 y 112). En el *Vidal Mayor* (ed. TILANDER, Lund 1956) 3,67,7, "... Exsecutores son clamados a qui son comendadas las uoluntades postremas de los qui mueren, que sean complidas por ellos..."

9. *Vidal Mayor*, prólogo 1,8.

10. Vid. A. GARCÍA, *Un contrato de "commenda" de 1221 cit.*, pág. 171 y nota 7. En el testamento de Ramón Tedbal, nombrando los ejecutores del mismo, de 4 de mayo de 1113, se dispone entre otras cosas: "... Concedo quoque uxori mee Guilie et filie nostre Adalandi fevum meum de castro de Murede quod teneo per Bernardum Guillelmi de s. Columbra et ipsam comendam de ipso castello cum dominicaturis meis et laborationibus meis et faciant servitium quod inde exire debet..." (*Cartulario de San Cugat del Vallés cit.*, III, Barcelona 1947, n.º 821, pág. 23).

11. Cfr. J. L. SANTOS DÍEZ, *La encomienda de monasterios en la Corona de Castilla. Siglos X-XV* (Madrid 1961).

res. tierras y alfoces <sup>12</sup>, o de bienes en beneficio o prevecho del que los recibe <sup>13</sup>.

En este variado conjunto de formas que la comenda presenta, en el que se destaca unas veces el aspecto real de la relación sobre el personal (custodia de cosas) y otras este último sobre el real (protección de personas), existen elementos comunes en los que unas y otras formas confluyen. La idea de protección o custodia de personas o cosas —puesta de manifiesto por Solórzano Pereyra con estas palabras: “commenda, que unas veces significa recibir alguna cosa en guarda, otras recibirla en amparo, y protección, y como debajo de su fe, y clientela” <sup>14</sup>— aparece en todas ellas. De otra parte, común a unas y otras figuras es la confianza que una de las partes que intervienen en la relación demuestra con respecto a la otra, en consideración a determinadas cualidades de ésta (probidad, honestidad, lealtad, competencia, etc.).

3. A su vez, la comenda, en tanto negocio de confianza, se utiliza en el tráfico mercantil con una finalidad claramente lucrativa. Aunque es fácil de advertir, como de hecho ocurre, la diversidad de formas bajo las cuales se presenta la comenda en la práctica mercantil <sup>15</sup>, generalmente se la concibe como contrato por el cual una persona —*commendator, accomendator, socius stans*— entrega a otra —*portator, tractator, accomendatarius*— un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la

12. *Ordenanzas Reales de Castilla* (ed. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, VI, Madrid 1872, pág. 424), 5,10.

13. Año 1190, Don Diego González entrega a San Vicente la porción que le corresponde en Bárcena de Moleda, alfoz de Gozón “pro quadam comenda quam tenebam de monasterio S. Vicentii in Lanera, quam cremavit pro me Pelagius Roderici, et non potui vindicare” (*Cartulario de San Vicente de Oviedo*, ed. SERRANO, Burgos 1929, n.º 311, pág. 284). Cfr. F. MAURO, *Le Portugal et l'Atlantique au XVII<sup>e</sup> siècle, 1570-1670. Etude économique* (París 1960), pág. 473.

14. *Política Indiana* (Madrid-Buenos Aires) 3,1,4.

15. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., págs. 165 y 166; R. ZENO, *Influenze romane e bizantine nella formazione del diritto marittimo medioevale*, en *Atti della Mostra bibliografica e del Convegno internazionale di studi storici del diritto marittimo medioevale*, Amalfi 1934, I (Nápoles 1934), págs. 295 y 296.



proporción establecida por la ley o convenida por las partes'. En este sentido fue entendida la comenda por A. Scialoja, y al aislar dogmáticamente este concepto de la institución, pudo afirmar "che no hanno a che fare con quel contratto di commenda, al quale si vuol riconnettare la società in accomandita, molti contratti in cui, essendovi l'elemento del *deposito* o dell'*affidamento*, può ricorrere una terminologia derivata del latino *commendare*"<sup>16</sup>. A nuestro entender, entre la comenda marítima, típica de la Edad Media, en la que late la idea de empresa, la comenda-depósito, la comenda que se entremezcla con la sociedad y la encomienda o comisión, existen unos vínculos más profundos que los puramente terminológicos, y que justifican el estudio de la comenda en todas sus manifestaciones. En este orden de cosas, en cuanto instituciones mercantiles, el deseo de lucro —entendido tal y como aparece reflejado en un documento catalán del siglo XII: "... Item volo et mando de ipsa mea galea que est in cursu, ut veniat in potestate predictorum manumissorum meorum, cum omni cursu et lucro et ipsi, levatis debitis de ipsa galea, de remanente, solvunt debita que debebam Guillelmo de Rabinad et c solidos pro meo lecto s.Cucuphati... Et precor manumissores meos quod faciant ipsam galeam armavi et de lucro et corpore ipsius galee cum sua exarcia, redimatur castrum de Pontons..."<sup>17</sup>— es común a unas y otras formas, que se basan igualmente en la idea de confianza, ya aludida, lo que permitió a A. Lattes calificar la comenda de negocio jurídico fiduciario, si bien *sui generis* al enfocar el problema desde el punto de vista del Derecho mercantil<sup>18</sup>.

En la evolución de la comenda puede apreciarse su temprana identificación con el depósito, ya advertida por L. Goldschmidt, A. E. Sayous y R. Zeno, lo que aconseja iniciar el estudio por la

---

16. A. SCIALOJA, *Sull'origini delle società commerciali. (Appunti per un trattato delle società)*, en *Studi Senesi* (1911), págs. 11 y 12.

17. Testamento de Ramón de Odena, 5 de octubre de 1196, en *Cartulario de San Cugat del Vallés III* cit., n.º 1215, pág. 346.

18. A. LATTES, *Il diritto marittimo privato nelle carte liguri dei secoli XII e XIII* (Roma 1939), págs. 63 ss. Sobre negocios de confianza y negocios fiduciarios vid. J. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario* (Barcelona 1959) y la bibliografía allí citada.

comenda-depósito, tratando de aclarar sobre todo los problemas que su empleo mercantil plantea<sup>19</sup>.

4. El Derecho romano conoció dos figuras de depósito. Una, la típica, en la que la *datio rei* convierte al depositario en un simple detentador de la cosa depositada, que continúa siendo propiedad del depositante, obligándose el primero a devolverla cuando a ello sea conminado por éste. Otra, modernamente llamada irregular, en la que la *datio rei* transforma al depositario en un verdadero propietario de cosas fungibles, el cual no viene obligado sino a restituir el *tantundem*, no el *idem* como en la forma regular de la institución. Probablemente, en atención a la confianza que debe presidir las relaciones entre las partes contratantes, la acción de *deponere* se la identificó con la de *commendare*, que lleva implícita aquella idea. Tal vez el término *commendare* fuese utilizado para designar ciertos supuestos de depósito de dinero, lo cual explicaría que Papiniano, al considerar la situación —Digesto 16,3,24. *Papinianus libro nono quaestionum*—, se preguntase: *quid est aliud commendare quam deponere?*, y que Ulpiano generalizase el punto de vista de este jurista con las siguientes palabras: *commendare nihil aliud est quam deponere*, en Digesto 50,16,186. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*<sup>20</sup>.

Los textos nos ponen de manifiesto, en todo caso, que el término *commendare* era el usual para referirse al depósito de dinero. Así ocurre en el de Papiniano arriba citado, y en un negocio, re-

---

19. L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, traducción italiana (Turín 1913), pág. 201; A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., págs. 165 y 166; R. ZENO, *Influenze romane e bizantine nelle formazioni del diritto marittimo medioevale* cit., págs. 295 y 296.

20. Sobre el origen canónico del término 'irregular' para designar la segunda figura de depósito, vid. P. ROSSI, *Locatio conductio operis irregularis*, en *Studi Senesi* VII (1890), pág. 181. Cfr. la postura revisionista de A. D'ORS sobre los contratos llamados reales en función de su idea del contrato como "nexo de dos promesas", en "Creditum" y "Contractus", en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), págs. 183 y ss.; en el mismo sentido, para el Derecho actual, JUAN B. JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales* (Barcelona 1958). Sobre *deponere* y *commendare*, vid. J. BURILLO, *Las fórmulas de la 'actio depositi'*, en *Studia et Documenta Historiae e Iuris* 28 (1962), págs. 233-291.

año 167 d. C.<sup>21</sup>. Estos depósitos de dinero se confían a banqueros, los cuales se obligan a restituir el *tantundem*. El texto 16,3,24 del Digesto nos sirve de guía para conocer el procedimiento seguido en la constitución de tales depósitos bancarios: el dinero se entrega a un banquero —*centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichos actore, esse apud me ut notum haberes*—, el cual redacta y suscribe un documento —*hac epistula manu mea* relativo a un supuesto de *pecunia commendata*, que se remonta al *scripta*— que faculta al depositante para obtener la restitución cuando lo desee —*quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*—. Se trata, pues, de depósitos irregulares que, con independencia de su naturaleza clásica o postclásica, sobre la cual discuten los romanistas —Niemeyer, Naber, Longo, Segrè, Kuebler, Rondoni, A. Ruiz, D'Ors, Bonifacio, Burillo<sup>22</sup>—, encuentran sus orígenes en las actividades de las bancas romanas, que, a juicio de Beigel, deben ser consideradas como bancas de depósito<sup>23</sup>.

La característica esencial del depósito en la época clásica es su gratuidad. Si, en supuestos de depósito de dinero, se pactan intereses en favor del depositante, tal pacto se considera nulo, y si el depositante los ha recibido anteriormente la relación jurídica se transforma en mutuo. Esta característica desaparece en el Derecho justiniano al hacer compatible con el depósito un posible pacto de intereses, en cuanto que se tiende a que la voluntad o intención de

---

21. BRUNS, *Fontis iuris romani antiqui* (Tubinga 1909)<sup>7</sup> n.º 155, página 353. Cfr. además, los interesantes estudios de C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare* cit., y F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* 49-50 (1948), páginas 80-152.

22. Amplias referencias sobre la discusión en F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano* cit., págs. 83-93. Incidentalmente se refiere a la discusión A. D'ORS, *Una observación sobre la naturaleza del depósito no-gratuito en Derecho romano*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 6-7 (julio-diciembre 1941), págs. 129-137; J. BURILLO, *Las fórmulas de la 'actio depositi'*, cit., incluye el depósito irregular, como negocio de buena fe, en el Derecho clásico tardío, cfr. la pág. 290.

23. BEIGEL, *Rechnungswesen und Ruekführungder Roemer* (1904), páginas 206 ss.; Cfr. G. PLATON, *Les banquiers dans la législation de Justi-*



las partes prevalezca sobre la verdadera naturaleza del negocio, alterando textos clásicos que decían lo contrario<sup>24</sup>.

La gratuidad del contrato parece oponerse en principio a una posible finalidad lucrativa que pudiera estimular a las partes contratantes. Pero conviene observar que incluso en la época clásica los depósitos bancarios pueden ser considerados como lucrativos al menos para los depositarios, en atención al hecho de que se les permite el uso de la moneda, es decir, la posibilidad de especular con ella como consecuencia. Tal facultad procede siempre que el dinero es depositado atendida su naturaleza fungible, no en consideración, naturalmente, de su individualidad específica<sup>25</sup>. En cambio, las fuentes no permiten en principio una afirmación semejante con referencia a los depositantes, que entregan el dinero a los banqueros con una clara finalidad de custodia. La intención lucrativa de los depositantes aparece muy desdibujada en la época clásica. En teoría transforma la relación en mutuo. En cambio, se les garantiza abiertamente la restitución del *tantundem*, hasta el punto de que en el concurso de bienes preceden, a tenor del Digesto 16,3,7 § 2. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*, a los acreedores privilegiados, y en todo caso se les considera preferentes sobre los acreedores ordinarios, según Digesto 42,5,24 § 2. *Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum*.

En relación con esta materia, el análisis de los textos que siguen pueden ser de utilidad, porque nos permite conocer las operaciones que los particulares realizaban con los banqueros y, a sensu contrario, cuáles eran las actividades de estos últimos en la época clásica:

---

nien, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* 33 (1909), páginas 5-25, 137-181, 289-338 y 434-480.

24. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano cit.*, páginas 133-148 y 152; W. SILBERSCHMIDT, *Die Comenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum 13. Jhd. Ein Beitrag zur Geschichte der Commandit- u. der stillen Gesellschaft*. (Würzburg 1884), pág. 16; R. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, en *Annales de Droit Commercial français, étranger et international* IX (1895), pág. 18.

25. Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano cit.*, págs. 131 y 132.

*Dig. 16,3,7 § 2 (Ulpianus libro trigensimo ad edictum):* "Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habetur, quasi renuntiaverint deposito" <sup>26</sup>.

*Dig. 42,5,24 § 2 (Ulpianus libro sexagesimo ad edictum):* "In bonis mensulariis vendundis post privilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia."

Entre las actividades normales de los banqueros romanos figuran, como puede observarse, recibir depósitos, dar cantidades a préstamo y recibirlas bajo el mismo concepto, aparte de efectuar operaciones monetarias. Por su parte, los particulares operan con los banqueros mediante la entrega de capitales en custodia por la vía del depósito, o mediante la entrega de capitales para hacerlos producir o fructificar. El texto citado en primer lugar enumera distintas posibilidades en la entrega de capitales con esa finalidad - *quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant*, es decir, de un lado, préstamos de los particulares a los banqueros; de otro, préstamos de particulares a particulares por mediación de los banqueros y, finalmente, entre una y otra situación, otra intermedia, la entrega de dinero a los banqueros para participar de los beneficios que obtengan con su especulación. Lo que importa destacar del texto es el calificativo de mutuo bajo el cual engloba las distintas situaciones previstas, cuando en realidad la tercera, que podría colocar al banquero en la condición de mutante, no permite en principio hacer extensiva esa condición al particular que entregó su dinero al banquero con la pretensión de dividir en su momento los beneficios <sup>27</sup>. Ambos textos prueban la tendencia

26. La claridad del texto ha sido discutida, Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano* cit., págs. 148 y 149.

27. L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale* cit., página 202, nota 76.

de los depositantes en la época clásica a obtener lucro de los depósitos que confían a los banqueros, que se explica por sí misma, y también desde un punto de vista procesal, en atención al lugar que ocupan, en tanto depositantes, en el concurso de los bienes del banquero. De ahí el interés de los juristas —*aliud est enim credere, aliud deponere*— en declarar nula la relación en cuanto incompatible con la naturaleza del depósito, incluso en supuestos que no la convertían necesariamente en un mutuo.

De otra parte, si se prescinde del supuesto del concurso de bienes de los banqueros, las relaciones entre éstos y los particulares se caracterizan por un interés económico, al margen del acto jurídico que originó el crédito favorable a unos o a otros. Al final de esas relaciones, lo que importaba era fijar, por medio del balance, el saldo acreedor y el beneficiario de éste. La cuenta entre el cliente y el banquero se nutría de las operaciones más diversas. Ulpiano nos la define como una *ultra citro dandi accipiendi, credendi debendi, obligandi solvandi negotiatio*<sup>28</sup>, en la que podían tener cabida mutuos, depósitos, estipulaciones, etc. Los *accepta* y los *data* con referencia a cada cliente del banco, y con expresión de la causa y de la fecha, se hacían constar en el *codex rationum mensae*. Pero sobre la individualización de cada operación, destacaba el conjunto de todas ellas, que se concebían como una unidad, en función del acto inicial de confianza que motivó la relación. Por ello, en sus pretensiones, el banquero debe actuar *cum compensatione*, en los términos previstos por Gayo en sus Instituciones 4,64: “*Alia causa est ilius actionis, qua argentarius experitur. nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio uerbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dare oportere.*” Se trata de una compensación *ipso iure*, incluso si las obligaciones proceden *ex dispari causa*, y se efectúa en un *judicium stricti iuris*<sup>29</sup>.

28. *Digesto* (ed. MOMMSEN y KRUEGER. Berlín 1928<sup>15</sup>) 12, 13, 6 § 3.

29. Vid. sobre la materia SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (Nápoles 1950), págs. 39 y 40; en págs. 21, 22 y 182, nota 20, plantea el problema de su prohibición por Justiniano en la *actio depositi*, que no cree se aplique si el objeto del depósito es una cantidad de cosas fungibles. P. van WARHELO, *Le rescrit de Mar-Aurèle à propos de la compensation*, en *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*



5. En las fuentes del Derecho visigodo se acentúa la equivalencia *deponere-commendare*, hasta el punto de que este término sustituye por lo general a aquél. Mediante las expresiones *commendatum* o *res custodiendae traditae* se designa el depósito en esta época<sup>30</sup>. La sustitución se observa en el Código de Eurico, *Liber Iudiciorum*, y salvo alguna excepción, en el Breviario de Alarico. En la *interpretatio* de las Sentencias de Paulo 2,14, *De usuris* § 3, se utiliza *deponere*; en cambio en 2,12, *De deposito* § 2, la frase *in iudicio depositi* de la sentencia da lugar en la interpretación a *quum in iudicio de rebus agitur commendatis*. El verbo *deponere* no es desconocido del *Liber Iudiciorum*, pero, evidentemente, al emplearlo no se piensa en el contrato de depósito: *deponere arma* (*Liber Iudiciorum* 9,3,2), *de pignere deposito et furato* (5,6,2), *de pignere si pro debito deponatur* (5,6,3), *deponere querellam comiti exercitus* (9,2,6), *deponere sarcina* (8,4,27), *deponere vestem laicalem* (3,5,3) y *deponere sacerdotem ab honore* (12,3,21).

Característica fundamental del Derecho visigodo es la analogía que establece entre depósito, comodato y mutuo, ultimando un proceso iniciado en la época clásica, y que ha sido puesto de relieve con todo detalle por Levy y por A. D'Ors<sup>31</sup>. Si a esta situación se llegó por deformación de los principios jurídicos romanos o, como quiere Planitz, por influencia de los Derechos de los pueblos bárbaros, es difícil de precisar, pero el estudio del Código de Teodosio, a través de su inclusión en el Breviario de Alarico con las interpretaciones que en esta fuente se insertan, arroja cierta luz sobre este punto, y permite afirmar que la inclusión del mutuo en el comodato caracteriza el Derecho romano vulgar de Occidente, lo cual no supone negar una solución semejante con referencia a los Derechos bárbaros<sup>32</sup>. Son muchos los problemas que el estudio

---

(París 1959), págs. 335-341. Cfr. A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum "de rebus creditis"*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 19 (1953), páginas 173-176.

30. SCHWERIN, *Notas sobre la historia del Derecho español más antiguo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 1 (1924), pág. 37; A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., pág. 203.

31. LEVY, *Das Obligationenrecht* (1956), págs. 158, 163 y 166; A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., págs. 202 y ss.

32. H. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*. Traducción

del título *De commendatis vel commodatis* del Código de Eurico, que corresponde al 5,5 del *Liber Iudiciorum*, plantea, si bien desde nuestro punto de vista nos hemos de fijar particularmente en los siguientes: gratuidad del depósito, analogía entre depósito y préstamo de dinero y, por último, los supuestos de depósito de dinero.

La posibilidad de un depósito retribuido aparece prevista en el capítulo 278 del Código de Eurico, que con variantes no esenciales se recoge en el *Liber Iudiciorum* 5,5,1. Aunque se trata de un depósito de animales, no deja de ser interesante su análisis para comprobar hasta qué punto el elemento retribución se tiene en cuenta en esta clase de negocios. En efecto, de la redacción del referido capítulo euriciano se infiere que los depósitos retribuidos eran los normales, y la frase *nec ille mercedem requirat* parece indicar que la merced, aunque prevista, no se ha percibido, lo que determina un grado menor en la responsabilidad del depositario, una vez que el animal entregado en depósito ha perecido.

En relación con el carácter gratuito o lucrativo del depósito cabe estudiar el capítulo 280 del Código de Eurico, que más tarde se recoge en la ley 5,5,3 del *Liber Iudiciorum*, y que se refiere al depósito de metales preciosos, ornamentos u objetos, es decir, de cosas muebles no semovientes. La finalidad del depósito previsto en este supuesto es doble, *sive custodiendae traditae sive vendendae, aut forte vendende* en el *Liber Iudiciorum*, lo que supone la utilización del contrato para nuevos fines. El depositario contrae la obligación de realizar una actividad dirigida a la venta de las cosas que por la vía del depósito le han sido confiadas. A. D'Ors dudó al interpretar el supuesto *sive vendendae*, entre si se trataría de una *datio in aestimatum* o de un simple depósito de mercancías, que, naturalmente, podría ser retribuido. En este caso nos encontraríamos ante un depósito de mercancías destinadas a la venta de la que no se encargaría el depositario<sup>33</sup>. Resulta extraño que el Derecho visigodo no emplee en esta ocasión el término *portus* con la significación de recinto cerrado donde se custodian las mercancías

---

de la tercera ed. alemana por C. MELON INFANTE. (Barcelona 1957), págs. 244 y 245; *Breviario de Alarico* (ed. HAENEL, reimpresión de 1902). *Código de Teodosio* II, 31. *Quod iussu*, y II, 33. *De usuris* 1, y sus interpretaciones correspondientes.

33. A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., pág. 205.

que se importan o exportan, que ya tuvo en la época imperial y que conservó en los períodos merovingio y carlovingio<sup>34</sup>. Tal vez, y teniendo en cuenta que se trata de operaciones concretas, sea más acertado pensar, como se indicaba más arriba, en este caso —es la tesis de L. Goldschmidt— en una comisión de venta, con referencia a un interés lucrativo por ambas partes, que se aproximaría al innominado *aestimatum*<sup>35</sup>. El depositario encarna la figura del comisionista, puesto que la finalidad de ese depósito —*res vendendas tradere*— aparece con gran claridad y difiere de la expresión *res custodiendae traditae*. Por ello, en el supuesto de incendio, y consiguiente pérdida de las cosas confiadas al depositario conjuntamente con las suyas propias, se le exige preste juramento, a la vez que a los testigos, de que 'en nada se aprovechó en ello', lo que puede interpretarse en el sentido de que todavía no había dispuesto de los objetos depositados, es decir, no había procedido a la venta de todos o de parte de ellos. Si esto hubiese ocurrido con anterioridad al incendio, procedería que la operación realizada se liquidase entre las partes que intervinieron en el contrato.

No dejan de tener interés las reglas sobre el riesgo en el depósito establecidas en el capítulo que comentamos, que se estructuran a base del reparto del *periculum* a medias, y, en el supuesto previsto en el capítulo 282, ley 5,5,5 del *Liber Iudiciorum*, en proporción a las pérdidas sufridas por ambas partes, y que suponen una clara alteración de los principios clásicos. A. D'Ors explica el fenómeno, siguiendo a Levy, por influencia de la doctrina del seguro legal de la *lex Rhodia de iactu*, con estas palabras: "Late bajo este régimen euriciano la idea de que los contratantes están unidos en cierto modo por un vínculo de sociedad, y que es justo

---

34. *Digesto* 50, 16, 59 (*Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum*): *Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportatur*"; SAN ISIDORO, *Etimologías* (ed. MIGNE, *Patrologiae* 80, 715 ss.) XIV, 8: "Portus dictus a deportandis commerciis"; Cfr. PIRENNE, *Les villes et les institutions urbaines* I (París-Bruselas 1939), págs. 51, 114 y 382; L. G.<sup>a</sup> DE VALDEAVELLANO, *Sobre los burgos y los burgueses de la España medieval. (Notas para la historia de los orígenes de la burguesía)* (Madrid 1960), páginas 37 y 38 y nota 44.

35. L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale* cit., páginas 202 y 203, nota 79.



que, más allá de la culpa, el daño quede repartido”<sup>36</sup>. La explicación es acertada, pero no debe olvidarse que, al menos en determinados supuestos, como se ha visto, el depósito se ha convertido en un contrato lucrativo para ambas partes, lo que justificaría la evolución experimentada en materia de responsabilidad.

La aproximación entre depósito y préstamo de dinero se observa en varios pasajes del Código de Eurico y del *Liber Iudiciorum*. Aparte la utilización de *commendare* con referencia al mutuo, que puede atribuirse a error del escriba, según A. D’Ors<sup>37</sup>, los riesgos se reparten proporcionalmente a los intereses establecidos en el documento. De ello resulta una semejanza en la condición de los mutantes y depositantes, y que se prescindiera de la figura irregular del depósito, ya que por medio del mutuo las apetencias de lucro de los mutantes y de los mutuarios pueden alcanzarse: *et si aliqua lucra est ex ea pecunia consecutus, et post modum contigit ut pecunia pereat, extra summam quod acceperat mediam... usurarum partem restituat*<sup>38</sup>.

No obstante dicha aproximación entre depósito y préstamo de dinero, insistiendo en la idea anterior, el depósito irregular es desconocido por el Derecho visigodo<sup>39</sup>. El capítulo 280 del Código de Eurico [= *Liber Iudiciorum* 5,5,3] permite comprobar la exactitud de esa afirmación. Que el oro y la plata puedan ser devueltos al depositante por el depositario, incluso después de un incendio, porque *ardere non potuit*, alude al contenido real del negocio, no al sentido figurado de que fuese devuelto el *tantundem*, también lo estaría en el supuesto de hurto, y, sin embargo, es diferente la solución en este caso. La inexistencia de una regulación sobre el depósito irregular nos autoriza, atendidos los elementos de juicio a nuestro alcance, a pensar también en la inexistencia del depósito bancario. La voz *argentarius*, en el sentido romano, es desconocida

36. A. D’ORS, *El Código de Eurico* cit., pág. 207.

37. *Código de Eurico*, 281 [= *Liber Iudiciorum* 5,5,4] y *Código de Eurico*, 285 [= *Liber Iudiciorum* 5,5,8]; Cfr. A. D’ORS, *El Código de Eurico* cit., página 207, nota 678. Las figuras de depósito-préstamo y préstamo-depósito pueden verse en *Código de Eurico* 283 y 284 [= *Liber Iudiciorum* 5,5,6 y 7].

38. *Código de Eurico*, 281 [= *Liber Iudiciorum* 5,5,4].

39. LEVY, *Das Obligationenrecht* cit., págs. 171 y 172; A. D’ORS, *El Código de Eurico*, pág. 207.

del *Liber Iudiciorum*, que en los pasajes que la emplea lo hace con la significación de *faber argentarius* (cfr. la *antiqua* 7,6,4) o de *officialis palatii, custos argenti* (cfr. la ley 2,4,4 de Chindasvinto). En la ausencia de operaciones bancarias, que se explica en cuanto la economía hispano-visigoda fue predominantemente agraria, y mercantil en muy pequeña medida, y en el acercamiento entre depósito y mutuo, tal vez pueda verse la causa de la falta de normas visigodas sobre el depósito irregular <sup>40</sup>.

6. En el Derecho altomedieval y en las fuentes jurídicas locales anteriores a la recepción romano-canónica, la voz 'comendar' equivale casi siempre al depósito de cosas muebles. La comenda de inmuebles —heredades, honores, casas— aparece prevista en el Fuero de Medinaceli como un supuesto en el que no prospera la tenencia de año y día <sup>41</sup>. Generalmente, la palabra que se emplea para definir la relación es 'comendar', sus derivados —'commendato', 'comendatio', 'encomendado', 'comenda', 'acomenda', 'comienda', 'acomienda'— o bien otros términos con un contenido semejante: 'lexa', 'leya', en fuentes aragonesas. La vez 'depósito', que supone un mayor tecnicismo, aparece sólo en el Fuero de Cuenca 41,11 [= 945] y en la redacción latina de Teruel, 516.

A la vista del fin que se pretende conseguir mediante la comenda, las fuentes estudiadas pueden agruparse en dos clases. En unas, las cosas se entregan en guarda o custodia, en otras no se concreta cuál sea la finalidad del depósito. Al primer grupo pertenecen los Fueros de Oviedo, Avilés, Cuenca y Soria, que reproduce, simplificada, la ley 5.5,5 del *Liber Iudiciorum* <sup>42</sup>. El supuesto

40. El punto de vista recogido en el texto sobre la vida económica hispano visigoda coincide con el de J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Panorama de la historia urbana en la Península Ibérica desde el siglo V al X*, en *Settimane di studio del centro di studi sull'Alto Medioevo VI. La Città nell'Alto Medioevo* (Spoleto 1959), pág. 343, y con el de L. G.<sup>a</sup> DE VALDEAVELLANO, *Sobre los burgos y los burgueses de la España Medieval* cit., pág. 46.

41. *Fuero de Medinaceli* (ed. T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas pueblas*, I, Madrid 1847), pág. 437.

42. *Fuero de Avilés* (ed. A. FERNÁNDEZ GUERRA Y ORBE, Madrid 1865), 21; *Fuero de Cuenca* (ed. UREÑA, Madrid 1935), 41, 1 [=935] y *Fuero de Soria* (ed. G. SÁNCHEZ, Madrid 1919), 374. Vid. en relación con el *Fuero de Cuenca*, *Código Valentino* (ed. UREÑA, Madrid 1935), 11, 2; *Fuero de Iznatoraf* (ed. UREÑA, Madrid 1935), 824; *Fuero de Zorita de los Canes*



contemplado, a excepción del Fuero de Soria, es la entrega de cosas, que no se especifican, pero muebles en todo caso, por el huésped al albergador, estableciéndose el principio de la irresponsabilidad de éste en el caso de la pérdida de las cosas que no ha recibido en comenda, y regulándose el procedimiento a seguir cuando el huésped no se conforma con las que en su momento le sean devueltas por el albergador. La naturaleza regular de la comenda, que puede ser dineraria, y la finalidad de la relación, se aprecian claramente en el texto de Avilés: "hospes qui pausa in kasa, si so aver comendar ad ospet ó á la óspeda, et en testigos poda aver de los vezinos, de tanto que li da á condensar, tanto li torne".

En cambio, el Fuero de Alfambra y un texto del Fuero de Cuenca; distinto del anterior, conciben la relación de comenda en términos más amplios, al menos en cuanto no le atribuyen un objetivo de guarda o custodia. Preocupados los textos de establecer el procedimiento para exigir la devolución —decisiva es en este punto la prueba testifical del depositante, declarándose exento de responsabilidad el depositario mediante su juramento si aquella no prospera, si bien, según el Fuero de Alfambra, se puede recurrir al riepto si la cuantía de la demanda sobrepasa los diez sueldos—, no determinan el objeto de la comenda<sup>43</sup>. Posiblemente, por medio de la comenda se entregaban cosas de naturaleza fungible, ya que en el Fuero de Cuenca el comodato de útiles de labranza —arados, horcas, hiellos— es regulado con independencia<sup>44</sup>, y por

---

(ed. UREÑA, Madrid 1911), 804; *Fuero latino de Teruel* (ed. AZNAR Y NAVARRO, Zaragoza 1905), 506; *Fuero romance de Teruel* (ed. M. GOROSCH, Estocolmo 1950), 729 y *Carta Puebla de Albarracín* (ed. C. RIBA Y GARCÍA, Zaragoza 1915), págs. 220 y 221. Sobre las relaciones entre el huésped y el albergador, M. GUAL CAMARENA, *El hospedaje hispano-medieval. Aportaciones para su estudio*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 32 (1962), páginas 527-541.

43. *Fuero de Alfambra* (ed. M. ALBAREDA Y HERRERA, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 7, 1924, págs. 195-201; 8, 1925, págs. 424-462 y 589-608; 9, 1926, págs. 91-128), 48; *Fuero de Cuenca*, 41, 11 [=945]; *Código Valentino*, 11, 14; *Fuero de Iznatoraf*, 834; *Fuero de Zorita de los Canes*, 814; *Fuero latino de Teruel*, 516; *Fuero romance de Teruel*, 749, y *Carta Puebla de Albarracín*, pág. 224.

44. *Fuero de Cuenca* 13,16 [=356]; *Código Valentino*, 3,15; *Fuero de*



ello en el Códice Valentino 11,14, la palabra *deposito* del Fuero de Cuenca se traduce por 'emprestido'. Este dato, unido a la prohibición canónica de los intereses, permite pensar en la posibilidad de que la comenda diese vida a otras relaciones jurídicas, concretamente al préstamo usurario, aunque no existan documentos que lo comprueben<sup>45</sup>. No se opone a esta afirmación que en el Fuero de Cuenca y en otros con él relacionados se regule el mutuo a interés, porque, de una parte, el devengo de interés se limita a cierta cantidad<sup>46</sup>, y de otra, los mutuos que se regulan en las fuentes examinadas lo son de judíos a cristianos, con menos claridad de cristianos a judíos, y en absoluto entre cristianos<sup>47</sup>, limitaciones que podrían obviarse si las partes interesadas conciben la relación como una comenda.

Las fórmulas y documentos del período, todos ellos de la segunda mitad del siglo XII, relativos a préstamos de dinero, no suelen utilizar la palabra préstamo para designar la relación: o emplean el término comodato o no especifican nominativamente el contrato celebrado entre las partes. En Cataluña, en efecto, por influencia visigoda y quizá también eclesiástica, aunque por motivos distintos, al préstamo se le llama comodato en un documento

---

*Iznatoraf*, 328; *Fuero de Béjar* (ed. A. MARÍN LÁZARO, Madrid, 1925), 411; *Fuero de Zorita de los Canes*, 321; *Fuero Latino de Teruel*, 419; *Fuero Romance de Teruel*, 532; *Fuero latino de Albarracín* (ed. A. e I. GONZÁLEZ PALENCIA, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 8, 1931), pág. 478, y *Carta Puebla de Albarracín*, pág. 171.

45. Sobre la prohibición de intereses en el primitivo Derecho canónico español, vid. J. SANTA CRUZ, *San Basilio y el devengo mensual de intereses*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 15 (1944), págs. 690 y 691.

46. *Fuero de Cuenca* 29,20 [=706]; *Códice Valentino* 13,11; *Fuero de Iznatoraf*, 634; *Fuero de Béjar*, 877; *Fuero de Zorita de los Canes*, 595; *Fuero de Plasencia* (ed. J. BENAVIDES CHECA, Roma, 1896), 342; *Fuero latino de Teruel*, 425; *Fuero romance de Teruel*, 555; *Fuero latino de Albarracín*, pág. 482; *Carta Puebla de Albarracín*, pág. 177, y *Fuero de Uclés* (ed. F. FITA, en el *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 14, 1889, páginas 305-341), 124.

47. *Fuero de Cuenca* 29,18 y 19 [=704 y 705]; *Códice Valentino* 13,9-11; *Fuero de Iznatoraf*, 633; *Fuero de Béjar*, 874-876; *Fuero de Zorita de los Canes*, 593 y 594; *Fuero de Plasencia*, 340-342; *Fuero latino de Teruel*, 425; *Fuero romance de Teruel* 554 y 555; *Fuero latino de Albarracín*, págs. 481 y 482; *Carta Puebla de Albarracín*, pág. 176.

de 1192: "... Et debebat ei Bernardus de Marfan cc macemutinos. quas ei acomodavit in presencia Guillelmi Groin. et Johannis de Monteiudaico ac Sebastiani et Jordaneti..."<sup>48</sup>. En Asturias y Galicia la relación no recibe nombre alguno. El contrato es en principio gratuito —en él no se hacen constar intereses—, y el cumplimiento de la obligación del prestatario se garantiza con una prenda inmobiliaria en favor del prestamista —algunos monasterios figuran con esta condición en los documentos—, que al hacer suyos los frutos de la misma, consigue de esta forma el lucro apetecido del dinero dado en préstamo: "... ego Pontius Velaz uobis domno Abbati Garsia Menendi, una cum conuentu monachorum. Sancte Marie Lapedo Deo ibi seruietium subpindro ipsa mea hereditate que uocatur Uega et accipio de uobis quadraginta morabintinos tali condicione, ut nec ego, nec alius homo tam de progenie mea quam de extranea, ipsa supra dicta hereditate accipiat antequam morabetinos uestros reddat...", según se dispone en un documento asturiano de 1174 perteneciente al Monasterio de Belmonte<sup>49</sup>.

Si se compara el sistema expuesto con el existente en otros países europeos, se observarán rasgos comunes entre el altomedieval español y, concretamente, el italiano, según se desprende de los estudios efectuados por P. S. Leicht y G. Astuti, que concluyeron afirmando la semejanza entre el depósito y el mutuo, el carácter no siempre gratuito y la finalidad no solamente de guarda o custodia de la *commendatio*, la aproximación que se advierte entre el comodato y aquellas otras formas contractuales, y el espíritu de lucro que anima en último extremo la conclusión de estas relaciones jurídicas<sup>50</sup>.

48. Año 1129, 9 de enero. Publicación sacramental del testamento de Geraldo de Bedorch (*Cartulario de San Cugat del Vallés* cit., III, n.º 1186, pág. 322).

49. *Colección Diplomática del Monasterio de Belmonte* (ed. A. C. FLORIANO, Oviedo 1960), n.º 79, pág. 211. En un sentido parecido, los documentos de 1188 y 1199 publicados por S. MONTERO DÍAZ, *La colección diplomática de San Martín de Juvia (977-1199)* (Santiago 1935), n.º 101 y 130, págs. 106 y 117. Para Cataluña, vid. la fórmula n.º 6 de las publicadas por F. VALLS-TABERNER, *Un formulari juridic del segle XII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 3 (1926), pág. 511.

50. P. S. LEICHT, *Il diritto privato preromeriano* cit., págs. 233, 258 y 259.

7. Los términos empleados para designar la institución en la época que acabamos de examinar persisten en las fuentes jurídicas de la Baja Edad Media, que se caracterizan por una mayor precisión conceptual y por el planteamiento de nuevos problemas. De 'comanda' y de 'alzado' se habla en el Fuero General de Navarra; 'comanda', 'comienda', cosa 'comandada' aparecen empleadas en la literatura jurídica aragonesa; la voz 'encomienda', en algún caso la de 'depósito', son las que se utilizan en el Fuero Real; 'comanda' es la usual del *Recognoverunt Proceres* y del Derecho general catalán, precisándose en algún texto su equivalencia con la voz 'depósito', y también en el Código de Tortosa y en los Fueros de Valencia; en las Partidas se habla de 'condesijo' o 'depósito', y este último término es el que se recoge en los Fueros y Observancias de Aragón<sup>51</sup>.

A la vista de los textos examinados puede afirmarse que nos encontramos en presencia de una comenda cuyo objeto es la entrega de dinero. Las fuentes menos elaboradas, las que regulan la institución casuísticamente, contemplan ese supuesto con exclusividad. Se advierte en el Derecho navarro y en el aragonés:

*Fuero General de Navarra* 3,11,1. Cómo non deve ser embargada por ninguna cosa comanda en fealdad. "Un omne comanda en fealdat á un otro Lmoravidis, et aqueyll qui tenía en commanda los moravidis demandaval XX cafices de trigo quel avia emprestado..."

*Fueros del Reino de Aragón*, 4, *De Deposito*, Jaime I, Huesca 1248. "Quidam deposit apud quemdam vicinum suum quiquaginta morabetinos..."

y G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella Storia del Diritto italiano. I. Parte generale*. (Milán 1952), pág. 382.

51. Cfr. *Fuero General de Navarra* (ed. ILARREGUI, Pamplona 1869), 3,11,1 y 3; VIDAL MAYOR 3,64,10; 7,2,13; 1,69,50; 8,19,12 y 5,6,11; *Fuero Real* (ed. *Los Códigos Españoles concordados y anotados I*, cit., págs. 353 ss.), 3, 15,5; *Recognoverunt Proceres* (ed. G. SÁNCHEZ, Barcelona 1904), cap. 72; *Código de Tortosa* (ed. B. OLIVER, Madrid 1876), 4,17; *Fori Regni Valentiae* (ed. de 1547), 4,15; *Partidas* (ed. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, II-V cit.), 5,3, y el estudio de Juan Antonio ARIAS BONET, *El depósito en las Partidas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 32 (1962), páginas 543-566; *Fueros del Reino de Aragón* (ed. SAVALL Y PENÉN, Zaragoza 1886), 4, *De depósito*, Jaime I, 1248 y *Observancias del Reino de Aragón* (ed. SAVALL Y PENÉN cit.), 4, *De depósito*, 2.



Por razones diferentes de las arriba expuesta —quizá por ser un fiel reflejo de la realidad— el Derecho general del Principado de Cataluña del siglo XIII, se orienta en la misma dirección, aunque en textos más tardíos dé cabida a un sistema más amplio. En las fuentes representativas de este Derecho se habla de 'deuda' —lo mismo ocurre en el Derecho valenciano— para referirse a la relación jurídica existente entre el que ha recibido la comenda con respecto a la persona que se la entregó, lo que prueba la naturaleza crediticia de esa relación y que ésta consiste por lo general en la entrega de una cantidad de dinero:

*Constitutions de Cathalunya* 4,6,2. Alfonso III en las Cortes de Monzón, año 1289, capítulo XXIII. "Ordenam, e statuim, que alguns homens no puxan esser presos, o retenguts en persona per algun deute, sino era per carta de comanda" <sup>52</sup>.

*Fori Regni Valentiae* 7,9,4. Jaime I. Mercaders, cabalers, cambiadors, drapers, sia que sien Chrestians, juhens, o serrahins: los quales per raho de prestat, o de comanda, o de compra, o de qualque altre seran feits deutors.. "

Pero en este punto se advierte una evolución que conviene recoger, producida, tal vez, por un mayor tecnicismo jurídico y por el incremento de relaciones jurídicas de todo género. Aunque el objeto de la comenda continúa siendo predominantemente cantidades de dinero, los textos admiten la posibilidad de que por esa vía se entreguen otras cosas cuya naturaleza precisan a veces. En el *Vidal Mayor*, junto al dinero aparecen los vestidos y los ornamentos <sup>53</sup>; en Fuero Real, Código de Tortosa y Fueros de Valencia, se habla de dinero y cosas en general <sup>54</sup>, y lo mismo ocurre en el ca-

---

52. En *Constitutions y altres Drets de Cathalunya* I (Barcelona 1704), pág. 284.

53. VIVAL MAYOR, 5,16.

54. *Fuero Real* 3,15,5; *Código de Tortosa* 4,17,1; *Fori Regni Valentiae* 4,15,23, Jaime I; Cfr. TARAZONA, *Instituciones dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* (1580), pág. 292. En el *Paramiento del Concejo de Tudela suplicando al rey la reforma de varios artículos de su Fuero* (a. 1330), 11, se ordena que el original del Fuero antiguo "sea puesto en una cadena en Santa María en depósito", en A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* cit., II, n.º 367.

pítulo 6 de las Cortes de Perpiñán del año 1351<sup>55</sup>. Las Partidas reflejan claramente esta evolución en 5,3,2, con estas palabras: “En guarda e en condessijo pueden ser dadas las cosas, de qual manera quier que sean. Mas, propriamente, usan a dar mas en condessijo las cosas muebles, que las otras.” La única excepción a este principio la encontramos en el *Vidal Mayor* 9,69, al hablar de la comenda de heredades.

La comenda, jurídicamente, equivale a depósito, según se desprende de los textos a los que nos hemos referido anteriormente y en los que se hace constar la equivalencia institucional de ambos términos. En el Fuero Real, 3,15,6, el depositario es la persona que ha recibido la ‘encomienda’, y en un privilegio otorgado por Jaime II a Barcelona, en 1304, la *scriptura comandae* se identifica con la de depósito<sup>56</sup>. Más tarde, los juristas, resucitando viejas definiciones romanas, a las que ya hemos aludido, insisten en la identidad que existe entre la comenda y el depósito: “in materia depositi, et commandae, quod idem sunt: cum commendare nihil aliud sit, quam deponere” (Cáncer), “commendatarius etiam dicitur, quia commendare nihil aliud est quam deponere” (Sessé) o, al decir de Cuenca, “verba haec, praesentis depositi contractus formam, et originem denotant, nam qui commendat alicui rem custodiendam depositi contractum agit”<sup>57</sup>. Incluso en algunas fuentes —es el caso del *Vidal Mayor*, 5,16—, que no establecen formalmente la equivalencia entre depósito y comenda, se observa claramente que la co-

---

55. *Constitutions de Catalunya superfluas* 7,6,1, Pedro III, en las Cortes de Perpiñán de 1351, cap. 6 (en *Constitutions y altres Drets de Catalunya* III, cit., pág. 63).

56. *Pragmáticas y altres drets de Catalunya* 4,15,5, Jaime II en Privilegio a Barcelona, dado en Zaragoza el 3 de junio de 1304, cap. 3 (*Constitutions y altres Drets de Catalunya* II, cit., pág. 148).

57. CÁNCER, *Variae Resolutiones utriusque iuris* (ed. Lión 1658-59), pars III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, § 1, pág. 171; SESSÉ, *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Institiae Aragonum, causarum civilium et criminalium* III (Zaragoza 1624), dec. 296, n.º 12, en página 272 v.; CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* (Zaragoza 1644), cláus. 10, fol. 31. De ‘comanda o depósito’ trata FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cataloniae* (Lión 1668), dec. 252, n.º 18, en vol. I, pág. 465.

menda se estudia en función del depósito, utilizando los criterios romanos de la institución.

En la comenda-depósito se distinguen dos clases, en función de la facultad de uso concedida al depositario. La comenda-depósito se constituye, a veces, con la finalidad de custodia o guarda de las mismas cosas entregadas por el depositante; pero, a veces, persistiendo el objetivo de la custodia, el depositario puede usar de ellas, si consisten en dinero o en otras especies fungibles. Nos encontramos, pues, en presencia de dos tipos de comenda-depósito, cuya naturaleza jurídica varía según la forma en que sean constituidos por las partes contratantes:

*Fuero Real* 3,15,5. Como el que rescibió alguna cosa en encomienda la debe tornar. "Quien alguna cosa de otri rescibiere en encomienda, esa mesma cosa sea tenuto de entregar a aquel de quien la rescibió, è no sea osado de la usar en ninguna manera, sino como fuere encomendado; pero si algunos dineros por cuenta, ò oro, ò plata en masuca rescibiere de otri en encomienda à peso, bien puede usar dello, è dar otro tanto, è tal como aquello, à aquel de quien lo rescibió: e si los dineros, ò el oro, ò la plata rescibió so cerradura è no por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar: è si lo ficiera, pechelo doblado à aquel de quien lo tenía."

El sistema que distingue los dos tipos de comenda-depósito se recoge en las Partidas, el Código de Tortosa y en los Furs de Valencia, imponiéndose en Tortosa y en Valencia, al depositario que usa de la cosa indebidamente, la pena del hurto, que corresponde al 'pechelo doblado' del Fuero Real<sup>58</sup>. Vidal de Canellas justifica la pena impuesta, ya que el depositario se coloca en la situación del que se sirve de las cosas ajenas sin permiso de su dueño<sup>59</sup>, y Mieres atribuye al depositario que actúa de esa forma una intención dolosa<sup>60</sup>. No se utilizan términos diferentes para designar una u otra

58. *Partidas* 5,3,2 y 9; *Código de Tortosa* 4,17,6 y 13; *Fori Regni Valentiae* 4,15,23, Jaime I; cfr. TARAZONA, *Institutions dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* cit., pág. 292.

59. VIDAL MAYOR 5,16.

60. MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniac* (Barcelona 1621) pars I, collatio quarta. *De deposito et sequestro*, cap. XX, pág. 217, § 10.



clase de comenda-depósito, por lo general. Solamente Cáncer, en sus *Variarum resolutionum*, recogiendo el criterio común de los doctores, indica que “si depositum sit factum ad numerum” se trata de un depósito irregular <sup>61</sup>.

La comenda-depósito se concibe como una relación jurídica esencialmente privilegiada para el depositante. El depositario o los depositarios quedan obligados, solidariamente en el supuesto que sean varios <sup>62</sup>, a restituir el objeto de la comenda tan pronto sean requeridos a ello por el depositante, a éste, a sus herederos o a la comunidad hereditaria y, en todo caso, al titular del depósito, aun cuando haya sido constituido por un tercero que haya actuado en nombre de aquél <sup>63</sup>. La restitución obliga también a los herederos del depositario, en proporción a la parte que cada uno de ellos heredase <sup>64</sup>. En consecuencia, no se admite la compensación <sup>65</sup>, ni la retención por motivo alguno que el depositario-deudor pueda esgrimir <sup>66</sup>. Cáncer precisa que en el depósito no ha lugar ni la compensación ni la *exceptio non numeratae pecuniae* <sup>67</sup>. En Aragón, según el derecho contenido en las Observancias, ratificado más tarde por un fuero de 1461, la prescripción de veinte años no afecta a las relaciones jurídicas que estudiamos; a partir de 1461, solamente se

---

61. CÁNCER, *Variae resolutiones utriusque iuris* cit., pars. III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, §§ 52 y 53, pág. 174.

62. *Código de Tortosa* 4,17,11.

63. *Código de Tortosa* 4,17,10 y 12.

64. *Fori Regni Valetiae* 5,16,2, Jaime I. Se aprecia en este punto cierta influencia del *Digesto* 4,9,3 § 4, aunque se excluye la solidaridad entre los herederos.

65. *Fuero General de Navarra* 3,11,1; *Fueros del Reino de Aragón* 4, *De Deposito*, Jaime I, Huesca 1248; *Fuero Real* 3,15,6; *Partidas* 5,3,5; *Código de Tortosa* 4,17,1; *Fori Regni Valetiae* 4, 15,1, Jaime I; cfr. TARAZONA, *Institutions dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* cit., pág. 292, y VIVAL MAYOR 5,16.

66. *Fuero General de Navarra* 3,11,2; *Fuero Feal* 3,15,6; *Partidas* 5,3,5; cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV (Madrid 1877) <sup>3</sup>, págs. 159 y ss.

67. CÁNCER, *Variae resolutiones utriusque iuris* cit., pars. III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, § 45, pág. 174.

benefician de este privilegio los depósitos judiciales y aquellos otros en los que los depositantes sean menores de catorce años <sup>68</sup>.

El carácter privilegiado de la comenda-depósito se observa también al estudiar las reglas establecidas para precisar el lugar que ocupan los créditos procedentes de esta relación, en aquellos supuestos de liquidación de bienes del depositario por muerte, ausencia o renuncia al patrimonio. Las Partidas distinguen entre el depósito regular, que ocupa un lugar preferente a cualquier otro crédito, y que debe ser devuelto en especie: “mas las otras cosas que fuessen dadas en condessijo, no por cuento, ni por peso, nin por medida, si fueren falladas entre los bienes del finado, e si le fuere averiguado, que le fueron dadas en guarda, ellas deuen ser entregadas en todas guisas a sus dueños, o a sus herederos, ante que se paguen las otras debdas, de qual manera quier sean”, y el irregular que, aunque privilegiado, ocupa, en el orden de prelación de créditos, un lugar posterior a los que gozan de garantía real, a los invertidos en la sepultura del fallecido o reparación de casa o nave y a los que deban invertirse en satisfacer deudas contraídas con el rey, por razón de contrato o delito, o en el pago de la dote de la mujer <sup>69</sup>. El Derecho valenciano se plantea en este punto una cuestión de indudable interés: en el caso de que sean varios los depósitos constituidos, ¿debe establecerse algún orden de prioridad entre ellos? La respuesta, de igual forma que la que se contiene en el Digesto 16, 3,7 § 3, es negativa. Si hay bienes suficientes deben ser restituidos todos los depósitos simultáneamente; en caso contrario, en proporción a las posibilidades del patrimonio relicto, sueldo a libra: “ansi si los bens no bastaran pera tots, siens satisfets cascu segons la quantitat que desposa, per ou y per liura...”, <sup>70</sup>.

El incumplimiento de la obligación de restituir el depósito produce, en Aragón y Cataluña, el encarcelamiento del depositario hasta la devolución de la comenda: “et captus detinebatur usque

---

68. *Observancias del Reino de Aragón* 4, *De deposito*, 2; *Fueros del Reino de Aragón* 4, *De deposito*, Juan II, Calatayud 1461.

69. *Partidas* 5,3,9. Como el condessijo que recibió el finado en su vida, debe ser tornado ante que las otras debdas, fueras ende cosas señaladas.

70. TARAZONA, *Institutions dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* cit., pág. 293 en relación con *Fori Regni Valetiae* 4,13,30, Jaime I.

ad satisfactionem dicte comendae”<sup>71</sup>. Fontanella se expresa del siguiente modo: “qui commandam vel depositum non restituit illico, deberet sine dubio capi, et carcerari”, al mismo tiempo que explica la causa de la prisión del depositario: “pro inde quia committit dolum, et delictum contra bona fides”<sup>72</sup>. Cuenca nos hace ver el carácter privilegiado de la comenda en este aspecto: “Regulariter nullus pro delicto civili potest capi, nisi pro deposito. Et hoc procedit etiam si ad id specialiter non se obliget”<sup>73</sup>. En función del proceso para la ejecución de una obligación procedente de una comenda se establece en Cataluña, desde 1304, un procedimiento sumario ejecutivo y, por tanto, privilegiado. El obligado o deudor puede oponerse al juicio alegando el pago o cualquier otra excepción legítima, o invocar que “dictam comandam non esse revera comandam, sed fuisse alium contractum praeter comandam”, quedando en suspenso la prisión hasta que se desestime la excepción y el reo sea condenado por sentencia “quae transivisset in rem judicatam”<sup>74</sup>. Un sistema parecido inspira el ordenamiento jurídico aragonés desde 1528, ya existente para los censales desde 1428, en el que se advierte que el plazo anterior de treinta días se reduce a diez, quedando los bienes, en tanto se resuelven las excepciones alegadas, en poder de los jurados del lugar<sup>75</sup>. Por ello, los juristas, al estudiar estos procesos, dicen de ellos, en cuanto deben ser considerados como ‘instrumentos guarentigios’, que llevan “executionem paratam”<sup>76</sup>. Como

71. *Pragmaticas y altres Drets de Catalunya* 4,15,3, Jaime II en el Privilegio concedido a la ciudad de Barcelona, Zaragoza 3 junio de 1304, cap. 1 (*Constitutions y altres Drets de Catalunya* II cit., pág. 148); *Observancias del Reino de Aragón* 4, *Commodati*, 1. Sobre la prisión del deudor vid. también *Código de Tortosa* 4,17,2.

72. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae* cit., dec. 252, n.º 18, en vol. I, pág. 465.

73. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., claus. 17, fols. 51 y ss.

74. *Pragmaticas y altres drets de Catalunya* 4,15,3 cit. en nota 71.

75. *Fueros del Reino de Aragón* 4, *De la ejecución privilegiada de carta de encomienda*, Carlos I, Zaragoza 1528.

76. CÁNCER, *Variae resolutiones utriusque iuris* cit., pars. III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, §§ 34-37, y CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., claus. 20, fol. 53 y ss.; cfr. G. ROCASOLANO y C. TURMO, *El juicio sumario y ejecutivo en los Fueros y Observancias*, en *Anuario de Derecho Aragonés* 3 (1946), págs. 155-221.



se ha podido ver al citar la opinión de Cuenca, basada en las Observancias<sup>77</sup>, la prisión del depositario-deudor prospera incluso “si ad id specialiter non se obliget”, opinión que no es compartida ni por Miguel del Molino ni por Miguel de Ferrer, que consideran, en cambio, necesaria una obligación expresa, si bien admiten la prisión cuando la ejecución de los bienes del obligado resultase ineficaz<sup>78</sup>. Finalmente, la *cessio bonorum*, que permite al deudor insolvente y de buena fe evitar la ejecución sobre su persona al efectuarla en favor de los acreedores, y que en otros ordenamientos jurídicos es prohibida con carácter general a los deudores incursos en quiebra o en alzamiento de bienes, lo es en el Derecho aragonés a los deudores cuyas deudas derivan de una relación de comenda<sup>79</sup>.

El principio de la prisión del depositario que no restituye los bienes recibidos en comenda, presenta algunas excepciones, ampliamente reguladas en Cataluña. Unas encuentran su fundamento en la condición del depositario. En este sentido, en 1422, se excluyen de la prisión las mujeres, “volents conservar honestat” de éstas, y, en 1585, los caballeros y aquellas otras personas que gocen del privilegio militar, no siendo posible ni válida la renuncia a este fuero<sup>80</sup>. La literatura jurídica, Cáncer concretamente en sus *Variarum resolutionum*, aun admitiendo el punto de vista legal, no lo hace sin ciertas distinciones que conviene recoger. En el supuesto examinado en primer lugar, distingue entre el depósito regular y el

77. *Observancias del Reino de Aragón* 4, *Commadati*, 1.

78. Miguel del MOLINO, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum* (Zaragoza 1585)<sup>3</sup>, fols. 56 y 56 v., y Miguel de FERRER, *Methodus sive ordo procedendi iudiciarius iuxta stylum et foros Regni Aragonum* (Zaragoza 1579), fol. 74 v.

79. *Observancias del Reino de Aragón De cessione bonorum*, 1.—“Nota hic, quod in commanda non habet locum cessio bonorum, nec admittitur...”; CUENCA, *Ad commandac, sive depositi instrumentum scholium* cit., claus. 32, fols. 198-212. Vid. la *cessio bonorum* en *Partidas* 5,14,4. Cfr., para el Derecho francés, AUBENAS, *Cours d'Histoire du Droit Privé VII* (Aix-en-Provence 1961), págs. 115-121 y 142.

80. *Constitutions de Cathalunya* 4,16,8, María, Consorte y Lugarteniente general de Alfonso IV, en las Cortes de Barcelona de 1422, cap. 16 (*Constitutions y altres Drets de Cathalunya I*, cit., pág. 285), y *Constitutions de Cathalunya* 4,16,9, Felipe II en las Cortes de Monzón de 1585, cap. 115 (*Constitutions y altres Drets de Cathalunya I* cit., pág. 286).

irregular, y declara que, sólo cuando de éste se trate, la exclusión de las mujeres de la prisión puede ser admitida plenamente; en cambio "si commenda est speciei", y no se restituye, es lícito proceder criminalmente contra la que así actúa, que en tanto incurre en hurto puede ser encarcelada. De otra parte, el privilegio militar no exime de la prisión a quienes, mediante la ocultación de bienes, hayan actuado en fraude de acreedores<sup>81</sup>.

Otras excepciones se establecen en función de la misma relación jurídica de comenda-depósito. Ciertamente son las más interesantes porque se orientan a diferenciar la comenda de otros contratos próximos a ella y a evitar que bajo la forma de comenda las partes interesadas, de una manera simulada y ficticia, entablen relaciones jurídicas de naturaleza bien distinta. La confusión o aproximación entre depósito, préstamo y comodato, que habíamos advertido en el Derecho visigodo y en el altomedieval, persiste todavía en algunos textos del Derecho navarro-aragonés de comienzos de esta época, aunque a veces sea puramente formal<sup>82</sup>. En cambio, el Derecho valenciano, y sobre todo el catalán, tratan de precisar el verdadero concepto de comenda y se ocupan de distinguir los auténticos contratos de comenda-depósito de los que no lo son, en atención a la naturaleza eminentemente privilegiada de los primeros. Partamos, para el estudio del problema, de los siguientes textos:

*Fori Regni Valentiae* 4,15,1. Jaime I. "... Declara lo senyor Rey que si vera comanda es, que noy sia reebuda neguna excepcio. Mas si es comanada fencta que no haja privilegi de comanda"<sup>83</sup>.

*Recognoverunt Proceres*, 72. De commanda pro qua aliquis capitur. "Item. Quod quilibet tenens commandam capiatur pro commanda dummodo ostendatur instrumentum commandae contra eum, purum, scilicet quod non sit ibi fidejussor, nec jura-

---

81. CÁNCER, *Variae resolutiones utriusque iuris* cit., pars. III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, § 97-100, pág. 176.

82. *Fuero General de Navarra* 3,11,3; *Fueros del Reino de Aragón in uso non habitorum* 4, *De deposito*, Jaime I, 1247; *Fueros de Aragón*, 181; *Observancias del Reino de Aragón* 4, *Commodati*, 1; VIDAL MAYOR 5,6; 5,16 y 6,28 § 56 y 57.

83. Cfr. TARAZONA, *Institutiones dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* cit., pág. 292.

mentum nec terminus: et si tale instrumentum ostendatur non capiatur.”

Son tres, pues, los casos en los que no procede la prisión del depositario: obligación garantizada mediante fiadores, obligación corroborada con juramento promisorio y obligación en la que las partes han pactado un plazo para la restitución. Fontanella, a propósito de un caso concreto, y para justificar la decisión de que se trataba de una comenda simulada, escribe: “... cujus commandae, non erat istud instrumentum, quia si non aderat fidejussor, verum erant dies, et juramentum”<sup>84</sup>. En estos supuestos, y a tenor de lo establecido en 1304, el depositario puede alegar en juicio que “dictam comandam non esse revera comandam, sed fuisse alium contractum praeter comandam”, y quedar exento de la prisión<sup>85</sup>. En el primer caso, probablemente la prisión no se decretaba, no porque la relación no fuese una comenda verdadera, sino, tal vez, porque al existir fiadores, responderían si se llegase a una situación de insolvencia del principal obligado. Los dos siguientes podían muy fácilmente ocultar un préstamo. En efecto, obligándose el depositario, el que ha recibido la comenda, a la devolución de ésta mediante el juramento promisorio, ha de pagar intereses, aunque si no están jurídicamente admitidos haya de devolverlos<sup>86</sup>. De otra parte, si se pactaba un término para la restitución, con frecuencia era de muy corta duración para percibir intereses por la moratoria en que de hecho incurría el depositario. Mieres justifica el capítulo 72 del *Recognoverunt Proceres* de forma distinta, según se contemple la prohibición de establecer en estos contratos un plazo —“quia natura depositi est, ut quocumque tempore petatur, ilico restituatur, et per hoc excluditur terminus”—, o la de garantizarlos mediante juramento o fiadores, ya que “est de natura depositi, ut depositario plene confidatur, quod excludit iuramentum, et fideiussor, quia de sola fide depositarii debet plene confidere, qui pure deponit”<sup>87</sup>.

84. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae* cit., dec. 252, número 16, en vol. I, págs. 464 y 465.

85. *Pragmáticas y altres Drets de Cathalunya* 4,15,3 cit. en nota 71.

86. BROCA y AMELL, *Derecho civil catalán* II (Barcelona 1886), páginas 153, 154 y 157.

87. MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Ca-*



A los casos anteriores, contenidos en el citado capítulo del *Recognoverunt Proceres*, se añaden nuevos supuestos en 1304 y 1351. Las comendas entre judíos y cristianos, salvo aquéllas de naturaleza mercantil, son consideradas fingidas y simuladas y, por tanto, no participan de los privilegios previstos y, entre ellos, de la prisión del depositario. Aunque los textos no explican la razón del régimen que establecen, es obligado ver en ellos una medida para evitar o paliar los negocios usuarios<sup>88</sup>. En un sentido diferente, en 1384, se considera ilegal cierta práctica introducida en la ciudad y veguería de Gerona, por la cual los deudores enajenaban fraudulentamente sus bienes, alegando que los habían recibido en comenda de aquellos en cuyo favor hacían las enajenaciones, lo cual suponía la utilización de la comenda para eludir, dado su carácter privilegiado, la ejecución del patrimonio<sup>89</sup>.

Sobre el depositario pesa, como se ha visto, la obligación de devolver el objeto depositado cuando le sea solicitado por el depositante. Ahora bien, teniendo presente esta obligación, cabe preguntarse ¿en qué supuestos se exime al depositario del cumplimiento de esa obligación? Para contestar esta pregunta es necesario examinar la responsabilidad del depositario. A la luz de los textos pueden formularse los siguientes principios generales: el depositario responde de la pérdida de la cosa si en su actuación ha mediado culpa grave o dolo; no responde, en cambio, si la cosa se pierde por caso fortuito. Con frecuencia se advierten numerosas excepciones a estos principios, en cuyo análisis es preciso detenerse.

En algunos casos el depositario responde, aun cuando el grado de culpa que se le impute sea leve o muy leve. Así, Vidal de Ca-

---

*thaloniac* cit., pars. I, collatio quarta, *De deposito, et commanda pura*, cap. V, §§ 11-13, pág. 229.

88. *Pragmáticas y altres Drets de Catalunya* 4,15,5, Jaime II en el Privilegio a Barcelona, Zaragoza 3 de junio de 1304, cap. 3; *Constitutions de Catalunya superfluas* 4,5,1, Pedro III en las Cortes de Perpiñán de 1351, cap. 23 (*Constitutions y altres Drets de Catalunya* III cit., pág. 98); MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniac* cit., pars. I, collatio sexta, *De fictiis comandis*, §§ 1 y 11, pág. 325.

89. *Pragmaticas y altres Drets de Catalunya* 7,4,1. De alienations fetas en frau de creditors. Juan, Príncipe y Lugarteniente general de Pedro III, en la pragmática dada en Gerona el 18 de octubre de 1384, en vol. II de *Constitutions y altres Drets de Catalunya* cit., pág. 159.

nellas establece esa responsabilidad en los depósitos constituidos en interés del depositario solamente, dada su aproximación al mutuo, y en los depósitos en interés de las dos partes el depositario responde de la culpa leve<sup>90</sup>. La misma solución se recoge en el Fuero General de Navarra 3,16,1, según la interpretación de J. Alonso: "Otra excepción pone la ley a la regla general que establece, a saber si el robo de la cosa depositada, cuando el dominio de ella no hubiese pasado al depositario, se hubiere hecho por la puerta de la casa de éste; pues en este caso declara la ley que el señor de la casa debe responder de la cosa agena que se perdiese en ella; suponiendo, sin duda, que esto no puede suceder sino mediante culpa lata de parte del depositario, que no pondría todo el cuidado necesario cuando la puerta facilitó la entrada a los ladrones"<sup>91</sup>. Las Partidas en 5,3,3, admiten la responsabilidad del depositario por culpa leve en los siguientes casos: acuerdo expreso de las partes, ofrecimiento voluntario del depositario y, por último, "quando recibe precio por guardar la cosa que le dan en condessijo", al mismo tiempo que definen la culpa leve en estos términos: "E por leve culpa dezimos que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene, non pone toda aquella acucia, e femencia, que otro ome acucioso, e sabidor deuia poner".

Parecidos criterios inspiran la glosa en este aspecto de la responsabilidad del depositario por culpa leve. Los casos en los que se admite son: el pacto expreso (*Summa Trecensis*, Anselmo de Orto), la remuneración del depositario por la custodia (Búlgaro, *Lo Codi*, Anselmo de Orto), el depósito constituido en interés del depositario (Búlgaro, *Incertis Auctoris Ordo Iudiciarius*), y si el depositario se ofreció para custodiar voluntariamente el objeto del depósito (*Lo Codi*, Búlgaro y Anselmo de Orto). Estos cuatro su-

---

90. VIVAL MAYOR 5,16.

91. J. ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes de Navarra* (ed. Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona 1964), II, pág. 170. La expresión que utiliza el autor—culpa lata—, tal y como la emplea en el texto, plantea la duda de si se trata de una culpa dolosa o, por el contrario, de un tipo de culpa leve. En términos estrictos, culpa lata equivale a dolo; pero en el comentario del autor no se observa, tampoco en la ley, que el depositario cuidase las cosas depositadas de forma distinta a las propias, lo que supondría conducta fraudulenta por parte del depositario.

puestos se recogen en la *Summa Azonis* y, de igual forma, en la glosa de Acursio. En una glosa del Digesto 16,3,1,6, contenida en el *Liber Pauperum*, de Vacario, se leen cuatro versículos relativos a los casos en que procede la culpa levísima: “Est in deposito praestanda levissima culpa / Cum tenor hic pacti, cum sola suscipientis / Contrahitur causa, cum res interviniente / Munere suscipitur, cum se reus obtulit ultro”<sup>92</sup>.

La irresponsabilidad por caso fortuito se halla establecida expresamente en el texto citado del Fuero General de Navarra, en el Código de Tortosa y Fueros del Reino de Valencia<sup>93</sup>, en el Privilegio de Jaime II a Barcelona de 1304<sup>94</sup> y en las Partidas<sup>95</sup>. Algunos de los textos citados exponen el principio sin excepción alguna (Cataluña y Valencia), pero en otros se recogen determinadas excepciones, que a seguido veremos. Los juristas completan las lagunas que en este punto se advierten en la legislación. El pacto expreso es una de las hipótesis en las que prospera la responsabilidad del depositario por pérdida fortuita de la cosa, según el Fuero General de Navarra y las Partidas. Junto a ella, la hipótesis del depósito irregular, en cuanto supone el posible uso por el depositario de la cosa depositada, que adquiere el dominio de la misma, y por ello responde en cualquier caso de su pérdida<sup>96</sup>. A las consecuencias, en materia de responsabilidad por la utilización del depósito, se refiere Vidal de Canellas, aunque no tenga presente, al menos con claridad, el supuesto irregular de la institución: “tenido es —el depositario— de toda cosa de periglio que conteciesse en aqueilla cosa, encara si por aventura peresciesse”<sup>97</sup>. Por ello las Partidas, que en este punto sostienen idéntica opinión a Juan Basiano, admiten la responsabilidad por caso fortuito cuando el depósito se

92. Para las citas exactas, y, en general, sobre el problema, cfr. D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi* (Milán 1957), págs. 41-45 y su aparato crítico.

93. *Código de Tortosa* 4,17,2; *Fori Regni Valentiae* 4,15,4 y 22, Jaime I; cfr. TARAZONA, *Institutions dels furs, y privilegis del Regne de Valencia* cit., página 292.

94. *Pragmaticas y altres Drets de Cathalunya* 4,15,3, cit. en nota 71.

95. *Partidas* 5,3,4.

96. Sobre el dominio del depositario sobre la cosa depositada, cfr. *Partidas* 5,3,2.

97. VIDAL MAYOR 5,16.



constituye en beneficio del depositario, porque se presupone que de él se servirá y que para ello se le entrega, cumpliendo de esa forma una finalidad parecida a la del mutuo<sup>98</sup>. En el mismo sentido Cáncer, recogiendo el común parecer de los Doctores, y con especial referencia al depósito irregular, sostiene: “quod quia dominium transfertur in depositarium, et sic efficiatur generis debitor, nullo casu fortuito liberatur”<sup>99</sup>. Por tanto, en los depósitos de dinero, o de otras cosas fungibles, no lacrados ni sellados, sino por cuenta, peso o medida, el depositario responde del caso fortuito, ya que “pecunia vel quantitas perire non potest”. Por último, a los supuestos anteriores hay que añadir el caso fortuito precedido de dolo y la mora del depositario, como otros supuestos de responsabilidad plena y absoluta de éste<sup>100</sup>.

La comenda-depósito es, por su propia naturaleza, un negocio gratuito. El principio de la gratuidad informa las Partidas, y su violación transforma el negocio en un arrendamiento de servicios: “Otosi dezimos, que estonce toma ome en condessijo las cosas quando non recibe precio, nin gualardon, por guardarlas. Casi lo recibiesse, o prometiesse de gelo dar, estonce non seria condessijo, mas seria loguero, pues algo señalado toma por la guarda”<sup>101</sup>. En Aragón se prohíben los intereses en la comenda y el depositante no puede exigir cosa alguna sobre la suerte principal<sup>102</sup>. Sin embargo, cabe dudar de la solidez de este principio que, poco a poco, comienza a desvirtuarse.

Desde el punto de vista de los depositarios, y particularmente en supuestos de depósito irregular de dinero, la facultad de uso que normalmente se les concede justifica la afirmación anterior. En

---

98. *Partidas* 5,3,4. Cfr. D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori* cit., págs. 45 y 46.

99. CÁNCER, *Variae Resolutiones utriusque iuris* pars III, cap. VIII, *De deposito et commenda*, §§ 53 y 54, pág. 174.

100. Uno y otro en *Partidas* 5,3,4; VIDAL MAYOR 5,16 se refiere solamente a la moratoria en que puede incurrir el depositario que ha recibido en 'alçado' un animal: “quar io lo podia uender o aillenar a mi pro ante que se moriés, si tu lo ouiesses rendido en el tiempo en que te lo demandé”.

101. *Partidas* 5,3,2.

102. Cfr. DIESTE, *Diccionario del Derecho civil aragonés* (Madrid 1869), s.v. 'comanda', pág. 104, que cita el fuero 6 *De usuris*.

este sentido, el Código de Tortosa y Vidal de Canellas se refieren a los negocios que realizan los depositarios con cargo a los depósitos recibidos<sup>103</sup>. Y no deja de ser significativo que las Partidas, no obstante la solemne declaración de la gratuidad de la relación, la califiquen de depósito, a pesar de remunerarse al depositario, el cual responde, como se ha visto, de culpa leve<sup>104</sup>. Incluso la glosa de las Partidas no prohíbe que el dinero sea confiado al usurero, en la seguridad de que de él obtendrá lucro, planteándose el problema de la licitud moral del negocio, que se resuelve afirmativamente, de acuerdo con el criterio de Santo Tomás, si el dinero se confía al prestamista para mayor seguridad en su custodia<sup>105</sup>.

El Derecho general de Cataluña se caracteriza por la inexistencia de normas relativas a la gratuidad de los depósitos, lo cual es sintomático. Solamente, en 1351, prohíbe que se remunere o gratifique a los oficiales obligados a la custodia de los secuestros judiciales<sup>106</sup>. En el siglo XVI, Mieres nos hace ver que en la práctica no se cumplía dicha norma, y que no obligaba a los depósitos voluntarios:

MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathalonie*, pars I, collatio sexta, *De deposito*, pág. 295: 1, ... "Et videtur haec constitutio multum contra officium depositarii Curiae Regiae Gerundae rariter introductum quia hic est casus, quod de et pro custodia rerum et pecuniarum depositarum et sequestrarum non possit salarium exigere. et tamen exigit de facto quatuor denarios pro libra" ...; 3, "quia hic littera dicit de persona, quae tenet depositum ratione officii sui: secus ergo de alia".

De igual modo se observa que los depositantes no se consideran satisfechos con la simple custodia de la cosa que entregan en depósito. La glosa de las Partidas, que acabamos de citar, sugiere la posibilidad de que el depositante participe en los lucros del usurero. De otra parte, al determinarse que el depositario restituya

103. *Código de Tortosa* 4,17,13 y VIDAL MAYOR 5,16.

104. *Partidas* 5,3,3.

105. G. LÓPEZ, glosa 4.<sup>a</sup> a *Partidas* 5,3,2.

106. *Constitutions de Cathalunya superfluas* 7,6,1, Pedro III en las Cortes de Perpiñán de 1351, cap. 6.

“la cosa que es dada en guarda, con los frutos, e las rentas, e las mejorías que saliesen della”<sup>107</sup>, se admite que el depositante participe en las previsibles ganancias del depositario sobre el dinero confiado en depósito, no obstante que de por sí el dinero sea considerado estéril.

8. Estudiemos ahora las fórmulas y los documentos representativos de la comenda-depósito, algunos de ellos particularmente interesantes para conocer los móviles que dan vida a esta relación. En el material de que nos hemos servido, la institución recibe los nombres de “condessijo”<sup>108</sup>, “comanda”<sup>109</sup>, o “comanda sive deposito”<sup>110</sup>. A veces se utilizan determinados calificativos para significar que se trata de una verdadera comenda: “comanda ac puro deposito”<sup>111</sup>, “buena, pura, fiel comanda e verdadero depósito”<sup>112</sup>, “en comienda, puro, y fiel depósito”<sup>113</sup>, o bien “verdadera comanda, puro, llano, y fiel depósito”<sup>114</sup>. Los formularios caste-

107. *Partidas* 5,3,5.

108. *Partidas* 3,18,72.

109. Año 1221, en A. GARCÍA, *Un contrato de commenda de 1221* cit., páginas 169 y 170; Barcelona, año 1223, en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 192; Barcelona, año 1246, en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 197; año 1331, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic: els seus precedents*, en *Instituciones económicas, sociales y políticas de la época fernandina*, V Congreso de Historia de la Corona de Aragón. Estudios IV. Institución “Fernando el Católico” (Zaragoza 1962).

110. Barcelona, año 1253, en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., págs. 191 y 192; año 1371, en VERLINDEN, *L'esclavage dans l'Europe Médiévale I, Péninsule Ibérique-France* (Brujas 1955), pág. 527, nota 982; año 1335, 28 de enero y 20 de noviembre, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., pág. 152.

111. Barcelona, año 1399, en VERLINDEN, *L'esclavage dans l'Europe Médiévale, I, Péninsule Ibérique-France* cit., ap. XXIV, en págs. 878 y 879.

112. En una serie de documentos inéditos de Calatayud de los años 1401, 1451 y 1456, en poder de D. Antonio Moreno Martín, de Almería, que los puso a mi disposición para su consulta.

113. Miguel de MOLINO, *Formulario de los actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría, según el estilo más común de aquella* (Zaragoza 1515), fol. 6. La recoge G. ROCASOLANO y C. TURMO, *El juicio sumario ejecutivo de los fueros y observancias del Reino de Aragón* cit., págs. 219 y 220.

114. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., folios 1-4.



llanos, por influencia del Fuero Real, contienen cartas de “guarda, e encomienda e deposito”, en cuyo título se alude a la obligación de custodia que pesa sobre el depositario<sup>115</sup>. En algunos documentos catalanes del siglo XIII se emplea la voz “comendationem” para indicar que de esa forma han sido recibidas las cosas por el depositario<sup>116</sup>.

Con respecto a la condición de las personas que celebran el contrato, en una serie de documentos no se hace referencia a la misma, pero en otros se indica su oficio, o su condición étnica, que, por lo general, supone la práctica de una determinada profesión. En algunos casos se observa la intervención de mercaderes o comerciantes, bien como depositantes<sup>117</sup>, bien como depositarios<sup>118</sup>; en otros, son judíos aragoneses los depositantes<sup>119</sup> o los depositarios<sup>120</sup>, como se hace constar en un documento mallorquín, lo que significa que ambos ordenamientos jurídicos, el aragonés y el mallorquín, se diferencian en este aspecto del catalán, si bien algunas de las comendas así constituidas podrían calificarse de mercantiles<sup>121</sup>. No es extraño que entre las partes exista alguna relación de parentesco<sup>122</sup>.

---

115. *Formularium Instrumentorum*, 50 (ed. G. SÁNCHEZ, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4, 1927, págs. 394 y 395); *Formulario Notarial Castellano del siglo xv*, 53 (ed. L. CUESTA, Madrid 1948, págs. 80 y 81).

116. Barcelona, años 1215, 1231, 1241, 1248 y 1249 en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., págs. 188, 191-193 y 198 respectivamente.

117. Barcelona, año 1399 cit., en nota 111; Calatayud, año 1401 cit., en nota 112.

118. Año 1221, cit., en nota 109; año 1335, 3 de octubre, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic; els seus precedents* cit., página 152; Barcelona, año 1362, en RUBIO I LLUCH, *Diplomatari de l'Orient Català* (Barcelona 1948) n.º 212, pág. 335.

119. Calatayud, año 1451, 30 de marzo y 5 de febrero, cits. en nota 112; Calatayud, año 1456, cit. en nota 112.

120. Año 1331, cit., en nota 109.

121. En el documento de 1451, cit. en nota 112, el judío, que es el depositante, ejerce la profesión de trapero, y en el de 1331, cit. en nota 109, entre los judíos depositarios se cita un cambiador; en los otros documentos no se especifica la profesión de las partes que en ellos intervienen.

122. Año 1221, cit., en nota 109. Barcelona, año 1223, cit. en nota 109; Barcelona, año 1241, cit. en nota 116; Barcelona, año 1253, cit. en nota 110;

Desde el punto de vista institucional, las fórmulas y los documentos pueden calificarse del siguiente modo, según se refleje en ellos un depósito regular, un depósito irregular, un secuestro o, finalmente, una comenda entendida como forma específica de obligarse. Los más interesantes son los que contienen la forma irregular del depósito, y a su estudio hemos de dedicar especial atención. La fórmula que se inserta en las Partidas 3,18,72, bajo el título de “como se deue fazer la carta, quando algun ome da a otro dineros, o alguna otra cosa en condessijo”, es un ejemplo claro del depósito regular, y ello se advierte tanto en la forma de constituirlo —“sepan quantos esta carta vieren, como Domingo otorgó, e vino conociendo, que auia recebido de Velasco en guarda mil maravedis en oro, en un saco que era sellado con un sello de tal ome”— como de la que se sigue para su cancelación o devolución: “los quales maravedis assi cerrados, e sellados, prometió Domingo de tornarlos, e darlos a Velasco”.

La figura regular del contrato, aunque en algunos casos carezca de contenido mercantil, persiste en la práctica de los siglos XVI y siguientes, como se deduce de los pleitos vistos en el Consejo de Indias y del material documental que se conserva de esa época. Unas veces se trata de depósitos voluntarios: por un documento de 1538 sabemos que Juan Franco pensó depositar ciertas joyas de oro, propiedad del marqués del Valle Capitán y de las que era portador, en manos de la justicia de la ciudad de La Habana, y en el pleito entre Antonio de Navarrete y Antonio de Clavijo, en tramitación en 1592, el primero aparece como depositario de los bienes de Melchor de Zamora, entre los que figuraba el navío San Nicolás. Otras veces nos encontramos en presencia de depósitos necesarios, aunque en algún caso pueda elegirse libremente la persona del depositario. Como ejemplos de depósitos necesarios podemos citar los constituidos en concepto de postura para aspirar al remate de un oficio público: es el caso, entre otros muchos, del depósito de 5.000 pesos confiado por Pedro de Aguilar al mercader Francisco Chavarría para que se le adjudicase el oficio de

---

año 1450, en DOPORTO, *Archivo Municipal de Teruel. Catálogo cronológico e índice alfabético por materias de sus documentos históricos desde 1208 hasta 1817*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia* 73 (1918), pág. 237.

ensayador y balanzario de la Caja Real de Méjico, y que originó un pleito con Juan de la Fuente, interino de dicho oficio desde 1673; idéntica calificación merecen los exigidos para entablar un recurso judicial: en 1726, el procurador de Nicolás Gelardino recibe del depositario del Consejo de Indias, Miguel Gastón Iriarte, los 500 ducados de vellón que su parte había depositado para recurrir de la sentencia del Consulado de Cádiz que había sido confirmada por el Juez de alzadas, lo que fue posible al haber llegado a un acuerdo las partes litigantes; también los exigidos por los organismos encargados de administrar justicia para otros fines que los documentos no indican: es el caso resuelto por sentencia del Consejo de Indias, de 25 de septiembre de 1582, por la que se declara libre y quito de un depósito a Alonso de Vallejo, hijo del secretario Francisco de Vallejo, que lo había recibido "por mandado de este Real Consejo"; los depósitos en las Indias de los bienes de difuntos pueden considerarse como formas necesarias de la institución, y desde el punto de vista de su contenido como depósitos de custodia y administración, cuyo empleo siempre estuvo prohibido "porque es hacienda agena", a pesar de que fueron frecuentes las violaciones, incluso con la aprobación regia, pero siempre con propósito de reintegrarlos (cfr. *Recopilación de Leyes de Indias* 2,32,57); finalmente, en cierta medida con características similares, los que proceden en supuestos de arribada de navíos: en 1687 Juan Vicente de Irigoyen es nombrado depositario de los pertrechos, jarcia, aparejos y corambre del navío San Miguel y Los Angeles que arribó en esa fecha al puerto de San Sebastián <sup>122 bis</sup>.

En los documentos de depósito irregular se observa que el objeto del contrato es, en la mayoría de ellos, la entrega de dinero.

---

(122 bis) El documento de 1538, en *Catálogo de los Fondos Americanos de Sevilla, II. Siglo XVI* (Madrid, 1930), apéndice VII, págs. 471-474; el de 1592, Archivo General de Indias, Escribanía de Cámara n.º 922; el documento en el que intervienen Pedro de Aguilar y Juan de la Fuente, en A.G.I., Escribanía de Cámara n.º 177; el de 1726, A.G.I., Escribanía de Cámara n.º 1056; el de 1582, A.G.I., Escribanía de Cámara n.º 953; el de 1687, A.G.I., Escribanía de Cámara n.º 1045. Para el tema de los bienes de difuntos en Indias, Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Los bienes de difuntos en el Derecho indiano* (Sevilla, 1942).



Existen supuestos en los que se depositan otras cosas de naturaleza fungible, cuya calidad se indica: “dotze quartans d’oli, fermós, net i rebedor”<sup>123</sup>, o tres “quarteses de blat, bo, hermós, net i rebedor”<sup>124</sup>. Por ello, en la fórmula 50 de las contenidas en el *Formularium Instrumentorum*, se habla, de una manera amplia, de “tal e tal cosa”, al referirse a las que pueden ser dadas en depósito. En todo caso, las cosas se entregan contadas, pesadas o medidas, y el depositario confiesa que así las ha recibido, mediante la fórmula “numeravistis e tradidistis nobis” u otra semejante<sup>125</sup>. En los depósitos de dinero se hace constar la cantidad entregada, indicándose la clase de moneda y su valor: “quatuor milia solidos ternariorum Barchinone, valentes marcha argenti XLIII solidos”<sup>126</sup>, “ciento e cinquenta mill maravedis la leytad de los dichos maravedis en tal e en tal etcetera e todo buen oro e peso, de los quales dichos maravedis, el dicho oro e en la moneda que dicho es, nos otorgamos de vos por bien contentos e pagados...”<sup>127</sup>. La restitución es del *tantundem*, es decir, de una cantidad de dinero semejante a la recibida en cuantía y calidad: “de vos faser cogedor e faser paga de los dichos tantos maravedis, en el dicho oro a los dichos precios...”<sup>128</sup>, y para asegurar la restitución en esos términos, en algún documento se ha previsto la posibilidad de que la moneda depositada experimentase alguna alteración en su valor, acordando las partes determinadas medidas estabilizadoras: “Si moneta hoc Barchinone fuerit alterata lege vel penso morabetinos boni auri et recti pensi tibi persolvam quodquod (?) VII solidos donec numerus predictorum XL solidos tibi compleatur”<sup>129</sup>.

A veces, la comenda no se constituye directamente entre las partes interesadas. En documentos catalanes de 1215 y 1265 el depositario confiesa haber recibido el depósito de terceras personas.

---

123. Año 1372, 16 de febrero, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic: els seus precedents* cit., pág. 154; en el mismo sentido el documento del año 1335, 3 de octubre, cit., en nota 118.

124. Año 1335, 20 de noviembre, cit. en nota 110.

125. Año 1371 cit. en nota 110.

126. Barcelona, año 1215, cit. en nota 116.

127. *Formulario Notarial Castellano del siglo XV*, 53, cit. en nota 115.

128. *Formulario Notarial Castellano del siglo XV*, 53, cit. en nota 115.

129. Año 1221, cit. en nota 109.

que se designan nominativamente, y que actúan en nombre del depositante: "recepí per manus Raymundi de Villa de cols et Petri de Villa de cols fratrum tuorum..."<sup>130</sup>, "super illis triginta duplicibus auri miriis quas procuratoris nomine nostro recepistis a Guillermo et Berengario de Vilardello"<sup>131</sup>. Igualmente, la devolución de la comenda-depósito puede hacerse al depositante, a sus herederos, al mandatario de aquél o a quien el depositante ordenase: "id circo promito tibi per bonam fidem quod eosdem XL solidos tibi vel tuis cuicumque perceperis persolvere omni occasione (sic) postposita"<sup>132</sup>, "et hos XVI bisancios et medium conuenio reddere et soluere Petro Bocherio mandatario tuo"<sup>133</sup>, "e nos obligamos dar, render, restituir e livrar a vos dito deponiente e a los vuestros"<sup>134</sup>, o bien "los quales prometo, y me obligo restituyr, tornar y librar a vos, o a los vuestros, o a quien vos querreys, ordenaseys, y mandareys"<sup>135</sup>.

La devolución del depósito tiene lugar, según se establece en los documentos, tan pronto sea solicitada por el depositante al depositario o a sus herederos: "tali pacto et conditione quod quacumque hora volueris possis ea IIII milia solida recuperare"<sup>136</sup>, "incontinenti, videlicet cum et ubique a vobis vel vestris inde fuero requisitus sine omni videlicet dilatione, excusatione et exceptione"<sup>137</sup>, "todo día et ora que por vos o los vuestros con la presente carta publica de comanda requeridos ende seremos"<sup>138</sup>; de la citada sentencia del Consejo de Indias, de 25 de septiembre de 1582, se deduce que la demanda iba dirigida contra Alonso de Vallejo, hijo de Francisco de Vallejo, que fue quien recibió el depósito. En el Formulario Notarial se concede un breve plazo al depo-

130. Barcelona, año 1215, cit. en nota 116.

131. Barcelona, año 1265, en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelona au XIII<sup>e</sup> siècle*, pág. 198.

132. Año 1221, cit. en nota 109.

133. Barcelona, año 1239, cit. en nota 116.

134. Calatayud, año 1401, cit. en nota 112.

135. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium*, cit. en nota 114.

136. Barcelona, año 1215, cit. en nota 116.

137. Barcelona, año 1399, cit. en nota 111.

138. Calatayud, año 1456, cit. en nota 112.

sitario para la restitución: “fasta ocho primeros días siguientes”<sup>139</sup>, y en algunos documentos, de los que más abajo nos hemos de ocupar, consta la fecha exacta en la cual el depositario debe cumplir con esta obligación. Un documento de 1250, en el que Arnaldo de Podio declara que le ha sido devuelta por Raimundo de Bagnearis la cantidad de veinte bisancios de plata que le entregó en comenda, puede citarse como ejemplo de los que se redactan por los depositantes, una vez cancelada la obligación, y que deberían quedar en poder de los depositarios como prueba de la restitución del depósito; en el siglo XVI los depositantes otorgan carta de pago a los depositarios, y en ella se hace constar dicha restitución<sup>140</sup>. Idéntico efecto se conseguía mediante la devolución del documento constitutivo de la comenda por el depositante al depositario, y así lo acuerdan las partes en un documento de 1246: “ita tamen quod postquam ego deliberauero et reddidero dictas undecim libras prefato Simon de Marino et ipse se bene tenebit per paccatum de iam dictis undecim libris, tu tenearis mihi reddere hoc presens instrumentum”<sup>141</sup>.

El carácter privilegiado de la comenda se deduce también del examen de los documentos. En todos ellos, el depositario renuncia, utilizando la terminología de un documento catalán de 1241, a la “excepcioni non habitorum morabetinorum et non numerate ac non recepte peccunie”<sup>142</sup>, que permite probar al deudor (depositario) que el contrato era usurario y que se había obligado al acreedor (depositante) por una suma mayor a la realmente recibida en préstamo (depósito). En algunos documentos el depositario renuncia a la excepción de fraude y engaño<sup>143</sup>. La obligación goza de garantía real —“et inde obligo tibi et tuis omnia mea et immobilia habita

139. *Formulario Notarial Castellano del siglo XV*, 53, cit. en nota 115.

140. Barcelona, año 1250, en A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., págs. 196 y 197. En 1516, Juan Oñate, platero, da carta de pago al mercader Pedro de Vergara, de 600 ducados que recibió en depósito, cfr. *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla, I. Siglo XVI* (Madrid 1930), n.º 1285.

141. Barcelona, año 1246, cit. en nota 109.

142. Barcelona, año 1241, cit. en nota 116.

143. Entre ellos, Barcelona, año 1399, cit. en nota 111; la serie de Catalunya, del siglo XV, cits. en nota 112.



et habenda in quibus melius accipere volueris sine tuo dampno”<sup>144</sup>, y con frecuencia personal y real a la vez— “obligo vobis et vestris me personaliter et omnia bona mea mobilia et immobilia, habita et habenda”<sup>145</sup>, que en algunos casos vincula expresamente a los herederos del depositario<sup>146</sup>. Los formularios y los documentos aragoneses contienen fórmulas muy completas sobre este aspecto: “Et por todas, y cada unas cosas sobredichas, e infra scriptas, tener, seruar, y cumplir, obligo mi persona, y todos mis bienes, assi muebles, como sitios, drechos, instancias, y acciones, auidos y por auer, en todo lugar: de los quales, y cada uno dellos quiero aqui auer, y he, a saber es, loş bienes muebles, nombres, drechos, instancias, y acciones por sus propios nombres, y especies nombrados, especificados, y calendados: y los bienes sitios por una, dos, o mas confrontaciones confrontados, especificados, designados, y limitados deuidamente, y segun Fuero deste Reyno de Aragón”<sup>147</sup>, y en los documentos, sirva de ejemplo el de Calatayud de 1401, se especifican los bienes obligados; “specialmente de mi dito Martin Matheo... Item de mi dito Domingo Moros...”<sup>148</sup>.

La ejecución inmediata de los bienes del depositario, caso de incumplimiento de la obligación, está prevista en los documentos. Por ello, el depositario renuncia en un documento mallorquín de 1335, al “acordio unius diei, dationi pignoris ad X dies, a spatio quatuor mensium, quod datur in Mayoricis ad immobilia subhastanda”<sup>149</sup>, y en otro de Calatayud de 1451 a “dia de acuerdo et diez dias para contas cerquar”<sup>150</sup>. Como fórmulas más completas de ejecución pueden citarse las contenidas en el Formulario Notarial: “e por esta carta pedimos e rogamos e damos poder conplido

---

144. Barcelona, año 1223, cit en nota 109. En un documento mallorquín del año 1335, 28 de enero, cit. en nota 110, la esposa del otorgante renuncia a la dote para mayor garantía de la obligación.

145. Por ejemplo, en Barcelona, año 1339, cit. en nota 111; en Barcelona, año 1241, cit. en nota 116.

146. *Partidas* 3,18,72.

147. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium*, cit. en nota 114.

148. Cit. en nota 112.

149. Año 1335, 3 de octubre, cit. en nota 118.

150. Año 1451, 30 de marzo, cit. en nota 112.

a qualquier juez e justicias seglares... contra quien esta carta presentasen o della fuese pedido conplimento para que lo secuten e entreguen e entreguen en nos e en los dichos nuestros bienes e cada uno de nos, e los vendan e rematen de los nuestros que uuieremos e entreguen e fagan luego pago..."<sup>151</sup>, y en el *Scholium* de Cuenca: "ayais recurso a los dichos mis bienes, assi muebles como sitios, por mi de parte de arriba especialmente obligados y avidos por nombrados, especificados, y confrontados, y aquellos podays hazer executar, vender, y transar sumariamente a uso, y costumbre de Corte, y Alfarda, orden de Fuero, ni derecho en lo sobredicho no seruado..."<sup>152</sup>. No obstante los términos en que aparece concebida la ejecución, "tan bien e tan conplidamente como si los dichos jueces o qualquier dello lo ovieren ansi oydo e juzgado e dado por sentencia asi contra nos e contra cada uno de nos, e que la tal sentencia fuese pasada en cosa juzgada"<sup>153</sup>, no se descarta la posibilidad de que se entable un proceso entre las partes incoado por el depositante, en el cual la posición del depositario es extremadamente desventajosa. En efecto, de las fórmulas y documentos se desprende su renuncia a su propio fuero, a la competencia de sus jueces ordinarios y locales, a "toda carta de larga, de gracia, de guiadge e de sobreseymiento"<sup>154</sup>, y en general a todo recurso procesal que le pueda beneficiar<sup>155</sup>. De otra parte, en estos supuestos, las costas, gastos e intereses, recaen sobre el depositario: "Et si por demandar, auer, recibir, y cobrar de mi, y de mis bienes, la dicha cantidad de dicha comanda y deposito, todo, o parte alguna de aquella, costas algunas os conuendra hazer, daños, intereses y menoscabos sostener en qualquiere manera: todos aquellos, y aquellas prometo, conuengo, y me obligo cumplidamente pagar, satisfacer, y emendar a vuestra voluntad"<sup>156</sup>. La pérdida de la cosa de-

---

151. Fórmula n.º 53, cit. en nota 115.

152. Cfr. nota 114.

153. *Formulario Notarial Castellano del siglo XV* 53, cit. en nota 115.

154. En este sentido los documentos aragoneses del siglo XV, cits. en nota 112, y las fórmulas de MOLINO y CUENCA, cits. en notas 113 y 114.

155. Año 1335, 3 de octubre, cit. en nota 118.

156. En los documentos aragoneses del siglo XV cits. en nota 112 y CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit. en nota 114; de igual forma en un documento catalán de 1399, cit. en nota 111.

positada, en supuestos de depósito regular, sin culpa imputable al depositario, impide la ejecución de sus bienes, y así lo alega en 1592 en un pleito Antonio de Navarrete, depositario del navío San Nicolás, que se ha perdido después de haber realizado el depositario lo conveniente para la utilidad y el provecho de la nave.

En algunos documentos catalanes, la obligación no se afianza con testigos, plazo o juramento, posiblemente en cumplimiento del capítulo 72 del *Recognoverunt Proceres*: "sine placito, sacramento et testibus" <sup>157</sup>. En cambio, en un documento mallorquín de 1335, la depositaria, menor de veinticinco años y mayor de veinte, jura cumplir la obligación ante Dios y los Santos Evangelios <sup>158</sup>. De manera parecida en un documento de Calatayud de 1456 y en las fórmulas recogidas en el Formulario Notarial, en el de Molino y en el *Scholium* de Cuenca, el depositario jura el cumplimiento del contrato, en estos términos o en otros semejantes: "Et juro a Dios nuestro Señor, sobre la Cruz y santos quatro Evangelios, en poder del Notario publico infrascrito, como publica y autentica persona, la presente legitimamente estipulante y recibiente, que os restituiré, tornaré y pagaré la dicha Comanda y deposito, juntamente con las costas, como dicho es" <sup>159</sup>.

Los formularios establecen explícitamente la prisión del depositario en el caso de que no cumpla con la obligación de restituir el depósito: "E a questo no obstante: quiero: mas otorgo: y expresamente consiento: que para que las antedichas cosas o cada una de aquellas: pueda seyer procedido a capcion de mi persona ... y aquella pressa y detenida tanto et tan largamente fasta que vos et de los vuestros... siades realmente y de fecho satisfechos y pagados..." <sup>160</sup>, y en los aragoneses se contiene la renuncia a la cesión de bienes, beneficio que en los documentos de ese territorio se califica de miserable: "Et renunciemos encora al miserable auxilio de

157. Barcelona, años 1241, 1246 y 1253, cits. en notas 116, 109 y 110.

158. Año 1335, 28 de enero, cit. en not 110.

159. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit. en nota 114.

160. MOLINO, *Formulario de los actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría* cit. en nota 113; también en CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit. en nota 114 y en el *Formularium Instrumentorum*, 50, cit. en nota 115.



fazer cesion de bienes”<sup>161</sup>. Por último, en Castilla, el incumplimiento de la obligación por parte del depositario supone, según se establece en las Partidas, y de igual forma en el Formulario Notarial, que incurra en la pena del doble, y en Aragón, la infamia y la condición de perjurio recaen sobre el depositario que entable juicio contra el depositante<sup>162</sup>.

En relación a la gratuidad del negocio, es posible que unas veces se acepte, y otras, por el contrario, se rechace por las partes que celebran un contrato de comenda-depósito. En efecto, existen documentos en los que se observa claramente que la comenda-depósito es un contrato lucrativo, y en otros, el lucro, siquiera sea veladamente, también estimula su conclusión. En el primer tipo podemos incluir varios documentos barceloneses de 1215, 1248 y 1221<sup>163</sup>. En todos ellos se admite la especulación por el depositario con el dinero recibido en comenda-depósito, y mientras en los dos primeros se reconoce al depositante una participación, que no se especifica, en las posibles ganancias —1215, “aliquo fructus, uero que ex ipsis prouenerint expandatur inter te et me dum in mea fuerint potestate prenotata”; 1248, “et dum tenebo ipsas VII libras si potero aliquid lucrari cum illis dabo tibi partem tuam de toto lucro quod Deus ibiderit”—, en el de 1221 hace suyos todos los beneficios sin participación alguna del depositario, lo que hace pensar en un préstamo, en el que las ganancias sustituyen aparentemente a las usuras: “similiter cum eis quod Deo volente cum illis habere potero usque ad diem quod illis recuperare volueris, quod omnia ad libitum tuum habeas et de eis totam tuam voluntatem facias”.

En otros documentos, ciertas estipulaciones o acuerdo de los individuos que en ellos intervienen permiten idéntica afirmación. En 1231, Guillermo de Fonolari reconoce que ha recibido de Ferrario de Solano cierta cantidad de dinero, que se especifica, comprometiéndose a devolverle otro tanto, en una fecha concreta: “conuenio et promitto reddere et deliberare tibi vel tuis aut omni-

161. Calatayud, año 1401, cit. en nota 112.

162. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit. en nota 114.

163. Barcelona, año 1215, cit. en nota 116; Barcelona, año 1248, cit. en nota 116 y Barcelona, año 1221, cit. en nota 109.

homini pro tuo bono petenti, in primo venturo natale domini, sine omni dilacioni et excusacione”<sup>164</sup>. En este documento no existe pacto de división de ganancias, pero el hecho de que se fije un día concreto para el reembolso autoriza a pensar en un préstamo, cuyas usuras se han acumulado previamente a la cantidad que se indica como recibida, o que se esperan obtener por vía de mora, en cuanto el plazo estatuido para la devolución es muy breve: “actum est VIII Kalendas october anno millesimo ducentesimo tricesimo primo”.

A veces, las partes acuerdan que el negocio se cancele en una plaza distinta de aquella en la que surgió. Es el caso de un documento de 1250, según el cual Arnaldo de Podio reconoce que le ha sido devuelta en Barcelona por Raimundo de Bagnearis la cantidad de veinte bisancios de plata, “quos tibi comendaueram apud Tirimze”<sup>165</sup>. Puede ser que el lucro del depositante radique en el distinto valor de la moneda en una u otra plaza, o simplemente se aprovecharía del depositario como conductor del dinero, ya que los riesgos recaerían sobre él hasta la devolución del depósito. Otro documento barcelonés de 1265 nos habla también de la frecuencia en esta época de los pagos de plaza a plaza mediante el envío de monedas. Según este documento, Raimundo de Nogaria sirve de conductor de dinero entre Túnez y Barcelona, y cancela una obligación que en aquella ciudad habían contraído Guillermo de Bartolomé, de una parte, y Guillermo y Bereguer de Villardello, de otra<sup>166</sup>. Cabe preguntarse si la gestión de Raimundo de Nogaria es desinteresada, o si, por ejemplo, emplea el dinero recibido en mercancías, que vende a su llegada a Barcelona, y luego entrega la cantidad adeudada a Guillermo de Bartolomé. En otro documento de 1291, se observa que para remitir fondos de una ciudad a otra se utiliza el depósito, ya que de esta forma y en esa fecha el florentino Albizo Loteringi, de la compañía de los Canigiani, recibe en nombre de ésta, en Zamora, la cantidad de ciento treinta y siete doblas, para transmitir las al maestro Andrea de Setia, residente en Roma<sup>167</sup>.

---

164. Barcelona, año 1231, cit. en nota 116.

165. Barcelona, año 1250, cit. en nota 140.

166. Barcelona, año 1265, cit. en nota 131.

167. Zamora, año 1291, 5 de marzo, en E. BENITO RUANO, *La banca tos-*

La combinación pago de plaza a plaza, y devolución en una fecha que se determina, se refleja en otros documentos barceloneses de 1246 y 1299<sup>168</sup>. En este último, se observa que el depositario se reserva un plazo de quince días, desde la llegada de la nave a Túnez, para la entrega del dinero, seguramente para vender en ese tiempo las mercancías adquiridas con el dinero recibido en comenda-depósito: “et hos XVI bisancios et medium conuenio reddere et soluere Petro Bocheris mandatario tuo saluos in terra a [pud] Tunicium ad XV dies ex quo navis Guillelmi de Spina de presenti viatico fuerit apud Tunicium”. Supuesto que el viaje haya sido fructífero, el depositario cumple con su obligación y prosigue su comercio. Pero puede ocurrir lo contrario, que el viaje no haya resultado rentable, y por ello se reserva el derecho a restituir el dinero en Barcelona y al depositante, que tampoco en este caso ve defraudados sus posibles deseos de lucro: “et si forte non reddidero illuc dictos XVI bisancios et medium tuo mandatario conuenio eos tibi reddere saluos in terra in Barchinona ad meum reditum... et etiam conuenio inde tibi sicuti alii bisanci bene implicati illuc exierint in Barchinona”.

El examen de otros documentos de comenda-depósito irregular no autoriza a afirmar ni a negar la gratuidad de la relación. A pesar de que el depositario pueda utilizar el dinero depositado, el negocio puede ser gratuito en función de los depositantes. Pero también puede ocultar, como ha quedado dicho, un préstamo, cuyos intereses o se han sumado a la cantidad que figura estipulada en el documento, o se espera devengar si el depositario demora la devolución del dinero, lo que es fácil de conseguir si el depositante exige la restitución del depósito en fecha inmediata a su constitución.

En el siglo XVI los depósitos irregulares son lucrativos, y aunque del problema hemos de ocuparnos ampliamente al estudiar el depósito bancario, conviene anotar ahora que la misma tendencia se observa en esa época incluso para los depósitos regulares. En

---

*cana y la Orden de Santiago en el siglo XIII* (Valladolid 1961), pág. 20, y apéndice documental n.º 13.

168. Barcelona, año 1246, cit. en nota 109 y Barcelona, 1299, cit. en nota 116.



el pleito entre Pedro de Aguilar y Juan de la Fuente, al que nos hemos referido más arriba, el primero demanda al segundo el 5 por 100 de los 5.000 pesos depositados como postura para que le fuese adjudicado el oficio aludido durante los cuatro años, 1673-1677, que el segundo disfrutó de la interinidad y consiguientes emolumentos, y en el folio 23 de los papeles del pleito se justifica la demanda “en recompensa de los que mi parte perdió sin perseguir los emolumentos del interin como el dicho Juan de la Fuente, el qual no a desembolsado ni arresgado nada”, lo que da lugar a una Real Cédula de 2 de julio de 1677 en la que se le reconoce, si el oficio le es adjudicado previa la aceptación de las condiciones impuestas por la Corona para su remate, que los réditos le sean satisfechos bien por el interino, y si no acepta “de cualesquier hacienda mia que hubiere en la Caja de esa Ciudad en caso de que ayan entrado en ella”. En los depósitos de custodia y administración, los depositarios suelen exigir una compensación: Juan Vicente de Irigoyen el 2 por 100 de los pertrechos, jarcia, aparejos y corambres del navío San Miguel y Los Angeles, “que se deuen segun que con otros se a estilado y acostumbrado en esta ciudad”, “por el trauajo y ocupación y custodia”. En el mismo sentido, aunque por vía legislativa, las Reales Cédulas de Felipe II, de 26 de abril de 1659, y Felipe III, de 5 de octubre de 1606, reconocen a los depositarios de los bienes de difuntos el 3 por 100 de los géneros que tuviesen en depósito, por la administración y beneficio de los mismos.

Finalmente, en un documento mallorquín de 1302 se contiene un secuestro o depósito especial, decretado por la Curia de Mallorca a instancias de Ferrer Llull acreedor de Bartolomé de Paretts y en este caso, las ciento ochenta libras a que asciende se depositan en la taula de cambio de Francisco Sala; en 1671, por auto de la Audiencia de Méjico de 5 de septiembre, a propósito del pleito entre María Elena de Gálvez con el Fiscal, en demanda de la mitad del precio del oficio de receptor de la Audiencia, que había pertenecido a su difunto marido, para el pago de la dote, se decreta que el precio se deposite —“ponga”— en la Real Caja y que el pleito pase al Consejo de Indias<sup>169</sup>. En otro documento,

---

169. Año 1302, 10 de marzo, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps*

mallorquín y del siglo XIV, el notario Pere de San Pere se obliga personalmente y con todos sus bienes “nomine depositi et comande”, a devolver salva y viva, “cessante impedimento mortis”, una esclava del mercader Berenguer Alagat, llamada Todura, que durante un número de días, que se especifican, prestó servicios de nodriza en su casa<sup>170</sup>. No se trata, a mi juicio, de un verdadero depósito, sino de una forma jurídica de obligarse al dueño de la esclava en este supuesto —“nomine depositi et comande”, privilegiada para el acreedor—, ya que, según el parecer de Cáncer, “commenda hominis non est depositum”<sup>171</sup>.

9. Si hasta ahora nos hemos ocupado de la comenda-depósito que surge entre particulares o entre éstos y mercaderes, la práctica mercantil europea registra el hecho, paralelo al anterior, de la constitución de los depósitos de dinero en manos de cambistas, cambiadores y banqueros<sup>172</sup>. Nos encontramos ante la comenda o depósito bancario del que hemos de tratar en los apartados que siguen.

Por lo que respecta a la Península Ibérica, existen desde el siglo X referencias documentales a monederos, cambiadores y cambistas, lo que prueba, como se ha indicado, el renacimiento económico de la España cristiana<sup>173</sup>: en el año 934 encontramos monederos en Gerona; documentos de los años 1056 y 1116 anotan su existencia en Barcelona; en 1174 se habla de cambiadores en Vich; documentos de 1121 y 1122 acreditan la presencia de monederos en Aragón; un documento navarro de 1227 nos recuerda a un tal “Johannes Petriz cambiator”; el Códice Calixtino alude a

---

*de Ferran el Catolic: el seus precedents* cit., pág. 147. A. G. I., Escribanía de Cámara n.º 176.

170. En Antonio PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic: els seus precedents* cit., pág. 155.

171. CÁNCER, *Variae Resolutiones utriusque iuris* cit., pars III, cap. VIII, *de deposito et commenda* § 103, pág. 176.

172. Cfr. PIRENNE, *Historia económica y social de la Edad Media* (Méjico 1941)<sup>2</sup>, pág. 138; L. GOLDSCHMIT, *Storia universale del Diritto commerciale* cit., págs. 249-250 y notas 85 y 86; KULISCHER, *Storia economica del Medio Evo e dell'epoca moderna*. Traducción italiana. I, (Florenca 1955), páginas 519 y 522.

173. L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre los burgos y burgueses de la España Medieval* cit., pág. 70.

los monederos de Santiago del siglo XII, vulgarmente llamados cambiadores, y un decreto de 1133 de los canónigos, justicias y ciudadanos de Compostela ordena que "albergarii, monetarii et cambiatores et cives non habeant marcas falsas"; en Burgos, desde 1203 al menos, existen cambiadores, y en Oviedo desde 1257<sup>174</sup>. Desde el siglo XIII son ya abundantes los testimonios sobre cambiadores.

Interesa conocer cuáles eran las actividades de estos primitivos comerciantes del dinero, monederos, cambiadores o cambistas. Si monedero, en un primer momento, parece indicar la profesión de artifice de la moneda<sup>175</sup>, en el siglo XII, según el Códice Calixtino, monederos y cambiadores realizan idéntico oficio y coinciden en la misma persona. La fuente citada es útil para obtener mayores detalles sobre las actividades de los cambiadores en estos momentos: "Y si algun peregrino lleva para vender algún marco de plata que valga treinta sueldos, su mal posadero lo dirige a un monedero con quien está en connivencia, y le aconseja que debe darle el marco en veinte sueldos. El posadero no pierde su tiempo, porque recibe en premio del comprador doce dineros, o más o menos... ¿Qué reservaré para muchos de los monederos que vulgarmente se llaman cambiadores? Si doce dineros del peregrino valen dieciséis de los del cambiador, no le dará éste, puesto ya de acuerdo con el falso posadero, más que trece o catorce... Por el contrario, si doce dineros del cambiador valen dieciséis de los del peregrino, no los cambiará si no le dan veinte..."<sup>176</sup>. El cambio manual puede ser considerado como una de las actividades de los cambiadores y, por ello, en Barcelona se les llama 'cambiadors de menuts'<sup>177</sup>. Junto

---

174. Cfr. los siguientes trabajos: María del Carmen CARLÉ, *Mercaderes en Castilla*, en *Cuadernos de Historia de España* 21-22 (1959), págs. 295-297 y notas correspondientes; Amancio RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El Real Monasterio de las Huelgas y el Hospital del Rey* (Burgos 1907), pág. 376, y Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre los burgos y burgueses de la España Medieval* cit., págs. 70, 71 y 157 con sus notas.

175. Cfr. R. S. LÓPEZ, *An aristocracy of onorey in the early middle ages*, en *Speculum. Journal of Medieval Etudies* 28 (1953).

176. A. LÓPEZ FERREIRO, *Fueros municipales de Santiago y de su tierra* I (Santiago 1895), págs. 119 y 120.

177. A BALLESTEROS, *Sevilla en el siglo XIII* (Madrid 1913), pág. 203,



al cambio manual, los cambiadores realizaban frecuentes operaciones de préstamo. Es el caso del mercader Rodrigo Ibáñez de Zamora, que se dedica a operaciones de cambio y presta en cierta ocasión a Sancho IV, empeñado en la cerca de Tarifa, la cantidad de veinte mil maravedís<sup>178</sup>, y el de Tomás Vico, "campdor Barchinone", que el 3 de noviembre de 1299 se declara reembolsado de un anticipo considerable que había hecho al monarca<sup>179</sup>.

A fines del siglo XII, se produce en Europa el fenómeno de la conversión de estos cambiadores, cuya actividad esencial era el cambio manual, en banqueros de depósito y de giro, que añaden a esa actividad otras de diferente tipo, pero de mayor importancia: aceptación de depósitos reembolsables a petición de los deponentes; liquidación de cuentas por compensación, según órdenes recibidas de los clientes, incluso cuando deudor y acreedor tenían cuenta en banco, pero en cambiadores distintos, lo que originaba pagos mediante el giro, y concesión de anticipos o créditos a los clientes. Los documentos genoveses de fines del siglo XII nos muestran a los cambiadores concluyendo contratos de préstamo, concediendo créditos y recibiendo depósitos a término fijo, que daban lugar al pago de intereses o a una ficticia participación en los beneficios<sup>180</sup>. Concretamente, documentos de 1186<sup>181</sup>, y de 1190<sup>182</sup>, prueban que esos depósitos no eran gratuitos, aunque se deje a discreción del

---

escribe en este sentido: "En esta época acudían a Sevilla los forasteros montados en sus rocines... iban a la tienda del cambiador, pesaban en la balanza sus monedas, obtenían su equivalencia y después de verificadas las compras, se retiraban a descansar en las posadas y alberguerías".

178. María del Carmen CARLÉ, *Mercaderes en Castilla* cit., pág. 297.

179. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle, surtout d'après des protocoles inédits de ses Archives notariales*, en *Etudis Universitaris Catalans* 18 (1933), pág. 231.

180. Cfr. sobre esta materia, R. di TUCCI, *Studi sull'economia genovese del secolo decimosecondo: la nave e i contratti marittimi, la banca privata* (Turín 1935); M. WINSLOW HALL, *Early banker in the genoeve notarial records*, en *The Economic History Review* 6 (1935); un resumen de la cuestión en R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles* (París 1953), pág. 24.

181. M. CHIAUDANO, *Oberto Scriba de Mercato, 1186*, en *Documenti e studi per la storia del commercio e del diritto commerciale italiano* 16 (Turín 1940), pág. 106, n.º 283.

182. DI TUCCI, *Studi sull'economia genovese* cit., pág. 90 n.º 11.

banquero la participación de los depositantes, en el supuesto de que se produzcan ganancias.

No es posible precisar con exactitud el momento a partir del cual se practican en España los depósitos bancarios. La falta de documentación lo impide. Sayous, al estudiar los métodos comerciales de Barcelona en el siglo XIII, afirmó la inexistencia de los depósitos bancarios en esa centuria<sup>183</sup>, si bien, al estudiar los del siglo XIV, admitió ya su empleo en el siglo anterior<sup>184</sup>. No obstante esa falta de documentación, las fuentes nos permiten afirmar que en el siglo XIII era normal en Barcelona la práctica de los depósitos bancarios. Los particulares confiaban en esos momentos sus caudales a los cambiadores, bien por causa de sus operaciones de crédito, bien por la ayuda que de éstos recibían para distinguir las monedas legítimas de las falsas, como indica Sayous<sup>185</sup>. Una constitución de las Cortes celebradas en Barcelona el año 1299, bajo Jaime II, tiene gran importancia en la cuestión que nos ocupa, porque por vez primera se toma conciencia de algo que ya era práctica frecuente, y se procura darle el oportuno cauce jurídico:

*Constitutions de Cathalunya* 4,35,1. Jaime II, en las Cortes de Barcelona del año 1299, capítulo VI. "De tota dita que cambiador faça a algu per qualsevol raho, quen sie tengut axi com per depositi, o per comanda:e quel cambiador haja scriure totas ditas que fara en son capbreu major jurat, e no en altres Llibres, o Scripturas, e que Nos nols puxam elongar de alguna dita que hajan feta, o faran de aqui avant"<sup>186</sup>.

La entrega de capitales a los banqueros era frecuente, incluso con anterioridad a 1299, ya que en estos casos las disposiciones legislativas suelen ir a la zaga de los hechos o situaciones que pretenden regular. Era preciso, sin embargo, perfilar jurídicamente la situación, lo que se logra en 1299 al calificar de depósito o comenda la relación que se origina entre el cambiador y el particular, al

---

183. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 172.

184. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIV<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 217.

185. La referencia en la nota anterior.

186. En *Constitutions y altres Drets de Cathalunya* I, cit., pág. 350.



entregarle éste su capital. Surge a su vez entre ambos una relación crediticia de acreedor a deudor, a la que se hace referencia indirectamente en el capítulo III de las leyes aprobadas en las Cortes de Lérida de 1301, al determinarse que los depositantes, es decir, los que en las tablas o cajas de los cambiadores han depositado dinero, figuren entre los acreedores de los banqueros<sup>187</sup>. Consecuentemente, en 1302, un cambiador de Lérida efectúa un pago “dels diners qui foren posats en la sua taula”, y, en 1304, un depositante atiende a su acreedor ordenando que el crédito se libere “en la taula de En P. de Segria, camiator de Barchinona”, y el banquero paga según las órdenes de su cliente<sup>188</sup>. Con razón, la voz *dita* se ha traducido por *crédito*, en cuanto la *dita* o asiento de un depósito en el libro del cambiador supone el reconocimiento del crédito del depositante y la obligación de restituir o pagar contraída por el banquero<sup>189</sup>.

En cambio, el Derecho castellano, cuando en la primera mitad del siglo xv se ocupa de regular esta práctica mercantil, sólo recoge el hecho sin precisar su naturaleza jurídica: “Y que sean tenidos (los cambiadores) de dar, y den recaudo a las personas de quien alguna moneda recibieren para cambiar todo lo que les hovieren a dar”<sup>190</sup>, “y los cambiadores resciben moneda de otros para la tener en su cambio”<sup>191</sup>. Una prueba de que estos depósitos existían con anterioridad en Castilla la encontramos en un testimonio de 1348, que no puede referirse exclusivamente al cambio manual, a propósito del embargo de los fondos de los cambios efectuado por Alfonso XI, que ocasionó serios perjuicios a los interesados

---

187. *Constitutions de Catalunya* 9,10,2, Jaime II. (*Constitutions y altres Drets de Catalunya* I, cit., pág. 420).

188. En GONZÁLEZ DE HURTEBISE, *Libros de Tesorería de la Casa Real de Aragón* I (1910), n.º 135, págs. 36-42, y 1373, pág. 310.

189. Abbot-Payson USHER, *Deposit banking in Barcelona, 1300-1700*, en *Journal of Economic and Business History* (1931).

190. *Ordenanzas Reales* 5,8,1; *Nueva Recopilación* (ed. *Los Códigos Españoles concordados y anotados* cit., XI y XII) 5,18,1; *Novísima Recopilación* (ed. *Los Códigos Españoles concordados y anotados* cit., VII-X) 9, 3, 1.

191. *Ordenanzas Reales* 5,8,5; *Nueva Recopilación* 5,18,1; *Novísima Recopilación* 11,32,1.



en la contratación, "por razón que non fallaban tan presto el cambio cuando les era menester" <sup>192</sup>.

Los depósitos dinerarios no eran patrimonio exclusivo de los cambiadores o banqueros en el sentido estricto. Según De Roover, en las plazas mercantiles de la Edad Media existían dos clases de banqueros: los cambistas transformados en banqueros que aceptaban depósitos y giros y los comerciantes-banqueros, casi siempre italianos, que combinaban el comercio internacional con el negocio de las letras de cambio <sup>193</sup>. Unos y otros, hasta bien avanzado el siglo XVIII, aceptan depósitos. En las ciudades de Inglaterra y de Escocia, hasta la centuria indicada, los comerciantes realizaban a un mismo tiempo operaciones de crédito. Campesinos, propietarios, encargados de factorías, por el temor de agresiones y robos, colocaban sus ahorros, en calidad de depósitos fructíferos, en casa del fabricante de paños Smith, que con ese dinero realizaba operaciones de crédito. Savary observaba que en Francia solamente los extranjeros ejercitaban el oficio de banqueros, sin negociar con mercancías, mientras los franceses aunaban ambas operaciones <sup>194</sup>. Los grandes banqueros alemanes del siglo XVI, los Fúcar, los Welser, participan en actividades muy relacionadas con la industria minera, y la Banca Comercial Vienesa de Préstamo y Cambio, fundada en 1787, se ocupaba tanto de negocios de préstamo, depósito y cambio, como del negocio al por mayor de mercancías diferentes <sup>195</sup>.

En la Península, durante la Edad Moderna, los comerciantes, banqueros en sentido amplio, continúan recibiendo y aceptando depósitos. En 1453 se depositaron en manos del mercader Fernán

192. Cfr. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo. Investigación histórica* (Valladolid, 1912), pág. 14.

193. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles* cit., págs. 134 y 135; LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XVI<sup>e</sup> siècle*, en *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 4 (1956), página 286, distingue en Brujas, durante los siglos XIV y XV, entre usureros, cambiadores-banqueros y comerciantes banqueros.

194. SAVARY, *Le Parfait Négotiant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises en France et de pays étrangers* (Paris 1757)<sup>7</sup>, II, pág. 316.

195. KULISCHER, *Storia economica del Medio Evo e dell'epoca moderna* II cit., págs. 403-406.

López de Medina, de Medina del Campo, los cien mil florines en doblas de oro castellanas de la banda que Enrique IV, siendo príncipe, otorgó, a tenor de lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales, a la infanta doña Juana de Portugal, su mujer<sup>196</sup>. En el siglo XVI se hallaban depositados en Córdoba, en poder de un mercader llamado Francisco Sánchez de Toledo, treinta mil ducados, “de lo que fueron valiendo ciertos beneficios aplicados a reparar la capilla en que yacían Fernando IV y Alfonso XI, cuyo dinero era mejor se sirviese al Rey de ellos, pues que no se gastaban, que dejar al mercader continuase enriqueciendo con ello”<sup>197</sup>. Si en el primer caso pudiera pensarse en un depósito regular, la naturaleza irregular del segundo aparece clara. Una calificación semejante merece la cláusula 14 del testamento de Diego de Encinas y de su mujer, Isabel de Cáceres, otorgado ante el escribano José Palomares, en Madrid, el 9 de junio de 1606: “Iten, declaro yo, el dicho Diego de Encinas, que en poder de Juan Ibáñez de Carmona y Gonçalo de Salaçar tube yo, el dicho Diego de Encinas, cantidad de dineros para que lo beneficiase en ferias o como mejor le pareciese, e yo pudiese llevar en conciencia; mando que se cobren de los suso dichos veinte mill maravedís que me quedaron a deuer de lo corrido del dicho dinero, porqu’ellos lo declararon en sus libros y memorias que se me devían hasta los dichos veinte mill maravedís, y esto se cobre y no mas”<sup>198</sup>.

En un plano más elevado, los fondos de las grandes compañías españolas de comercio del siglo XVIII, también se nutren de los depósitos de particulares o de personas jurídicas<sup>199</sup>. En la Real Cédula de erección de la Compañía de Comercio de Barcelona, condición XXIII, se acuerda que “si no se presentasen bastantes acciones para completar el fondo necesario, podrá la Compañía buscar

---

196. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., páginas 227 y 228.

197. PAZ, *Cómo se hacía un empréstito en el siglo XVI*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos* 10 (1904), pág. 407.

198. *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid*, José de Palomares 1606, fol. 739v.-740r.

199. MARTÍNEZ GIJÓN, *Le società per azioni nel Diritto spagnolo del secolo XVIII*, en *Economia e Storia. Revista italiana di Storia economica e sociale* (1964), fasc. 2, págs. 199-223.

a premio los caudales que le falten, y recibir los depósitos de toda clase de comunidades, y personas, sin distinción, otorgando los directores los resguardos y escrituras correspondientes, en los cuales no han de quedar ellos obligados, sino el fondo de la Compañía, para cuya obligación tendrán los directores el poder y facultad necesaria, de la cual sólo cesarán en el caso referido”<sup>200</sup>. La Compañía de los Cinco Gremios Mayores, de Madrid, debe ser considerada como sociedad y banco a la vez, y en ello se basaba Juan Antonio de los Heros, diputado-director de la misma, cuando para defenderla argumentaba diciendo que era un Banco nacional seguro que servía de refugio “a los acaudalados, que de otra forma no darían curso a su dinero”. La misma opinión sostenía Bourgoing, embajador de Francia en Madrid a fines del siglo XVIII, para quien la Caja de los Cinco Gremios era una especie de Banco público, donde los particulares depositaban sus caudales al módico interés del 2,5 al 3 por 100. La Compañía y Banco de Vitalicios o de Fondos Perdidos, de Barcelona, aprobada en 1779, aceptaba dinero de los particulares al 3 por 100, y en un folleto publicado por la sociedad en 1781 se insiste en las ventajas de estas operaciones para determinados depositantes, y a la vez en la conveniencia del Banco, que “no sólo podrá ser útil a las familias que, poseyendo algún caudal, no saben ni pueden, sin muchas contingencias, darle una regular circulación, sino que también proporcionaría conocidas ventajas a otras personas, especialmente a los pupilos y constituidas en menor edad que impusieran caudal en este Banco en calidad de dotes o rentas vitalicias, pues conseguirían por este medio el beneficio particular con el premio que les rendiría y el público con la circulación de semejante caudal, y les libertaría al propio tiempo de los riesgos que regularmente sufre cuando por la muerte de los padres llega a emplearse”<sup>201</sup>.

¿Cómo se constituían estos depósitos bancarios? ¿Qué procedimiento se utilizaba para otorgarlos? La práctica mercantil cata-

---

200. Sus estatutos en F. RAHOLA, *Comercio de Cataluña con América en el siglo XVIII* (Barcelona 1931), págs. 191-231.

201. Cfr. CAPELLA Y MATILLA, *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid* (Madrid 1957), pág. 262. Para la Compañía y Banco de Vitalicios, vid. P. VOLTES BOU, *Las Cajas de Ahorros Barcelonesas. Su pasado, su presente y su porvenir* (Barcelona 1965), pág. 74.



lana, como se desprende del texto más arriba transcrito, al igual que la europea, exige la anotación, inscripción o asiento (dita) del depósito en el libro mayor jurado del banquero, que goza de la misma fuerza probatoria que un documento notarial. En Castilla, concretamente en las ferias de Medina del Campo, el procedimiento era similar al descrito para Cataluña<sup>202</sup>. La inscripción del depósito en el libro de cuentas del depositario, y por mano de éste, prueba la existencia de un depósito verdadero, en opinión de Cuenca<sup>203</sup>. A tenor de lo dispuesto en el capítulo XI de las Ordenanzas de la Real Compañía de Barcelona, de 1755, los depósitos se anotaban en un libro particular<sup>204</sup>. Probablemente, con independencia de la inscripción en los libros mercantiles, los depositantes retenían algún documento otorgado por las partes ante notario, acreditativo de la constitución del depósito. En un juicio promovido ante la Audiencia de Cataluña consta la redacción de ese documento, y en él se basa la sentencia dictada en 1619: “Attento instrumento recaepo penes Franciscum Blanch. Not. pub. Barcinonae die 20. Decembris 1606, constat Iosephum Ramon legum doctorem deposuisse, et sub pura commanda tradidisse Petro Salvador, et Ioanni Francisco Pexo bis mille, et centum libras monetae Barcinonae, quas eodem instrumento dicti Salvador, et Pexo confessi fuerunt habuisse, et recaepisse a dicto Ramon per partitam Banchi Jacobi Eru, et Francisci Pobra...”<sup>205</sup>.

10. A partir del siglo XVI, la práctica del depósito bancario se incrementó notablemente en España. Sarabia se refiere a ella en estos términos: “los mercaderes que de sus tierras vienen a comprar a las ferias, la primera cosa que hacen es poner sus dineros en poder destos logreros públicos”<sup>206</sup>. Y Mercado, con referencia al tráfico con América, nos dice que “venida la flota, cada uno pone

---

202. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo*, cit., pá. 77.

203. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., cláusula 6, fol. 24.

204. Vid. nota 200.

205. J. RAMÓN, *Consilia et sententiae Senatus Regii Cathaloniae, cum observationibus Jacobi BALDUCII, cuius opera et studio adduntur Sacrae Romanae aliorumque tribunalium Decisiones XXX* (Bolonia 1689), en vol. I, pág. 545.

206. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* (Medina del Campo 1547), fol. 58rº.

en banco todo lo que le traen de Indias”<sup>207</sup>. Un documento de 1572, en el que se contiene un finiquito de cuentas de varias partidas de cueros y cajas de azúcar recibidas de las Indias, por un total de 60.632 maravedís, nos muestra que esa cantidad se deposita en el Banco de Pedro Murga<sup>208</sup>. Los juristas, al definir los bancos y los banqueros, dejan a un lado el cambio manual para destacar su función de depositarios de caudales: “Entre mercaderes, y que ganan su vida tratando —escribe Mercado—, ay al presente tres géneros de personas y tres géneros de negocios caudalosos... el postrero banquero; que como depositarios de los otros, y les guardan su moneda, oro y plata, y les dan cuenta della, y en quien ellos libran sus deudas”<sup>209</sup>. En el siglo xvii, Hevia, define los bancos como “un género de cambios, a quien se da la moneda en guarda, para que disponga della, según les ordenaren los que se la dieron, como se dize en el Derecho”<sup>210</sup>.

La práctica de los depósitos bancarios tiene por finalidad hacer fructificar los capitales, y su incremento, desde el siglo xvi, se justifica en razón del aumento de numerario en la Península. “Para el desarrollo del negocio de banca —escribe Carande— concurrían las dos circunstancias en él inherentes: unos que tenían dinero y que por uno u otro motivo no sabían o no podían moverlo; otros que necesitaban de este dinero para sus actividades”<sup>211</sup>. Los cambiadores usan del dinero recibido en préstamo o en depósito, y mediante el préstamo, el comercio o la asociación en compañías mercantiles pretenden obtener pingües ganancias. Los documentos de 1302 y 1304, ya citados<sup>212</sup>, nos hacen ver cómo los cambiadores

---

207. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* (Sevilla 1587) fols., 170rº-170vº.

208. *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla, I. Siglo XVI* (1930), doc. n.º 1729, págs. 409 y 410.

209. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit. fol., 165vº.

210. HEVIA, *Laberinto de comercio terrestre y naval, donde breve y compendiosamente se trata de la mercancía y contratación de tierra y mar, útil y provechoso para mercaderes, negociantes, navegantes y sus Consulados, ministros de los juicios, profesores de Derechos y otras personas* (Madrid 1619) libro I, capítulo 2.º, n.º 2, pág. 17.

211. R. CARANDE, *Carlos V y sus banqueros, 1516-1556* (Madrid 1943), página 209.

212. Cfr. nota 188.

realizaban frecuentes operaciones de préstamo, y no pocas veces para financiar empresas de la Corte. Sayous maneja hábilmente estos datos, y concluye afirmando el empleo por los cambiadores de los dineros que le habían sido confiados por sus clientes —“diners que hi foren posats”—, ya que dada la cuantía de los préstamos era presumible que no pudieran otorgarse con cargo a la fortuna personal del cambiador<sup>213</sup>. Era normal en toda Europa que los bancos especulasen con el dinero que le había sido entregado en depósito. Claramente se refieren a estas especulaciones, en 1298, varios socios de la compañía de los Bonsignori, ante la demanda general de reembolso, al responder a esta demanda que “sicut non possent sotii dictae societatis ab omnibus recuperare una hora, ita non compellantur una hora omnibus respondere”<sup>214</sup>. Los depósitos interesaban, pues, a las dos partes que en ellos intervenían; de aquí se desprende la opinión de Cuenca sobre el depósito *utriusque gratia*: “quod frequentissimum est, et communiter practicum”<sup>215</sup>.

Los juristas, conocedores de la práctica mercantil, nos indican que los banqueros y los comerciantes banqueros orientan su actividad a invertir los caudales depositados en sus bancos: “que como todos ponen allí (en banco) su plata, tienen gran summa, con que hacen grandes empleos”<sup>216</sup>, que, desde un punto de vista estrictamente mercantil, se consideran necesarios “ne vacuae pecuniae sint, ut loquitur Scaevola... et ut nostri dicunt otiosae, et ut eis, vel ex mercatura, vel ex cambio lucrum faciant”<sup>217</sup>, “porque los que dan a siete y diez por ciento a los que les dan dineros para logrear, ¿cómo dexaran —se pregunta Sarabia— estar ociosos estos dineros que en ellos así se ponen en depósito?”<sup>218</sup>. Unas veces el dinero se hace producir mediante los préstamos a particulares menesterosos y necesitados —“en corte ay otros banqueros, aunque

213. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XIV<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 218.

214. Cfr. E. BENITO RUANO, *La banca toscana y la Orden de Santiago en el siglo XIII* cit., pág. 35.

215. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., cláusula 6, fol. 23.

216. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fols. 170<sup>r</sup>° y 170<sup>v</sup>°.

217. R. DE TURRI, *Tractatus de cambiis* (Génova 1641) fol. 262 b.

218. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol., 63<sup>v</sup>°.



a la verdad públicos logreros, que siruen de prestar a caualleros, gastados y gastadores, grandes summas de dinero, mientras cogen las rentas de sus estados, lleuandoles por ello no pequeños intereses”<sup>219</sup>, o a comerciantes y mercaderes, de los que encontramos numerosos casos en el Archivo de Protocolos de Sevilla. Citemos, a título de ejemplo, un documento de 10 de noviembre de 1550, por el cual Sebastián de Igurrola se obliga a pagar a Domingo de Lucaronas (?), banquero público de Sevilla, 18.562 maravedís, que le había prestado en vísperas de su viaje al puerto de Nombre de Dios, de Tierra Firme<sup>220</sup>. Entre los prestatarios figura con frecuencia la Corona, como es sabido, aunque estos préstamos no producían a veces interés alguno a los prestamistas, y sí, en cambio, el favor real. Jaime II se refiere, al regular la quiebra, a las deudas de los reyes con los cambiadores: “en las deutes que nos... als dits cambiadors dejam...”<sup>221</sup>. En el siglo XVI, los *asientos*, entendidos como adelantos o anticipos de dinero de los banqueros más importantes a los reyes españoles para financiar sus empresas europeas, participan de la naturaleza de los contratos de cambio<sup>222</sup>. El préstamo a los comerciantes, cuando la salida de la flota estaba próxima y necesitaban más dinero del que tenían en depósito, a los mineros, para el pago del azogue, a la Corona y las inversiones en el comercio, constituyen también las operaciones específicas de los banqueros limeños en el siglo XVII<sup>223</sup>. Sarabia nos suministra interesantes datos sobre la forma de constituir estos préstamos y de ocultar el interés y las usuras que devengaban: “Y para que no pueda con facilidad ser convencido en juicio el trato logrero usan de cautelas, que el que los recibe le paga primero el interés de sus

---

219. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol., 170v°.

220. *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla I, siglo XVI* cit., doc. n.º 1661, pág. 392. Los documentos de esta clase son numerosos, vid. en este mismo volumen, entre otros, los siguientes números 69, 92, 131, 201, 205, 319, 403, 684, 889, 1071, 1276 y 1471.

221. *Constitucions de Cathalunya* 9,10,2.

222. Cfr. LAPEYRE, *Simon Ruiz el los asientes de Philippe II* (París 1953). Sobre asentistas vid. también ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., págs. 129-150.

223. Cfr. M.<sup>a</sup> Encarnación RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), págs. 708 y 709.

dineros o de lo que él les da, o hacen una suma de lo principal y del logro y por ella se obliga el que lo toma”<sup>224</sup>.

Los depositantes iniciaban sus relaciones con los banqueros estimulados por las ventajas que esperaban obtener. Junto a la custodia o guarda de sus capitales, la posibilidad de obtener créditos del banquero y de realizar determinadas operaciones mercantiles, aparte del interés que los caudales pudieron producir. Por ello, en las arcas de los banqueros depositan sus capitales instituciones e individuos de muy distinta condición. A raíz de la quiebra del Banco limeño de Juan de la Cueva, el 16 de mayo de 1635, figuraban como depositantes-acreedores los siguientes: la Iglesia (don Pedro Villagómez, obispo de Arequipa, el cura de Chauca, los procuradores de varias órdenes religiosas, algunos clérigos y frailes, y las limosnas recogidas por los mercedarios para la redención de esclavos), los funcionarios de la Corona (oidores, alcaldes del Santo Oficio y de Corte, oficiales reales), los profesionales, los mercaderes y comerciantes, las viudas y doncellas, los ingresos procedentes del donativo al rey, de la Bula de la Santa Cruzada, e incluso los tesoros del rey en espera de su envío a la Península<sup>225</sup>. De igual forma, en la Caja de los Cinco Gremios Mayores, de Madrid, depositaban sus fondos las siguientes instituciones: el Montepío de Oficinas, cuyos depósitos llegaron a alcanzar la cifra de 7.000.000 de reales; el de Loterías, que en 1785 depositó 500.000 reales; determinadas Temporalidades, colegios mayores, comunidades religiosas, depósitos judiciales, por un total que en 1798 ascendía a la cantidad de 50.071.607 reales, y la Escuela de Veterinaria, por un valor que en 1799 pasaba de dos millones y medio de reales de vellón; entre los particulares, don Manuel Godoy, 2.500.000 reales; el marqués de Villadarias, 991.118 reales; don Francisco Navarro y Echevarría, fiscal de la Contaduría, 175.900 reales, y el general Dogle, 50.290 pesos; en 1825, los depósitos efectuados en la Caja de los Cinco Gremios excedían de 330.000.000 de reales<sup>226</sup>. No faltan, como ha podido verse, entre los depositantes personas —viudas, donce-

224. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol. 60.

225. M.<sup>a</sup> Encarnación RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII* cit., págs. 708, 711, 716 y 717.

226. CAPELLA Y MATILLA, *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid* cit., páginas 262 y 263.



llas, huérfanos, etc.— que por no dedicarse a ningún oficio, o por no saber invertir su capital por cuenta propia, necesitan para sustentarse de los intereses que dicho capital pueda producirles. En este orden de cosas, es significativo el parecer del doctor Navarro, recogido por J. Ramón: “infinitem esse numerum Christianorum honestorum, qui hoc arte vivunt, nam non solum mercatores, sed quam plurimi alii, etiam Ecclesiastici utuntur ea, deponendo, seu commendando suas pecunias campsoribus, vel mercatoribus”<sup>227</sup>.

La condición de depositante en un banco, en cuanto cliente del mismo, le permitía fácilmente obtener de éste un crédito en un momento determinado. “De un golpe de pluma —escribe Lapeyre— el banquero podía asegurar los pagos que no estaban cubiertos por una suma equivalente en numerario. En el siglo XVI no es dudoso que se practicasen con frecuencia los anticipos sobre cuenta corriente”<sup>228</sup>. En este sentido, Sarabia señalaba la existencia de ciertos depósitos sin interés, pero con la compensación de anticipos descubiertos a favor del depositante<sup>229</sup>.

Entre las operaciones que los depositantes realizaban por medio de los banqueros figura el pago de cantidades adeudadas a terceros. En algún caso, los banqueros, que reciben para ello poder suficiente, se encargan de demandar ciertas cantidades adeudadas a su cliente<sup>230</sup>. Sarabia entiende por libranza la orden dada al banquero para que efectúe un pago sobre la cantidad depositada, y Mercado, en su definición de los banqueros, nos hace ver que en ellos “libran sus deudas” los depositantes<sup>231</sup>. Diversos documentos prueban la frecuencia de esta operación mercantil: el 22 de mayo de 1539, Francisco de Zavala, en nombre del comendador Fernando Pizarro, cobra diferentes cantidades del Almojarifazgo de Sevilla, “e los yo en el dicho nombre de vos rresçebi en el banco de

227. J. RAMÓN, *Consilia et sententiae Senatus Regii Cathaloniae* cit., XXXX § 5, en vol. I, pág. 542.

228. LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XVI<sup>e</sup> siècle*, cit., página 288.

229. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fols. 62v<sup>o</sup>-63.

230. Documento de 27 de enero de 1539, en *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla, I, siglo XVI*, cit., n.º 1619, páginas 382 y 383.

231. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol., 165v<sup>o</sup>.



Christoval Françisquin e Diego Martínez banqueros publicos en esta dicha çibdad”, lo que presupone una libranza del Almojarifazgo de Sevilla sobre sus depósitos en dicho Banco<sup>232</sup>. Del mismo tipo es la carta de pago otorgada el 9 de abril de 1546 por el cosmógrafo Alonso de Santa Cruz, en la que declara haber recibido de Luis de Agora 25.000 maravedís, cantidad a la que ascendía el importe del último tercio de su sueldo, y que le fue librada en el Banco de Domingo de Licarraras<sup>233</sup>. A veces, los pagos, librados u ordenados por un cliente, no se hacían en metálico por los banqueros, que en este caso anotaban en sus libros, en favor del acreedor, una cuenta de depósito, por lo que Cuenca distingue entre un depósito verdadero, “quando realis numeratio intervenit”, y un depósito confesado “quando per solam confessionem depositarii elucet depositum”<sup>234</sup>. En otros casos a los que alude L. López, en 1592, el banquero efectúa el pago mediante el giro de una letra contra otro banco en el que posee depósitos de numerario: “sicut etiam dupliciter contigit huiusmodi camposores in suis cambiis aliquid soluere: uno modo ibi realiter numerando pecuniam: alio modo per schedulas remittendo solutionem ad alia Cambia, ut ibi solutio fiat”<sup>235</sup>.

Naturalmente, dadas estas operaciones, debió ser frecuente que los banqueros, entre ellos y en las relaciones con sus clientes, practicasen la compensación, en contra de la legislación común sobre el depósito. “Si mediaban en el trato —escriben Espejo y Paz— dos personas que tuviesen cuenta corriente en el mismo Banco, al pasar las partidas al libro de caja, el uno quedaba de acreedor del

232. *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla, II, siglo XVI* (1930), apéndice IX, págs. 477 y 478. Cfr. en este mismo volumen los documentos de 10 de octubre de 1542, apéndice XI, páginas 480-481, y 15 de octubre de 1543, apéndice XII, págs. 480-483.

233. *Catálogo de los Fondos Americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla, III, siglo XVI* (1932), apéndice X, págs. 416-417. Cfr. además en este mismo volumen, 4 de agosto de 1542, en apéndice VII, págs. 411-412, 23 de julio de 1545, apéndice IX, págs. 414-416, 4 de febrero de 1549, apéndice XIII, págs. 425 y 426, y 9 de marzo de 1549, en apéndice XIV, páginas 426 y 427.

234. CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., cláusula 6, fol. 23.

235. L. LÓPEZ, *Instructorium negotiantium* (Salamanca 1592), pág. 293.

otro deudor. Si las cuentas corrientes figuraban en bancos distintos, el cambista asentaba en sus libros el nombre de su parroquiano, y como todos los bancos llevaban cuenta entre sí, de dos en dos días se comunicaban las notas de sus respectivos créditos, que liquidaban al fin de los pagos abonándose las diferencias”<sup>236</sup>. Es posible que implique una compensación la operación que se realizó por Pedro de Retes Frías en el Banco de Aragón y Aguilar, en nombre de Hernando Gascón, tesorero de la Santa Cruzada en el obispado de Jaén, al librar en ese banco a la compañía de los Alfeati, tesoreros generales de la Bula de San Pedro, la cantidad de 150.000 maravedís; en el asiento de la partida se lee: “Pedro de Retes deve por Juan Bautista de Alfeati y compañía 150.000 de contado de reales, a pagar a 10 de hebrero de 1557”<sup>237</sup>. Sin embargo, cuando en las relaciones con los banqueros intervienen personas no comerciantes, el principio de la compensación plantea algunos problemas: es el caso del pleito, pendiente en 1591 (A. G. I., Escribanía de Cámara n.º 1010), entre el marqués de Villamanrique, deudor de 19.135.683 maravedís a la Banca de Diego de Alburquerque, y Juana Vélez, viuda de éste, en el que a raíz del depósito de 13.827.432 maravedís, el banquero los aplica a saldar parcialmente la deuda, mientras que la otra parte demanda escritura de depósito.

11. Los depósitos confiados a los banqueros o a los comerciantes banqueros eran normalmente fructíferos. Sarabia señala los siguientes tipos de depósitos: sin interés, pero con la compensación, favorable al depositante, de conseguir anticipos del depositario, y con interés, unas veces fijo, otras a discreción del banquero<sup>238</sup>. A los tipos anteriores hay que añadir los depósitos de feria a feria o créditos otorgados por los comerciantes banqueros a un interés variable según la situación del mercado<sup>239</sup>.

---

236. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., páginas 77 y 78; Cfr. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchandes d'Anvers I* (París 1960), pág. 120.

237. Cfr. BASAS, *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar, en 1557*, en *Revista de Derecho Mercantil* 32, n.º 82 (octubre-diciembre 1961), pág. 358 y nota 10.

238. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fols., 62vº-63.

La literatura teológico-jurídica se ocupa con profusión del estudio de estas prácticas mercantiles. Una serie de autores —Villalón, Sarabia, Mercado, Martín de Azpilcueta y L. López— nos hablan de la frecuencia de las mismas, y precisan, con respecto a los depósitos a interés fijo, un tanto por ciento que oscilaba entre el cinco y el siete<sup>240</sup>. El último autor citado expone así esta realidad: “consuetudo quae est in aliquibus partibus Galliarum et Hispaniarum non solum agendi gratias mercatoribus ibi deponentibus sua deposita pecuniarum in cambiis, sed rependendi eisdem mercatoribus sex, vel septem pro centum in anno, pro eo quod beneficio officiant ipsos campsores deponendo apud eos sua deposita, qui sic subministrant eisdem campsores pecunias, quibus interim negotiando, et cambiando lucrentur”<sup>241</sup>. En las tallas de los depósitos aceptados por el comerciante Simón Ruiz, entre los años 1586 y 1591, figura como interés el 6 %, y en algún caso el 7 %<sup>242</sup>.

En esencia, estos depósitos a interés fijo eran préstamos a interés y, por tanto, en cuanto logros, fueron tachados, por un gran número de autores, de contratos usuarios y prohibidos en conciencia. “Quanto al segundo punto —opina Mercado, y de forma similar Sarabia, Martín de Azpilcueta, Miguel de Palacios, Molina y Juan de Salas—, de pagar el banco al que pone el dinero, todos con-

239. Cfr. LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XVI<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 293. Sobre la práctica mercantil europea, Cfr. R. EHRENBERG, *Das Zeitalter der Fugger. Geldkapital und Creditverkehr im 16 Jahrhundert II* (Jena 1896), págs. 24 y ss., y R. DE ROOVER, *Anvers comme marché monétaire au XVI<sup>e</sup> siècle*, en *Revue belge de philologie et d'histoire* 31 (1953), páginas 1036-1037.

240. VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovación de usura... provechoso para conocer los tratantes en que peccan y necesario para los confesores sabellos juzgar* (ed. de Valladolid de 1945, reproducción fotográfica de la de 1542), fol. 21 2.<sup>o</sup>; SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fols. 62v<sup>o</sup>-63; MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 225v<sup>o</sup>; MARTÍN DE AZPILCUETA, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium* (Lion 1575), n.<sup>o</sup> 283, vers. H, págs. 245 y 246; L. LÓPEZ, *Tractatus de contractibus et negotiationibus* (Salamanca 1592), página 293.

241. La referencia en la nota precedente.

242. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz. Contribution à l'étude du commerce entre la France et l'Espagne au temps de Philippe II* (Paris 1955), pág. 150.



cuerdan que es logro del que lo recibe. Porque es pagar lo que no meresce paga, antes al reues le auia de satisfazer al banco, la guarda de su moneda. Si dizen que se aprouecha, y les es mucha ganancia, porque cambia. Nada de esto le da derecho a el, para lleuarle cosa. Industria e ingenio es del banquero, y en cosa tan euidente no es menester traer muchas razones, que es citar testigos en negocios notorios y claro”<sup>243</sup>.

La tasa de los depósitos de feria a feria era, según Vázquez de Prada, del 2 a 3 % para cada vencimiento, un 8 a 12 % al año, excepcionalmente un 5 %, en función del estado del mercado<sup>244</sup>. Se trataban de justificar insertándolos en los contratos de cambio, en los que al menos las apariencias eran salvadas mediante el recurso de la *dictancia loci*, por lo que las ferias o cambian de lugar como las de Besanzón, o se celebran sucesivamente en distintos lugares. Villalón, Medina del Campo, Medina de Rioseco y de nuevo en Medina del Campo<sup>245</sup>. Pero los autores condenan también este género de cambio: “Ay otra manera de cambiar la qual usan mas algunos de los cambiadores de aca que no los mercaderes extrangeros. Y es que prestan cient ducados esta feria de mayo para que en la de agosto los bueluan ciento y 4 o ciento y cinco o mas o menos segun ay mas o menos en la feria y se conciertan por medio de los corredores y por si mesmos. Todo esto es usura caudal —concluye Cristóbal de Villalón— pues lleuan interesse por el tiempo y por los dineros”<sup>246</sup>. En 1552, se prohíben en Castilla los cambios interiores que no fuesen a la par, ya que el interés en

243. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 227r; SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol. 31; Martín de AZPILCUETA, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium* cit., cap. XVII, n.º 283, vers. H, páginas 245 y 246; Miguel de PALACIOS, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus* (Salamanca 1585), libro 5, cap. 4, de *deposito*, págs. 422 a y b; MOLINA, *De justitia et jure* II (Amberes 1615), pág. 302, n.º 5; Juan de SALAS, *Tractatus de cambiis* (Lión 1617), dubium XX, pág. 599.

244. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchandes d'Anvers* I cit., pág. 135. Vid. las tablas de la situación de los cambios en págs. 267-325.

245. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchandes d'Anvers* I cit., pág. 117, nota 52; LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruis* cit., págs. 313 y 314, y *La banque, les changes et le crédit au XVIº siècle* cit., pág. 293.

246. Cristóbal de VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes* cit., cap. XVIII, fol. 28vº.

estos casos era considerado, moral y jurídicamente, como usura, y por ello la violación de la referida pragmática de 6 de octubre, supone la aplicación de las leyes existentes sobre este delito, “so pena que si contra lo suso dicho algunos dineros se dieren á cambio, y por ello llevaren interese, así en dineros como en otra qualquiera cosa, publica o secretamente, sean perdidos, y se pidan y demanden como cosa dada á usura y logro á los que los dieren; y cayan é incurran en las penas, contenidas en las leyes de nuestros Reynos, en que incurren los que dan dineros á logro, y se proceda, castigue y determine conforme á ellos”<sup>247</sup>. Sin embargo, en 1576, el depósito de feria a feria se utiliza, como procedimiento para el pago diferido de ciertas mercancías: “Y que el coste desto —escribe Antonio Gómez a Andrés Ruiz en una carta fechada en Lisboa el 12 de octubre de ese año— se tome parte a deposito por huna feria solamente y la resta para pagos de octubre de Castilla y para Medina o Madrid a pagar en reales a la vista sobre dicho señor Simon Ruiz. Y el trigo enpece devenir con toda brevedad posible...”<sup>248</sup>.

Con frecuencia, ni siquiera el requisito de la *distantia loci* se cumplía. En 1547, Sarabia escribe sobre el problema: “Hácense así: el mercader que tiene necesidad de cien ducados pídelos al cambiador el cual se lo da con el interés que se concertan, y para disimular su maldad háceles letras para Flandes o para Sevilla, adonde el mercader no tiene dineros ni responsión, y agora se lleven las letras a Flandes o a Sevilla o no, agora se hagan las letras o no, el mercader ha de pagar al cambio en su casa lo que se concertaron, o como pagan los cambios reales que van para Flandes o para Sevilla”<sup>249</sup>. Se trataba de un préstamo sobre la misma plaza, utilizado, a juicio de Lapeyre, por los Bonvisi, banqueros luqueses, en Lión en 1571<sup>250</sup>. La carta de Luis Álvarez Caldeira a Simón

247. *Nueva Recopilación* 5, 18, 8 [= *Novísima Recopilación* 9, 3, 3]. Prohibición de dar a cambio por intereses de feria a feria y de un lugar a otro de estos reinos. D. Carlos y D. Felipe en Madrid, por pragmática de 6 de octubre de 1552.

248. DA SILVA, *Lettres de Lisbonne (1563-1578)* II (París 1959), página 210, n.º 179.

249. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fols. 57vº y 58.

250. LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XVI<sup>e</sup> siècle* cit.,

Ruiz, prueba que en Amberes, en 1577, se concertaban operaciones similares: "Negozios son que verdaderamente se hazen en esta Bolsa entre todo género de mercaderes, porque sucede cambiar para una feria de Italia y después acordar con el tomador a pagar a la retorna con un tanto por 100"<sup>251</sup>.

La realidad descrita y el punto de vista que sobre ello sostenían gran número de teólogos-juristas, explican la prohibición moral de los depósitos de Pío V el 7 de febrero de 1671, que se recoge en la obra *Instructorium negotiantium* de Luis López. Los depósitos se condenan en atención al lucro que producen en favor de los depositantes: "Cui malo simile etiam illud est, cum pecuniae, sive depositi, sibi alio nomine ficti cambii traduntur, ut postea eodem in loco, vel alibi cum lucro restituantur"<sup>252</sup>. No es posible precisar el grado de observancia de la disposición pontificia. En la conducta de los mercaderes se aprecian posturas distintas, favorables unas veces a la prohibición, opuestas a ella en ocasiones. Con anterioridad a la prohibición oficial de los depósitos, Simón Ruiz, en una carta de 30 de junio de 1569 a Antonio de Quintanadueñas, en la que declara que en esta materia los genoveses tienen una conciencia singularmente amplia, se manifiesta opuesto a los depósitos: "... aunque si nos atrebiesemos a la conziencia como ellos bien lo sabriamos hazer y tan bien como ellos"<sup>253</sup>. La misma conducta se advierte en otras cartas recibidas o enviadas por este personaje. En la de Luis Alvarez Caldeira a Simón Ruiz, en Amberes a 18 de octubre de 1577: "... Veo lo que V. M. dize sobre lo negoçiado para 21 de agosto con 1 3/4 por 100 y que de ninguna manera lo negoçiado por esta forma lo tiene por lisito..."<sup>254</sup>; con mayor claridad en la de Simón Ruiz a los Balbani, en Valladolid a 12 de febrero de 1583: "... porque yo tengo por muy escrupuloso

---

pág. 293, y *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 135 y nota 139.

251. Amberes, 18 de octubre de 1577, en VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers* II cit., pág. 265.

252. L. LÓPEZ, *Instructorium negotiantium* cit., pág. 284. Cfr. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz*, cit., pág. 135, y VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers* I cit., pág. 117, nota 52.

253. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz*, pág. 135 y nota 138.

254. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers* II cit., pág. 265.



esto del deposito y nunca acostumbro a llevarlo, y así, abiendo V. S. M. S. dado a tercera personas, yo no quiero tal provecho..."<sup>255</sup>. Si como acabamos de ver, Simón Ruiz renuncia a lucrarse de los depósitos por él otorgados, cuando actúa como depositario, se compromete al pago de intereses, como se comprueba a la vista de los que acepta entre los años 1586 y 1591<sup>256</sup>, y en una carta de Manuel Gómez a Simón Ruiz, en Lisboa a 6 de noviembre de 1576: "... Entiendo empeçamos a pagar depositos por dicha cuenta, que cierto me aze mucho danho, que no los quiziera pagar nunca, sino que luego se me tomase la parte que me a mi tocase, mas como se a governado por mano de v. m., todo estará en su lugar..."<sup>257</sup>.

En la legislación castellana influye la pontificia, y en 1603, la pragmática de Aranjuez de Felipe III prohíbe que se perciba interés alguno del dinero depositado, prestado o dado a mercaderes para cambiar, tratar y contratar<sup>258</sup>. "Y otrosí, se dispone en la pragmática, que ninguna persona pueda llevar interese alguno de dinero que pusiere en depósito en depositarios, o mercaderes o hombres de negocios, o de otra cualquier manera los prestase, aunque sea con color de daño emergente o lucro cesante, o otro de qualquier color o causa que no sea en los casos permitidos por Derecho." ¿Cuáles eran éstos, cabe preguntarse? La misma pragmática menciona una posibilidad: "sino es a pérdida y a ganancia". Se trata, pues, de un depósito en el que intervienen elementos propios del contrato de compañía, ya previsto por Cristóbal de Villalón: "Pero acontece que yo tengo mill ducados en mi arca porque no se tratar en officio ni granjearlos estanse alli e voyme con ellos a un mercader o cambiador digo que me los empleee en su contratacion en la qual él por ser rico y poderoso y de mucho crédito trata con veynte, o treynta mill, y digole que se los doy a compañía de pérdida o ganancia, y que si al cabo del año hallare que gana me de a respecto

---

255. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers* I, cit., págs. 16 y 17, nota 17; Cfr. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., página 135.

256. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 150.

357. DA SILVA, *Littres de Lisbonne (1563-1528)* II, cit., pág. 232, n.º 191.

258. *Nueva Recopilación* 5, 18, 15 [= *Novísima Recopilación* 10, 1, 21].

de lo que gano, y si perdiere me lo saque del principal.” Pero estos contratos, a juicio del autor, mostraban gran vecindad con la usura, y cumplían la función económica de los préstamos: “y al cabo del año dame cient ducados sin llegar conmigo a cuentas, ni sin saber si gano ni si perdía, y desta manera se le introduce una costumbre que por diez y veinte años me lo da ansi en la mesma cantidad. Ay otros que cuando dan sus dineros al mercader tassan una cantidad de moneda hasta la cual dizen quieren perder o ganar. Dizen ansi: yo que no quiero de vos cuentas si ganays o perdeys pero quiero que si halladeres que ganays en el año me deys siete ducados por ciento y si en vuestra conciencia hallaredes que perdeys me saqueys de cada ciento siete ducados del principal.” El autor aconseja que no se celebren estos contratos, y explica la razón de ello: “porque es dificultoso saber quando cabe llevar el interesse de la ganancia y quando no, y tambien porque siempre pones tus dineros en compañía de mercaderes donde tienes segura la ganancia y casi nunca sospechas la pérdida”<sup>259</sup>.

Azor, en sus *Institutionum moralium*, se pregunta: “quid dicendum sit de viduis, aliisque hominibus, qui suas pecunias apud nummularium deponunt in negotiationem, ut lucrum in singulis nundinis nummularius ipse det? Los caudales pueden ser depositados a cambio, y en este caso el contrato no es lícito, o por la vía de la *negotiorum gestio* o de la sociedad, cuya licitud afirma<sup>260</sup>. La sentencia dictada por el Senado de Cataluña el 11 de enero de 1619 prueba la aplicación de los anteriores puntos de vista. En ella se condena a Jacinto Salvador y a la viuda de Juan Francisco Pexo, herederos respectivamente de Pedro Salvador y de Juan Francisco Pexo, que habían recibido de José Ramón “sub pura commanda” la cantidad de dos mil cien libras de la moneda de Barcelona para negociarlos en ferias o en la forma que los banqueros acostumbran, al pago y restitución de mil setecientas quince libras de la misma moneda, “remanentes ex capitali, et lucris dictarum duarum mille, et centum librarum per dictum Ramon praedictis Salvador, et Pexo in commandam traditarum, et debitarum usque ad mensem Janna-

259. Cristóbal de VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes* cit., cap. 22, fols. 30vº y 31vº.

260. Ed. de León, 1613, parte III, libro 10, *De cambiis*, cap. 11, pág. 709.



rii 1611. inclusiue, et ad reddendum computum, et rationem lucri, si quod processit a dicto anno 1615. usque ad probationem praesentis sententiae liquidatione reseruata”<sup>261</sup>. El depósito con obligación de negociar el dinero y restituir el capital con sus posibles lucros es considerado lícito, como se ha podido apreciar.

Desde el siglo XIV se observa una clara tendencia a justificar los intereses de los depósitos a tasa fija. R. de Roover opina, basándose en el estatuto florentino de 1312, que no existe usura cuando el interés se asienta en los libros del deudor por voluntad de éste<sup>262</sup>. Dicha práctica tal vez pueda relacionarse con ciertas fórmulas que se emplean en los libros de cuentas de Cosme Ruiz y Lope de Arziniega: “y de nuestra voluntad lo damos a razón del 7 por ciento”<sup>263</sup>. En 1543, Luis de Alcalá señala “treze casos en que licitamente se lleua demasia”<sup>264</sup>. Como en las fuentes de la época anterior, los intereses se consideran legítimos si el depositario incurrió en mora, y en el siglo XVII R. de Turri, alude a la solución romana para justificarlos: “depositarius ad usuras rei depositae tenerentur, non solum post moram, tradente eodem Papiniano... sed etiam quando ex condicto, et pacto deponentis, seu depositarii promissione, debentur usure quod actione depositi peti possunt etiam usurae praedictae, si depositum praecessit si credendum est Paulo...”<sup>265</sup>.

Es frecuente, de otra parte, que se recurra a otros contratos para explicar y justificar este género de depósitos. En 1583, con posterioridad a la decretal de Pío V, Fray Francisco García señala.

---

261. J. RAMÓN, *Consilia et sententiae Senatus Regii Cathaloniae* cit., XXX, en vol. I, págs. 541 ss.

262. R. DE ROOVER, *The Medici Bank, its organisation, managment, operations and decline* (New-York-Londres 1948), pág. 57.

263. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 149.

264. Luis de ALCALÁ, *Tratado en que a la clara se ponen y determinan las materias de los préstamos que se usan entre los que tractan y negocian, y de los logros y compras adelantadas, ventas al fiado* (Toledo 1543), fols. 6rº y vº.

265. R. DE TURRI, *Tractatus de cambiis* cit., fol. 266 a. Sobre mora, también PEGUERA, *Decisiones auae, in actu practico frequentes, ex variis Sacri Regii Concilii Cathaloniae conclusionibus collecta, cum additionibus in quinquaginta priores quae antea sine eis aditae fuerunt* I (Barcelona 1605), capítulo 38, n.º 6.



entre las posibles formas de concertar un depósito, aquella en la cual la cosa "se deposita para que se guarde, dando facultad al que la ha de guardar, que se aproueche del uso della, la qual facultad se le da, no graciosamente, si no por algun interes o precio que por ella promete", y la incluye entre los contratos de alquiler. "porque es lo mismo que dar la cosa que se deposita alquilada al que la recibe, tomando interese y precio, por el prouecho que el otro ha de recibir del uso della" <sup>266</sup>. En el siglo XVII, Luis de Caspe aplica el contrato trino para conseguir la legitimación de los depósitos. El autor se formula la cuestión de la siguiente forma: "an posset quis dare alicui mercatori magnam summam pecuniarum, cum pacto ut pro tali pecunia accipiat ab ipso mercatore in fine anni, v. g. quinque vel sex pro centenario", y concluye declarándose partidario de su licitud. El contrato trino comprende a su vez tres contratos distintos: el de sociedad, por el cual una de las partes aporta el capital y la otra su trabajo e industria; el de aseguración del capital y el de venta de un lucro mayor, pero incierto, por una ganancia cierta, pero moderada. No cabe dudar de la licitud de cada uno de estos contratos cuando se celebran con diversas personas, y tampoco cuando junta o sucesivamente lo son con una misma persona. En consecuencia, es posible, según la opinión de Lesio, que estos tres contratos se concentren en un innominado "do et facio, ut des et facias", ya que como precisa Escriche, "ni la identidad ni la diversidad de las personas destruye o varía la substancia o razón de cada contrato ni muda o altera los precios de las cosas" <sup>267</sup>. En contra de la justicia del contrato trino se esgrimía la bula *Detestabilis avaritia* de Sixto V en 1586, que al parecer condenaba el contrato por tratarse, al celebrarse con una misma persona, de un caso de usura paliada. Ello promovió consultas a la Santa Sede, que aclaró el contenido de la bula al indicar

266. FRANCISCO GARCÍA, *Del tratado utilísimo y muy general de todos los contratos, quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer* (Valencia 1583), parte 1.<sup>a</sup>, cap. II, págs. 23 y 24.

267. LUIS DE CASPE, *Cursus theologicus* (Lión 1641-43) tomo II, *tractatus* 29, *disp.* 6, *sect.* 10, págs. 299b y ss. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid 1874-1876), III, s. v. "interés", página 387; Cfr. Bartolomé de ESPEJO, que no he podido consultar, *Tractatus de usura personata in contractu trino* (Málaga 1698).

que la prohibición recaía exclusivamente sobre el contrato de sociedad en aquellos pactos que la podían condicionar de manera ilícita. No era este el supuesto del contrato trino, en el que el pacto de aseguración del capital proviene de un contrato diferente al de la sociedad. Benedicto XIV zanjó la cuestión al declarar que la Santa Sede no condenaba de usurario el contrato trino<sup>268</sup>. En resumen, Luis de Caspe exige, para la licitud y justicia de la cuestión formulada, los siguientes requisitos: primero, que se celebren los tres contratos expuestos; segundo, que dichos contratos se celebren con mercaderes; tercero, que los mercaderes precisen de los caudales para el ejercicio de su cambio y negocio; y cuarto, que las ganancias se dividan, y se conceda al mercader una cantidad por la aseguración del capital y del lucro cierto.

La práctica mercantil española de los siglos XVII y XVIII nos muestra la frecuencia de los depósitos lucrativos. En 1626, en Aragón —se refieren al hecho Luis de Caspe y Asso— se consideraba conveniente dicha práctica y se fija el interés en un 8 % al año, para evitar de ese modo la usura, los cambios secos y malos tratos, impedir el desarrollo de los censales, y conseguir que los eclesiásticos, viudas y ciudadanos, ajenos al comercio, invirtiesen sus capitales<sup>269</sup>. El parecer de los mercantilistas es claro en este aspecto. Savary nos dice que la voz depósito “signifie, donner ou prendre à intérêt”<sup>270</sup>, mientras que algunos autores españoles, es el caso de Domínguez, fieles al sistema legislado —recuérdese la pragmática castellana de 1608— opinan “que aunque el banco o depositario, trate con el dinero que en él se depositó, y los convierta en sus propios usos, y gane en ello, no puede el que lo depositó llevar interese alguno, porque se le transfirió el dominio, y sólo queda obligado a dar otra cantidad”<sup>271</sup>. A pesar de la vigencia de

---

268. Cfr. Luis de CASPE Y ESCRICHE en la nota anterior. La condenación del pacto aislado del seguro del capital, también en PEGUERA, *Decisiones aerae* I cit., cap. 32, n.º 18.

269. Luis de CASPE, *Cursus theologicus* cit., fol. 300b; ASSO, *Historia de la Economía Política de Aragón* (Zaragoza 1798), pág. 236.

270. SAVARY, *Dictionnaire universel de Commerce* (ed. de Amsterdam 1726-1732), su voz “dépôt”.

271. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Philipica* (Madrid 1736-1739), tomo 2.º, libro 2.º, cap. II, n.º 23, pág. 208.



esta disposición, desde 1734, según Capella y Matilla, los Cinco Gremios Mayores de Madrid aceptan depósitos con los que amplían sus negocios, a un tipo de interés que oscilaba entre 2,5 y el 3,75 por 100, aunque en algún caso concreto ascendió al 8%. La legitimidad moral de estos contratos de depósito que los Cinco Gremios Mayores suscribían fue puesta en duda por Fray Antonio Garcés, lo cual provocó que muchas personas se inhibiesen de entregar sus caudales. Iniciada la disputa, los Cinco Gremios recabaron el parecer de personas doctas, que concluyeron unánimemente afirmando la justicia de tales contratos, y con esta base solicitaron la declaración del monarca<sup>272</sup>. El 10 de julio de 1764, Carlos III, debidamente asesorado, declaró legítimos dichos contratos, fijando el interés en un 3 por ciento, lo que supuso la derogación de la pragmática de Felipe III<sup>273</sup>.

12. Ocupémonos ahora de los beneficios que los banqueros obtenían de los depósitos a ellos confiados. Lógicamente, los beneficios más cuantiosos procedían de la inversión de los caudales de-

---

272. CAPELLA y MATILLA, *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid* cit., páginas 261 y 263.

273. *Novísima Recopilación* 10,1,23. Se estimen legítimos los contratos, en que los Cinco Gremios Mayores de Madrid toman dinero de particulares con el interés de 3 por 100. Carlos III, por resolución a consulta, y cédula del Consejo de 10 de julio de 1764. "Por los diputados de los Cinco Gremios Mayores de Madrid se me representó, que acostumbraban recibir en la caja común de la Diputación destinada para el giro de sus comercios algunos caudales de diferentes personas de todas clases, particularmente de viudas, pupilos y otros que, destituidos de propia industria, lograban por este medio valerse de la de los Gremios, obligándose éstos a volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y a satisfacer en el ínterin el interés de un 3 o un 2,5 por 100: que en esta posesión y buena fe habían estado muchos años, así los Gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de mis Tribunales, en las cosas que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introduxo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuve a bien mandar formar una Junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecen mi Real satisfacción, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos y los hiciesen examinar por hombres doctos, y habiéndose executado, conformándome con el dictamen uniforme de tantos hombres de identidad y sana doctrina, he venido en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en mis tribunales."



positados. Otros, del cambio manual<sup>274</sup>. Junto a ellos se admite como posible la compensación, el estipendio o salario del banquero en remuneración del trabajo efectuado en favor de los depositantes. ¿En qué consistía este trabajo? Mercado, en varios lugares de su *Suma*, nos suministra la respuesta: “los quales (los depositantes) puesta allí la moneda, van librando y sacando, y los otros (los banqueros) como pagan, van haziendo su cargo y descargo”, “los quales (los depositantes) acabada la feria les pagan cauallerosamente su trabajo (que no se puede negar, ser muy grande, del pasar partidas, ajustar cuentas)”, “porque es un estipendio y paga del trabajo, y costas que en su seruicio ha hecho, en escriuir, contar, encaxar, desembolsar dineros”<sup>275</sup>. La licitud de esta remuneración es admitida por los autores. En este aspecto las opiniones de Mercado, Martín de Azpilcueta, Luis López, Molina, Salas, Scaccia, y Caspe, coinciden<sup>276</sup>. Algunos de ellos la justifican como obligación que encuentra su fundamento en el derecho civil<sup>277</sup>; otros, en cuanto presupone un contrato de arrendamiento de servicios entre el banquero y los depositantes, que no anula la relación de depósito, no obstante la gratuidad que en este se requiere<sup>278</sup>. Luis de Caspe y Juan de Salas consideran exigible el estipendio del banquero incluso cuando no ha sido estipulado, si la costumbre lo autoriza<sup>279</sup>. La realidad nos muestra que los banqueros cobraban un

---

274. Cfr. sobre este aspecto PAZ y ESPEJO, *Las antiguas ferias de Medina del Campo*, pág. 82, y H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 262. Sobre el cambio manual vid. *Nueva Recopilación* 5,18,4 y 5.

275. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 170rº, 170vº y 224rº.

276. Para Mercado, la cita anterior; MOLINA, *De justitia et jure* cit., t. II, pág. 302, n.º 6 y 10; las referencias a los otros autores aludidos en el texto, en las notas siguientes.

277. Luis LÓPEZ, *Instructorium negotiantium* cit., pág. 290.

278. SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio* (Colonia 1620) § 1, *quaestio VII, pars II, ampliatio 3*, fol., 159b; MARTÍN DE AZPILCUETA, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium* cit., cap. XVII, número 283, vers. H, págs. 245 y 246. Cfr. ULLASTRES, *Martín de Azpilcueta y su comentario resolutorio de cambios. Las ideas económicas de un moralista español del siglo XVI*, en *Anales de Economía* vol. I, 1941, n.º 3-4, páginas 402 y 403.

279. Luis de CASPE, *Cursus theologicus* cit., vol. II, *tractatus 19, disp. 6, sect. 8*, fol. 297a; Juan de SALAS, *Commentarii in secundam secundae D. Tho-*

salario —es el caso de un mercader que opera en el Banco burgalés de Bernardino de Aragón, en 1532, al que paga “por la pena de tener la quenta”<sup>280</sup>—, aunque no debieran faltar casos en los que renunciaban al mismo; al menos esta es la opinión de Mercado: “los de esta ciudad —se refiere a Sevilla— cierto son realissimos y ahidalgados, que ningun salario piden ni lleuan”, el cual nos informa al mismo tiempo de la cuantía que normalmente perciben los banqueros por este concepto, concluidas las ferias: “lo comun es valerles estos salarios a cada banquero, mil y quinientos ducados, o dos mil”<sup>281</sup>.

Un negocio distinto era el descuento en los pagos al contado —normalmente el seis al millar de los así efectuados—, y del que con frecuencia se beneficiaban los banqueros<sup>282</sup>. Se trataba ciertamente de una operación enrevesada, a propósito de la cual, y no sin razón, Mercado escribe: “Ay otro mas comun, que es seys al millar, el negozio mas oscuro de entender y difficil de aueriguar, que he visto en mis dias... Pareceme, que podria yo tratando de cambios dezir destos seys lo que dize San Agustín, escriuiendo philosophalmente del tiempo... No ay en el mundo quien ignore, que ay tiempo, mas muy pocos ay que sepan donde está y que sea tiempo”<sup>283</sup>. Para entenderlo conviene partir de la forma de ordenar los pagos, principalmente en las ferias, en íntima conexión con el título que autoriza a transmitir esas órdenes a los banqueros. A su vez conviene tener presente que según Sarabia de la Calle, “los mercaderes que de sus tierras vienen a comprar a las ferias, la primera cosa que hacen es poner sus dineros en poder destos logreros públicos”<sup>284</sup>. En opinión de

---

*mae de contractibus sive tractatus quinque. Tractatus de cambiis* (Lión 1617), *dubium* 20, págs. 598 y 599.

280. Cfr. BASAS, *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar, en 1557* cit., página 355. La misma expresión en las cuentas de Simón Ruiz, cfr. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 263.

281. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 223vº y 170rº y vº, respectivamente.

282. Cfr. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., página 78; H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 262 y VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers I*, cit., pág. 120.

283. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fols. 224rº y vº.

284. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol. 59.

Martín de Azpilcueta, el depósito en banco podía verificarse en dinero al contado o mediante la entrega de un libramiento o letra, que aceptada y asentada en el banco convierte al portador en acreedor del banco por la cantidad en ella consignada<sup>285</sup>. De forma semejante, los pagos, de los cuales son intermediarios los banqueros, se efectúan al contado —las órdenes especifican “en reales”—, o en banco, mediante libranza. Cuando esto ocurre, y el acreedor quiere el pago de la cantidad en dinero contante, procede el descuento del seis al millar, sea cual sea el origen de la deuda: “porque después que el mercader ha comprado sus mercaderías libra la cantidad en el logrero; y yéndola a recibir el que vendió, porque la saca al contado, llévale el logrero lo que quiere por cada millar”<sup>286</sup>, “item, si los que traen los libramientos, quieren luego ser pagados, le pagan su moneda, con tanta perdida, como si se lo dieran a cambio”<sup>287</sup>. De aquí las relaciones entre depósito y cambio, cuando los pagos se exigían al contado durante las ferias, ya que al ser escaso el dinero, y los cambios altos, los pagos al contado seguían las oscilaciones de los cambios, que no coincidían con el seis al millar. Por ello Sarabia de la Calle escribe: “Yo tengo información de personas dignas de fe, que en la feria de mayo de Medina del Campo deste año de mil y quinientos y cuarenta y dos llevaban a treinta maravedis por millar, y en la feria de agosto de Medina de Rioseco del mismo año llevaban a veinticinco maravedis por millar”<sup>288</sup>, y explica que las de Medina del Campo sean “una fragua de cédulas, que quasi no se vee blanca, sino todo letras”, y que estas se libren y asiente en banco, y no se exija su conversión en dinero al contado<sup>289</sup>. El seis al millar y el interés de los cambios no siempre beneficiaban a los banqueros, sino a todos los que gozando crédito en banco dispusiesen de él por libranza y no al contado durante las ferias: “Item estos seys al millar, no son siempre para

---

285. Martín de AZPILCUETA, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium* cit., cap. XVII, n.º 283, vers. H, págs. 245 y 247. En un sentido parecido MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., 224vº.

286. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol. 59.

287. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fols. 224vº y 225rº.

288. SARABIA, *Instrucción de mercaderes* cit., fol. 59.

289. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fols. 169º y 170rº.



el banquero, sino muchas vezes para quien lleva la letra, y de todo lo hazen acreedor, que ninguna cosa trabaja”, “Item los mesmos seys da el banquero a quien en el pone su moneda”, y en general “acabada la feria de todo lo que no se sacó en dinero, le da interés”<sup>290</sup>. En un sentido similar se expresa Cristóbal de Villalón: “Que si yo tengo quinze o veynte días antes de pagamientos mill ducados en oro y los quiero dar a un cambiador o a otro que los aya menester me dara (demas de la diferencia que ay de contado a librança) mill y cinco o mill y seys mas o menos segun ay mucho dinero o poco en la feria...”<sup>291</sup>.

El Derecho castellano adoptó ante esta práctica una postura oscilante. Permitida en 1491, fue prohibida por la pragmática de 17 de enero de 1553, que llevaba las siguiente rúbrica: “Que los cambiadores no puedan llavar cinco maravedis al millar por pagar en buena moneda, ni otra cosa alguna, ni los que dellos ouieren de rescebir pagas, sean obligados a rescebir doblas quebradas”<sup>292</sup>, aunque a juicio de Mercado y Báñez la prohibición no surtió los efectos apetecidos<sup>293</sup>. Nuevamente, en 1578, se autorizó el descuento del cinco al millar en los pagos al contado, tanto en el supuesto de que las ferias hubiesen concluido, como corriendo éstas, si bien en este caso los pagos al contado sólo podían exigirse transcurridos veinte días de la inscripción de las partidas en lo libros de los banqueros; en ambos supuestos el descuento se justifica “por razon de la diferencia de la libranza”, a reales de contado<sup>294</sup>.

La opinión de los teólogos-juristas no deja de ser vacilante por lo que respecta al descuento en los pagos al contado. Villa-

---

290. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fols. 225rº, 225vº y 224vº, respectivamente.

291. VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes* cit., fols. 21vº y 22rº.

292. *Nueva Recopilación* 5,18,5.

293. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 225vº y BÁÑEZ, *De justitia et jure decisiones* (Salamanca 1594), pág. 648.

294. *Nueva Recopilación* 9, 20, 9. Que trata de las ferias y pagos de ellas, D. Felipe II en El Pardo a 5 de agosto de 1578. Cfr. HEVIA BOLAÑOS, *Laberinto de comercio terrestre y naval* cit., libro I, cap. 2º, n.º 31, páginas 24 y 25.

lón considera estas prácticas mercantiles muy dudosas<sup>295</sup>. Mercado consiente el descuento en favor del banquero cuando éste asume el papel de deudor por el ordenante, que carece de fondos efectivos en el banco, y que dispone con cargo al buen fin de la letra asentada en el banco: “que si aceptada la letra en cambio, sacare alguna cantidad de dineros, de el mesmo interesse de seys al millar al banco, segun la cantidad que sacare, pues desembolsa en reales, no siendo obligado a ello por entonces”<sup>296</sup>. Puede ocurrir que el descuento repercuta sobre el acreedor del deudor, que ordena al banco el pago de la deuda, pero de igual forma que en el supuesto anterior solamente es lícito cuando el ordenante no posee fondos precisos en el banco. Es el caso previsto en el *Tractatus* de Scaccia: “quando depositarius, seu, ut, loquimur, Banchum, cui tuus debitor mandati ut soluat tibi scut. 1000. non habet illa in deposito a tuo debitore mandante, ideoque non tenetur illa soluere de *contanti*, sed vult ea solvere, quasi debitor delegatus, hocque nomine vult te referre inter creditores ipsius Banchi, et tecum etiam compensare, si tu ibidem esse debitor Banchi: vel vult per chirographum remittere te ad alium, qui soluat in fine nundinarum, vel alio certo tempore, et per eiusmodi chirographariam solutionem integram summam tibi soluit..., sed tu rogas Banchum, ut soluat tibi *de contati*, et sibi ex illis mille, quae solvet, retineat quinque, vel sex: et isto casu firmarem opinionem, quod Banchum possit tuta conscientia retinere...”<sup>297</sup>. Mercado autoriza el interés del seis al millar en favor de los acreedores, cuando éstos aceptan el pago en banco, ya que renuncian al pago al contado<sup>298</sup>. Las más de las veces precisarían el dinero al contado, lo que repercutía sensiblemente en los precios para conseguir la compensación precisa: “y entendiendo que para sacarlos del banco han de pagar sus seys al millar, y aunque han de esperar hasta el fin de la feria, tienen cuidado de recompensar

---

295. Cristóbal de VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercederes* cit., fol. 20v°.

296. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 226v°.

297. SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio* cit., § 1, *quaestio VII, pars 2, ampliatio 3*, pág. 160b.

298. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 226v°.

todo esto en los precios”<sup>299</sup>, lo que, a juicio de Scaccia, autoriza el descuento, que en este caso cumple la finalidad de retribuir los servicios del banquero que custodia los caudales del depositante<sup>300</sup>. Finalmente, en los pagos al contado según las oscilaciones de los cambios se ve, no sólo un supuesto de usura paliada o descubierta, sino un patentísimo hurto, según el parecer del autor de la *Suma de tratos*<sup>301</sup>.

13. Los depósitos bancarios estaban a disposición de los clientes del banco, que podían retirarlos a su voluntad, total o parcialmente. En el siglo XIV, Fray Jaime de Cessulis llama la atención de los cambiadores para que cumplan con la obligación de restituir los depósitos<sup>302</sup>, y en el siglo XVII, enfocando el problema jurídicamente, Cuenca señala como fin del contrato de depósito la restitución del mismo, que incluso puede ser exigida por el procurador del depositante<sup>303</sup>. El procedimiento para la devolución de los depósitos aparece descrito en un capítulo de Corte, de las celebradas en 1564 en Barcelona: “que los qui levaran diners de ditas Taulas, façan Albara de lur ma al peu de la partida en lo manual, de la quantitat que levat hauran, e los qui no sabran scriure, façan aquell per ma de tercera persona, lo cual faça plena fe en juy, y fora juy...verificada que sie la letra”<sup>304</sup>. La presentación del depositante podía eludirse mediante órdenes de pago firmadas por él, a las que parecen referirse algunas operaciones bancarias. Utilizando terminología moderna equivaldrían al cheque, existente desde fines del siglo XIV, según las últimas investigaciones de F. Melis en los Archivos Datini de Prato<sup>305</sup>.

299. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 224v°.

300. SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio* cit., § 1, *quaestio* VII, *pars* 2, *ampliatio* 3, pág. 161b.

301. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 227r°.

302. Cit. por A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., pág. 146.

303. CUENCA, *Ad commandae sive depositi instrumentum scholium* cit., cláusula 13, fol. 37 y cláusula 14, fol. 37 y additio.

304. *Constitutions de Cathalunya* 4,35,5, Felipe [II], cap. XI (en vol. I de *Constitutions y altres Drets de Cathalunya* cit., pág. 351).

305. USHER y ROOVER conceden al cheque una importancia relativa, aunque no niegan su existencia, Cfr. H. LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XVI° siècle* cit., págs. 287 y 288.



Los ordenamientos jurídicos desde el siglo XIII tienden a garantizar el derecho de los depositantes a la devolución del depósito. En Cataluña, concretamente, los reyes renuncian explícitamente a conceder moratoria alguna a los cambiadores para que puedan diferir el cumplimiento de sus pagos, figurando entre ellos el de los depósitos<sup>306</sup>; renuncia violada en 1301 por Jaime II en favor de Berenguer de Finestras, Bartolomé Sendra y Pedro Santpere<sup>307</sup>. En el mismo año, los bienes de los cambiadores se consideran tácitamente hipotecados para garantía de sus acreedores<sup>308</sup>. En Castilla, para conseguir el mismo efecto, se ordena que los cambiadores garanticen la devolución de lo recibido, y los Reyes Católicos, en 1480, castigan a los cambiadores que huyen o se alzan con caudales depositados en sus bancos con las penas en que incurren los ladrones públicos<sup>309</sup>; en 1686 se obliga a los depositarios a efectuar el reintegro en monedas de la misma especie que las depositadas<sup>310</sup>.

La práctica de los depósitos bancarios debió de contribuir en no pequeña medida a confiar los bancos a personas que inspirasen seguridad y garantía, iniciándose de esa forma la primitiva organización bancaria. Una serie de medidas se orientan a estructurar el *status* de los bancos. En primer lugar se les obliga a prestar fianzas, cuya finalidad se indica explícitamente: "para responder realmente y con efecto a las personas de quien alguna moneda rescibieren para cambiar, con todo lo que les hobieren a dar"<sup>311</sup>. La cuantía de las fianzas es oscilante. En 1301, en Cataluña, ascienden a

---

306. *Constitutions de Catalunya* 4,35,1, Jaime II, en las Cortes de 1299, cap. VI (en vol. I de *Constitutions y altres Drets de Catalunya* cit., página 350).

307. Cfr. *Constitutions de Catalunya* 9,10,2.

308. *Constitutions de Catalunya* 4,35,2, Jaime II, en las Cortes de Lérida del año 1301, cap. IV (en vol. I de *Constitutions y altres Drets de Catalunya* cit. (pág. 350).

309. *Ordenanzas Reales* 5,8,1 y 5 [= *Nueva Recopilación* 5,18,1 y 5,19,1 y *Novísima Recopilación* 9,3,1 y 11,32,1].

310. *Nueva Recopilación* 5,21, auto 37 [= *Novísima Recopilación* 10,9,1]. El Consejo de Madrid, a consulta de 18 de noviembre de 1686.

311. *Ordenanzas Reales* 5,8,1 [= *Nueva Recopilación* 5,18,1 y *Novísima Recopilación* 9,3,1], Juan II en Madrid, año [1]435, y en Toledo, año [1]436, pet. 7., y Enrique IV, en Córdoba, año [1]455, pet. 16.

mil marcos de plata para los que ejercieran el oficio de cambiadores en Barcelona y Lérida, y a trescientos en las demás ciudades<sup>312</sup>; en 1359 aumenta su cuantía a dos mil marcos en las ciudades de Cataluña y en la villa de Perpiñán, y a mil marcos en las restantes villas y lugares<sup>313</sup>, confiándose a las autoridades municipales comprobar la idoneidad de las fianzas, que se consideran requisito previo para la autorización de apertura del banco, aunque también debían ser prestadas por los antiguos bancos en un plazo de dos meses<sup>314</sup>. El cumplimiento de este requisito permite a los banqueros utilizar en sus tablas, tapices y esteras, lo que significaba, desde el punto de vista de los particulares, garantía y seguridad para sus operaciones. En Castilla, hasta 1578 no se especifica la cuantía de las fianzas. En esta fecha se ordena, en una Real Cédula de Felipe II, que los bancos públicos “ayan de dar y den cada uno de ellos fianzas legas, llanas y abonadas poco menos en cantidad de cada 150.000 ducados a satisfaccion del nuestro consejo”<sup>315</sup>. La citada Real Cédula añade: “y por la buena relación que se nos ha hecho de la persona suficiencia é habilidad, y abonos de Juan Hortega de la Torre, vecino de Burgos avemos acordado que sea el uno de los dichos Bancos que á de aver en las dichas ferias, el cual lo ha aceptado, y ofrecido de dar, y que dará, 300.000 ducados de fianzas abonadas para la paga, y seguridad de todo lo que se librare, y asentarse en su Banco”, planteándose el problema sobre si en realidad las fianzas ascendían a esta cantidad, obligándose cada fiador por la mitad, es decir, por 150.000 ducados, o si ésta era la mínima, pudiendo los banqueros hacer mayores ofrecimientos para aspirar al oficio con mayores probabilidades. Con anterioridad a 1578, las cantidades prestadas en concepto de fianza oscilan: en 1575, 40.000 ducados son los prestados por An-

---

312. *Constitutions de Cathalunya* 4,35,3, Jaime II. en las Cortes de Lérida, año 1301, cap. 5 (en vol. I de *Constitutions y altres drcts de Cathalunya* cit., pág. 350).

313. *Constitutions de Cathalunya* 4,35,4, Pedro III, en las Cortes de Cervera, año 1359, 1, cap. 20 (en vol. I de *Constitutions y altres Drcts de Cathalunya* cit., pág. 259).

314. Cfr. CAPMANY, *Memorias históricas sobre la Marina, Comercio y Artes de la antigua ciudad de Barcelona* I (Madrid 1779), p. 2.<sup>a</sup>, pág. 212.

315. *Nueva Recopilación* 9,20,9.



drés de Ecija; en 1567, la villa de Medina de Rioseco exige de Diego de la Serna la suma de 80.000 a 100.000 ducados<sup>316</sup>, y López Osorio nos habla de esta cantidad, refiriéndose a Medina del Campo<sup>317</sup>. Las segundas ordenanzas de las ferias de Medina del Campo, de 20 de marzo de 1602, distinguen entre banqueros de la Corte y de las ferias, exigiéndose de los primeros 300.000 ducados de fianza, y 150.000 de los segundos<sup>318</sup>. Generalmente, las fianzas eran aportadas por ricos comerciantes: Simón Ruiz se constituye en fiador del banquero Tristán López, lo que le supuso una pérdida de 26.840 maravedis, a raíz de la quiebra de aquél en 1580<sup>319</sup>; los hermanos Miguel y Juan de Lerma, mercaderes burgaleses, garantizaron el Banco de Bernardino de Aragón en 1556<sup>320</sup>. A juicio de Sarabia no era difícil para los banqueros encontrar fiadores: “y por las leyes del reino y porque los del regimiento se lo piden, dan fiadores que los fien y fianse unos a otros; y si no, no faltan otros tan desalmados como ellos que los fien...”<sup>321</sup>.

El Derecho castellano completa con otras interesantes medidas la organización bancaria. Desde el punto de vista personal y patrimonial de los banqueros se busca en ellos “personas llanas, y abonadas y quantiosas, y de buena fama”, de las que se excluyen, desde 1499, bajo severas penas, los extranjeros, incluso si han obtenido carta de naturaleza, para evitar la saca de buena moneda fuera del Reino, aunque tal vez la medida establecida no fuese observada<sup>322</sup>. El cumplimiento de su misión se garantiza, moralmente, por

---

316. H. LAPEYRE, *Une famille de marchans: Les Ruiz* cit., pág. 259.

317. Cfr. RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, *Historia de la muy noble, muy leal y coronada villa de Medina del Campo conforme a varios documentos* (Madrid 1903-1904), pág. 332, y ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., pág. 275.

318. ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., pág. 127.

319. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 259.

320. M. BASAS FERNÁNDEZ, *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar de Burgos, en 1557* cit., pág. 355.

321. SARABIA DE LA CALLE, *Instrucción de Mercaderes* cit., fols. 58 v.º y 59 r.º.

322. *Nueva Recopilación* 5,18,6 [= *Novísima Recopilación* 9,3,2], D. Fernando y D.<sup>a</sup> Isabel en Granada, por pragmática de 25 de julio de 1499, cap. 2. F. BRAUDEL, *La Méditerranéen et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II* (París 1949). pág. 395, indica la ciudad de Sevilla como lugar



el juramento que deben prestar, y económicamente atendido el patrimonio de los banqueros y las fianzas exigidas. Por ello, se ordena que antes del uso y ejercicio del oficio, cuya autorización depende en la Corte del rey, y en las ciudades, villas y lugares, de las autoridades municipales, y desde 1602 del Consejo Real, “se vean y examinen las fianzas que diere y el tiempo por que se obligaren, y los bienes y hacienda que tuvieren los que quisieren poner los dichos cambios y sus fiadores, y el verdadero puesto y caudal que se pusiere efectivamente en los dichos cambios; para que teniendo el dicho nuestro Consejo noticia particular de todo lo suso dicho, y de la cantidad y crédito de las personas que pretendieren poner los dichos cambios, provea lo que convenga para su conservación y seguridad”<sup>323</sup>. Para reforzar la responsabilidad de los banqueros, y para mayor seguridad de los que con ellos operan, se establece en 1554 que los bancos deben ser desempeñados por dos personas “que se obliguen *in solidum* a todo lo tocante al dicho cambio”<sup>324</sup>.

En 1435, en las Cortes de Madrid, se quejan los procuradores de que en algunas ciudades y villas, al concederse la licencia de banco por merced, sólo existía un banco y eran frecuentes los abusos. No se obtuvo entonces una respuesta satisfactoria del rey, pero en las de Toledo de 1436 se decretó que “el cambio sea libre y franco” en todo el reino<sup>325</sup>, y en 1578 se dispuso hubiera tres o cuatro bancos públicos en las ferias de Castilla<sup>326</sup>. Con la misma finalidad, para evitar usuras y monopolios, y para conseguir un mejor cumplimiento de las leyes, se establece en 1602 que en los

---

donde los genoveses edificaron su fortuna de banqueros. Sobre la indicada prohibición se insiste de nuevo en 1602 por Felipe III, en *Nueva Recopilación* 5,18,4 [= *Novísima Recopilación* 9,3,5].

323. *Ordenanzas Reales* 5,8,1 cit., en nota 309; *Nueva Recopilación* 9,20,9; *Nueva Recopilación* 5,18,14 [= *Novísima Recopilación* 9,3,5], Felipe III en Valladolid, por pragmática de 1602.

324. *Nueva Recopilación* 5,18,12, El emperador D. Carlos y D.<sup>a</sup> Juana, y el príncipe D. Felipe, en Zamora, año 1559, a 6 de junio.

325. *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla* (ed. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, Madrid 1866) III, pág. 230, Cortes de Madrid de 1435. Para las de Toledo de 1436 cfr. *Ordenanzas Reales* 5,8,1 cit. en nota 309.

326. *Nueva Recopilación* 9,20,9.

pueblos exista más de un banco, según las exigencias del lugar <sup>327</sup>.

Si para el acto de apertura de un nuevo banco es preciso cumplir los requisitos indicados, también para el cierre del mismo o para el abandono del oficio de banquero se preceptúan otros, no menos acertados. En Cataluña, desde 1359, se establece en este caso que los banqueros permanezcan cincuenta días en el lugar donde han ejercido el oficio, a menos que su fiadores otorguen expresamente su consentimiento, que debe constar en documento público <sup>328</sup>.

14. La organización descrita no produjo los frutos apetecidos. Los banqueros se encontraban al descubierto, y era preciso decretar su quiebra, que debió ser muy frecuente en Castilla desde el siglo xv, de igual manera que ocurrió en Europa <sup>329</sup>. Mercado describe esta realidad: "que un banquero en esta republica abarca un mundo, y abraça mas que el Oceano, aunque a las vezes aprieta tan poco, que da con todo al traste" <sup>330</sup>. No es menos significativo el testimonio de Simón Ruiz en una carta de 15 de junio de 1592: "il y a cinquente ans que je connais Séville, et j'y ai connu beaucoup de banques. Aucune n'a évité jusqu'ici la faillité" <sup>331</sup>. En Lima, durante los años 1613 a 1629 quebraron tres bancos y ocho comerciantes <sup>332</sup>.

No procede en esta ocasión un estudio sobre la quiebra, pero sí conviene referirse a las causas que la determinan, estrechamente

327. *Nueva Recopilación* 5,18,14 cit., en nota 323.

328. *Cortes de los antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña, publicadas por la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA*, II (Madrid 1899), pág. 45. Es el cap. 6, de las de Cervera de 1359.

329. Abbat-Payson USHER, *The early history of Deposit Banking in Mediterranean Europe* I (Cambridge-Massachusetts 1943), pág. 242; DE ROOVER, *Money, banking and credit in Mediaeval Bruges* (Cambridge-Massachusetts 1948), pág. 186. Algunas noticias en ESPEJO y PAZ, *Las antiguas ferias de Medina del Campo* cit., págs. 104-108 y 141 y 142, y los trabajos específicos sobre el tema de M.<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII* cit., y BASAS FERNÁNDEZ, *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar. en 1557.* cit., aunque no estudien el tema en toda su extensión y complejidad.

330. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 170r<sup>o</sup>.

331. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 267.

332. M.<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII* cit., pág. 709.

vinculadas a los depósitos consignados en poder de los banqueros y que por este motivo no pueden ser restituidos. En el siglo XVI los depósitos a interés causan la quiebra de muchas bancas, que no pueden hacer frente a las demandas, imprevistas y masivas a veces, de devolución<sup>333</sup>. Es el caso de la quiebra de Vicente y Domingo Fornieles, en Madrid, en 1580, cuyo pasivo, la mayor parte en depósitos, ascendía a 300.000 ducados<sup>334</sup>. Juan de Salas identifica la falta de pago de los depósitos constituidos en el banco con lo que “vulgo dicitur *quebrar*”<sup>335</sup>. A esta situación se llegaba, las más de las veces, por otras causas. Entre ellas, la posibilidad que se reservan los monarcas castellanos, a partir del siglo XV, de disponer de los bancos públicos para atender las necesidades del reino: “Pero todavía es nuestra merced, que cada y quando que nos entendamos ser cumplidero a nuestro servicio de haver alguna moneda de oro, o de plata, por alguna necesidad que ocurra, que en aquel caso nos podamos tomar, y tomemos los cambios de la nuestra Corte, y de qualesquier Ciudades, Villas, y Lugares de los nuestros Reynos y Señoríos”<sup>336</sup>. En la quiebra del banquero limeño Juan de la Cueva, ocurrida en 1635, el propio banquero esgrime, como atenuante de su estado, los frecuentes préstamos a la Corona, que le habían obligado a solicitar a su vez préstamos, a interés en este caso, para atender las reclamaciones de los depósitos de sus clientes<sup>337</sup>.

El peligro de quiebra aumentaba en cuanto que los banqueros realizaban una serie de operaciones peligrosas y arriesgadas que no siempre iban acompañadas de feliz resultado: otorgaban créditos y colocaban directamente los caudales en negocios mercantiles. A estos negocios de los banqueros, “tratos, i mercaderías”, se alude en Castilla en 1554, para prohibirlos bajo diferentes penas, puesto que

---

333. Cfr. D. GIOFRÉ, *Gênes et les foires de change. De Lyon a Besançon* (París 1960), pág. 45.

334. VÁZQUEZ DE PRADA, *Lettres marchands d'Anvers* I, cit., pág. 179 y III cit., págs. 21 y 22.

335. Juan de SALAS, *Tractatus de cambiis* cit., *dubium* 20, pág. 600.

336. *Ordenanzas Reales* 5,8,1 [= *Nueva Recopilación* 5,18,1; = *Novísima Recopilación* 9,3,1].

337. M.<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII* cit., págs. 713-714 y 720-722.



de su constante práctica “ha resultado averse alzado, i quebrado en mucho daño de nuestros Subditos, i Naturales, que en ellos tenían sus dineros en confianza”<sup>338</sup>. En Indias, el oficio de mercader con tienda abierta era incompatible con el de banco público “aunque afiance; y si le usare, ordenamos, y mandamos al Consulado, que le cierre la tienda, y condene en quatrocientos pesos ensayados para nuestra Real Cámara, y gastos del Consulado, por mitad”<sup>339</sup>. A juicio de H. Lapeyre, la ley no gozó de observancia; en las ferias de Castilla los cambios realizan operaciones comerciales: “Johan de Medina cambio, quenta a parte de mercaderías que compra”<sup>340</sup>. Existían otras posibilidades, no solamente la tienda abierta, para dedicarse al ejercicio del comercio<sup>341</sup>.

Ciertamente, la facultad de uso de los depósitos irregulares estaba reconocida por los autores —“dominium pecuniarium in mensis publicis seu banchis ad numerum depositarum, transit in mensularium seu bancharium”<sup>342</sup>— y sancionada por la ley. Las medidas restrictivas anteriores se justifican —no obstante que las responsabilidades recaiga sobre el depositario: “dum sermo de deposito erit, dicatur: unde, si pereat, ipsis (banqueros) perit, et non illis, qui eam deposuerit”<sup>343</sup>—, en atención a que los depositantes quedaban defraudados. Por ello, los teólogos-juristas, aun admitiendo el uso de los depósitos, tratan de refrenar la avaricia de los banqueros. Mercado supedita el empleo de los caudales depositados al cumplimiento de dos requisitos: primero, “no despojar tanto al banco, que no puedan pagar luego los libramientos que vinieren.

---

338. *Nueva Recopilación* 5,18,12 cit. en nota 324. Según DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles* cit., pág. 136, en Venecia y en Brujas, se obligó a los banqueros a abstenerse de realizar operaciones arriesgadas.

339. *Recopilación de leyes de los Reinos de Indias* 9,46. De los Consulados de Lima y Méjico, ley 58. que ningún mercader de tienda pueda ser banco público, so la pena de esta ley.

340. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: Les Ruiz* cit., pág. 263 y nota 123.

341. M.<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ VICENTE, *Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII* cit., págs. 708 y 709.

342. PEGUERA, *Decisiones aurae* I cit., cap. 38. n.º 4, y CUENCA, *Ad commandae, sive depositi instrumentum scholium* cit., additio a cláusula 12, fol. 37.

343. MOLINA, *De justitia et jure* cit., tomo II, pág. 302, n.º 5.

Porque si se imposibilitan a pagallos, expendiendo, y ocupando el dinero en empleos, y granjerías, y otros tratos, cierto pecan”, y segundo, “que no se metan en negocios peligrosos. Que pecan, dado les sucedan prosperamente, por el peligro que se pusieron de faltar, y hazer graue daño, a los que dellos se confiaron”<sup>344</sup>. El incumplimiento de la obligación de restituir a solicitud del depositante, implica que el depositario satisfaga los daños ocasionados al deponente por este motivo<sup>345</sup>.

15. Una serie de causas determinan el nacimiento de los llamados bancos públicos de depósito y de giro, cuya garantía y solidez económica suponen una competencia seria para los banqueros hasta ahora vistos. Entre estas causas destacan la necesidad de depositar los recursos municipales, lo que se hacía en la caja de algún banquero, la conveniencia para el municipio de disponer de una institución que garantizase el pago de sus deudas<sup>346</sup>, y sobre todo los perjuicios causados a los particulares como consecuencia de las quiebras de los banqueros. La seguridad de los depósitos de los particulares justifica la creación de la Tabla de cambios de Valencia, según el privilegio de 1407 del rey Martín a la ciudad, en el que al mismo tiempo se indican las finalidades que la institución debe cumplir: “conservatrix erit nedum erarii publici Civitatis ejusdem sed privati et exteri haec mercatorum et negotiantium tuto et utilis officina, hoc peregrinorum et iter agentium viduarum et pupillorum presidium salutare, et demum ipsius erit decus pulcherrimum Civitatis, in cujus sinu se quiescant et dormient qui, vitare conantes furum latentes insidias et rapinas, vigili custodiae laborique improbo dediti transeunt metu percusi noctes insomnes cuncto quiescendi beneficio destitui...”<sup>347</sup>. La principal diferencia entre los banqueros particulares y los bancos públicos radica precisamente en la garantía que éstos ofrecían, ya que en cierta medida los primeros podían también ser considerados públicos

344. MERCADO, *Suma de tratos, y contratos* cit., fol. 223v°.

345. MOLINA, *De justitia et jure* cit., tomo II, pág. 302, n.º 7.

346. Cfr. USHER, *Deposit Banking in Barcelona, 1300-1700*, en *Journal of Economic and Business History* 4 (noviembre 1931), pág. 131.

347. M. PERIS Y PUENTES, *La Taula de Valencia*, en *III Congreso de Historia de la Corona de Aragón I* (Valencia 1923), pág. 506.



al ser autorizados por las autoridades competentes<sup>348</sup>. El crédito y las rentas públicas del municipio respaldaban la actuación de la correspondiente Taula<sup>349</sup>. En el capítulo 4 de las Ordenanzas de 1507 de la Taula de Mallorca se acuerda, en este sentido, “per sequivar los dans que moltes vegadas han sostenguts los qui deposaven diners en les altres Taules, que fins aci son stades en la present ciutat, per rompre e fallir los Taulers, qui aquelles administraven, e per que sien he segurs los qui en la present Taula volran depositar, statueixen e ordenen que la Universitat assegura dita Taula e fasa segurs los qui en aquella depositarant, volent que, si cars era, lo que Deu no valla, que lo Tauler rompés, que los bens de la present Universitat et Regne e dels particulars de aquells sien obligats, als qui tendran diner o altres depósitos en dita Taula, per lo que cada u tindra en aquella e per lo que es trobaria de mancamment en dita Taula e aso seguint la determinació del Gran e General Consell del present Regne, lo qual aixi lo ha determenat”<sup>350</sup>.

Estas instituciones bancarias de carácter municipal florecen en primer lugar en la Corona de Aragón. Las de Barcelona (1401) y Valencia (1407) constituyen los ejemplos más antiguos. La de Mallorca es del siglo XVI, aunque la Universidad obtuvo un privilegio para su fundación en 1401. Como simultánea de las dos primeras se considera la de Zaragoza, aunque no se posean datos seguros hasta el siglo XVII<sup>351</sup>. En el siglo XVIII se crean las de Vich, Manresa, Gerona, Lérida, Cervera y Tarragona<sup>352</sup>. En Europa se desarrollan entre 1550 y 1650: Palermo (1552), Génova (1586), Venecia (1587), Milán (1591), Roma (1601), Amsterdam (1609),

---

348. H. LAPEYRE, *La banque, les changes et le crédit au XIV<sup>e</sup> siècle* cit., pág. 287.

349. Cfr. CAPMANY, *Memorias históricas* cit., I, p. 2.<sup>a</sup>, págs. 213 y 214 y A. E. SAYOUS, *Une caisse de depots: La “Table des changes” de Valencia (1407 et 1418)*, en *Anales d’Histoire économique et sociale* (1934), pág. 136.

350. A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., págs. 184 y 185.

351. J. RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil* (Madrid 1950), pág. 161; ASSO, *Historia de la Economía de Aragón* cit., pág. [245].

352. CARRERA PUJAL, *Historia de la economía española* (Barcelona 1943-1947) V, pág. 264, y L. MARQUÉS Y CARBO, *La tabla de cambio y comunes depósitos de la ciudad de Gerona* (Madrid 1952).



Middelburgo (1616), Hamburgo (1619), Nuremberg (1621), etc.<sup>353</sup>.

Por lo que se refiere a Castilla, la idea de fundar un banco que financiase las necesidades de la monarquía no surgió hasta el reinado de Felipe II. En 1598 se consiguió elaborar un proyecto, que fue presentado a las Cortes en 1623 por el Conde-Duque de Olivares, sin resultado positivo. En dicho proyecto se instituían los Erarios públicos —“tabla única de salvación de la Monarquía”—, y los Montes de Piedad, autorizados, incluso, a llevar una ganancia moderada en sus operaciones, desde 1515, por el papa León X. Durante un espacio muy corto de tiempo, 27 de marzo de 1627 a 7 de agosto de 1628, funcionó, a propuesta del Conde-Duque y de los Consejos de Castilla y Hacienda, la Diputación General para el consumo de la moneda de vellón, que en parte era un banco de depósito en cuanto que admitía depósitos de los particulares, ya previstos en el proyecto de 1598<sup>354</sup>. El siglo XVIII representará el éxito en la realización de estos intentos. En 1712 el Consejo de Castilla informó favorablemente el proyecto de creación de un Monte de Piedad en Madrid, debido a la iniciativa de don Francisco Piquer, y al año siguiente fueron aprobados sus estatutos; en 1749, la Congregación de Nuestra Señora de la Esperanza y Salvación de las Almas fundó en Barcelona un Monte de Piedad, que fue aprobado por Fernando VI en una Real Cédula dada en el Buen Retiro el 28 de mayo de 1751, para mermar en lo posible los abusos usurarios<sup>355</sup>. El hecho más importante tiene lugar el 2 de junio de 1782, fecha en que Carlos III crea por una Real Cédula el Banco de San Carlos<sup>356</sup>. El Banco tenía como finalidades el descuento —rescate de vales reales, descuento de letras de cambio

353. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles* cit., pág. 136.

354. URGORRI CASADO, *Ideas sobre el gobierno económico de España en el siglo XVII. La crisis de 1627, la moneda de vellón y el intento de fundación de un Banco Nacional exclusivo*, separata de la *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo*, XIX, 59-60, págs. 35-65, y J. RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil* cit., pág. 162.

355. Cfr. VOLTES BOU, *Las Cajas de Ahorros Barcelonesas* cit., págs. 60, 62 y 70.

356. Los estatutos del Banco pueden verse completos en A. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias* V (Madrid 1793), s. v. “Banco Nacional de San Carlos”, págs. 20-43. Cfr. E. J. HA-

giradas a menos de noventa días y garantizadas con tres firmas responsables (art. 2.º de los Estatutos)—, el giro —pago de todas las obligaciones de giro en países extranjeros, a excepción, en principio, de Roma, con la comisión del uno por ciento (art. 4.º de los Estatutos)—, y el depósito, ya que según el artículo 44.º de los mencionados Estatutos se permite que los particulares tengan “fondos equivalentes en dinero en el mismo Banco; lo que será lícito a cualquiera que quisiere tenerlo resguardados en él, ya sea para librarlos o para recogerlos sucesivamente, y por este método se eximirán de hacer los pagos por sí mismos, aceptando sus letras como pagaderas en el Banco”.

La historia de estos bancos públicos no ha sido descuidada por los investigadores y por los eruditos<sup>357</sup>. Sin embargo, era preciso referirse a ellos en este trabajo para completar así la evolución de la comenda-depósito, y más concretamente del depósito bancario. Brevemente, pues, nos hemos de acupar de algunos aspectos de

---

MILTON, *The foundation of the Bank of Spain*, en *The Journal of political Economy*, 53 (1945), págs. 97-114.

357. Además de la bibliografía citada en notas precedentes, merecen citarse los siguientes trabajos, algunos de los cuales no han podido consultarse: L. ZUMALACÁRREGUI, *El profesor Usher y la historia de la Banca española*, en *Anales de la Economía* 8 (enero-marzo 1948), n.º 29, págs. 83-100; SÁNCHEZ SARTO, *Les banques publiques en Espagne jusqu'à 1815*, en *History of the principal public Banks* (1934); G. LUZZATO, *Spagna e Mezzogiorno d'Italia nella storia dei banchi pubblici*, en *Bolletino dell'Archivio Storico*, ed. por el Banco de Nápoles II (1951), págs. 5-21; DE ROOVER, *New interpretations of the History of Banking*, en *Cahiers d'histoire mondiale* (1954), páginas 38-76; F. RAHOLA, *Los antiguos banqueros de Cataluña y la Taula de Canvi. Banco Municipal de Barcelona* (Barcelona 1912); A. E. SAYOUS, *Banque de Dépôts à Barcelone, 1300-1700*, en *Annales d'Histoire économique et sociale* 5 (1933) n.º 23; *La Taula de Cambio de Barcelona (1401-1714)*, publicado por el Banco Español de Crédito (Barcelona 1947); S. CARRERES ZACARES, *La Tabla de Valencia en el siglo XVI*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 25 (1949), págs. 708-768, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia* (Valencia 1950) y *La Taula de Cambis de Valencia. 1408-1710* (Valencia 1957); A. E. SAYOUS, *Une caisse de dépôts: la "Table des changes" de Valence* cit., pág. 131, nota 1, cita una obra inédita, depositada en la biblioteca del Círculo Valencia, de Arturo LLIBREROS Y CAMILLERI, *Origen y vicisitudes de la Tabla de Cambios y Depósitos de la ciudad de Valencia*, escrita en 1880; MARQUES Y CARBO, *La tabla del cambio y comunes depósitos de la ciudad de Gerona* (Madrid 1952).

estas instituciones para ultimar, como se ha dicho, la evolución del problema objeto de este estudio.

Desde el punto de vista de las operaciones que en ellos se realizan, la Taula de Barcelona es banco y caja de depósitos a la vez, dualidad de funciones que desaparece a raíz de la guerra de sucesión, conservando entonces solamente la segunda<sup>358</sup>. La Taula cumplía las órdenes de pago de sus clientes; en este sentido, Tristany nos da noticia del ingreso de una cantidad de dinero en la Taula por José Novial a favor de Salvador Picó<sup>359</sup>. En la Taula de Mallorca, según las Ordenanzas de 1507, también podían efectuarse pagos, distinguiéndose, de igual manera que en el sistema bancario anterior, entre pagos en banco y pagos al contado, lo que suponía, si el que recibía era cliente del banco, simples anotaciones, de debe en la hoja del que autorizaba el pago, y de abono en la del que recibía la cantidad ordenada<sup>360</sup>. Entre las operaciones del Banco de San Carlos figura, de igual modo, el pago de las obligaciones de sus clientes. A juicio de Asso, la Taula de Zaragoza no realizaba estas operaciones, tan útiles y beneficiosas a su modo de ver<sup>361</sup>. En Valencia, de acuerdo con lo dispuesto en las Ordenanzas de 1409, los pagos que el municipio ordenaba y aquellos de los que era acreedor se efectuaba en la Taula, extendiendo el oficial encargado —el 'clavario'— el oportuno albarán<sup>362</sup>.

El préstamo figuraba también entre las operaciones activas de estos bancos municipales: en favor de particulares a veces, según el registro de los años 1440-1442, que contiene un estado de los deudores de la Taula de Barcelona<sup>363</sup>. En otros casos, los préstamos o anticipos se otorgaban por motivos de utilidad pública a los

---

358. CAPMANY, *Memorias históricas* cit., I, 2.<sup>a</sup>, pág. 214, y VIVES Y CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, II (Valencia-Barcelona 1864), pág. 147, nota 1.

359. B. TRISTANY, *Decisiones Sacri Supremi Regii Cathaloniae Senatus* (Barcelona 1868-1701) I, 19, n.º 71, pág. 461.

360. Es el cap. 6 de las citadas Ordenanzas, en A. PONS, *La Banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., págs. 185 y 186.

361. ASSO, *Historia de la Economía de Aragón* cit., pág. 246.

362. CARRERES, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia* cit., pág. 15.

363. A. E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XV<sup>e</sup> siècle d'après les documents inédits de ses archives: La bourse, le prêt et*



reyes o al mismo municipio. En el siglo xv la Taula de Valencia fue prestamista de sus reyes, y en 1409 se autorizó a sus administradores a disponer de los depósitos para atender necesidades municipales, dejando a salvo el derecho de los depositantes a exigir en cualquier momento la restitución<sup>364</sup>. Los resultados de estas operaciones no fueron beneficiosos para estos bancos que, como el de Barcelona, suspende pagos en momentos de crisis, como las que sufre en 1468 y 1641, y, de rechazo, la merma de los depósitos, en el período 1702-1705, al perder el público la confianza en la institución, que utilizaba los fondos en atenciones municipales<sup>365</sup>. En cambio, los anticipos descubiertos a favor de los clientes no debían ser muy frecuentes. En las Ordenanzas mallorquinas de 1507, capítulo 8, son prohibidas, en general, las operaciones de crédito: "Item, per levar tot abus... ordenen, que lo Tauler no pusca servirse dels diners de la dita Taula, ne de les yoyes desposades en aquella, ne prestar, leixar ne ferne servey a algun altre, qui no tenga diners o altres deposits en Taula. E als qui tindran diners o altres coses deposades no pusca donar o per ells fer dites, giraments o polices o altres dels diners o deposits de dita Taula, sino por tant quant aquells tendran en la dita Taula e per lo que valdra lo qui hi tendran"<sup>366</sup>. Todavía, en las Ordenanzas de la Taula de Barcelona de 1723, capítulo 12, se prohíbe disponer de

---

*l'assurance maritime, les sociétés commerciales, la lettre de change: Une banque d'Etat*, en *Estudis Universitaris Catalans* 21 (1936), pág. 309.

364. Cfr. USHER, *The early history of Deposit banking in Mediterranean Europe* I, cit., págs. 278, 369 ss., 384 y 467; DE ROVER, *L'évolution de la lettre de change, XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles* cit., pág. 137; SEVILLANO, *Préstamos de la ciudad de Valencia a los reyes Alfonso V y Juan II (1426-1472)* (Valencia 1951); CARRERES, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia* cit., páginas 14 y 15.

365. J. CARRERA PUJAL, *Historia de la Economía española* V cit., páginas 126 y 127, y *La economía de Cataluña en el siglo XIX* (Barcelona 1960), páginas 251 y ss. Algunos casos concretos en los que se reflejan disposiciones de esta clase realizadas por la Taula de Barcelona, en VOLTES BOU, *Las Cajas de Ahorros Barcelonesas* cit., págs. 69 y 70.

366. En A. PONS, *La Banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., pág. 186.

los fondos consignados en cantidad superior al saldo que acrediten los libros de la Taula en favor del ordenante <sup>367</sup>.

Los depósitos podían ser voluntarios o necesarios. Unos y otros, de dinero o de joyas, siendo su naturaleza jurídica distinta. Según Rahola, entre los depositantes de dinero en la Taula de Barcelona figuraba la Compañía Náutica Mercantil y Universal, creada en 1706 <sup>368</sup>. A los depósitos de joyas, cuya restitución y conservación se garantiza con todos los bienes, rentas y derechos de la ciudad de Valencia, se refiere un acuerdo tomado en el Consejo de 31 de enero de 1408, y en el prólogo a las Ordenanzas de 1507 de la Taula de Mallorca se hace constar que los depósitos podían consistir en “diners, monedes, or, argent obrat ó en massa, perles, pedres precioses i qualsevols joies” <sup>369</sup>. Los depósitos judiciales debían consignarse obligatoriamente en la Taula de Valencia o en la de Zaragoza <sup>370</sup>.

El fin que se pretende alcanzar mediante la constitución de estos depósitos, en conexión con la condición y profesión de los depositantes, era, de una parte, la custodia de los capitales, y de otra, la facilidad y rapidez del giro y de las operaciones mercantiles. Los textos permiten señalar ambos tipos de depósito: en el privilegio de 1407 por el que se crea la Taula de Valencia, se la considera “conservatrix erit nedum erarii publici Civitatis ejusdem sed privati et exteri haec mercatorum et negociantium tuto et utilis officina, hoc peregrinorum et iter agentium vidaurum et pupillorum presidium salutare, et demum ipsius erit decus pulcherrimum civitatis, in cujus sinu se quiescant et dormient” <sup>371</sup>, es decir, conservadora del erario municipal, de los fondos de los comerciantes y de los caudales de las viudas y de los menores, los cuales cons-

---

367. VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña II*, cit., pág. 148, nota 1.

368. RAHOLA, *Comercio de Cataluña con América durante el siglo XVIII* cit., pág. 57.

369. CARRERES, *La Primitiva Taula de Cambis de Valencia* cit., pág. 11; las referidas ordenanzas de 1507 en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., pág. 183.

370. CARRERES, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia* cit., pág. 11; ASSO, *Historia de la economía de Aragón* cit., pág. 245.

371. M. PERIS Y PUENTES, *La Taula de Valencia* cit., pág. 506.

tituyen depósitos en la Taula con distinta finalidad. En unos casos, cuando se trata de comerciantes, y a ello se alude claramente en las Ordenanzas de 1507 de la Taula de Mallorca, “per negociar”; en otros, es el supuesto de viudas y menores para “guardat en deposit”<sup>372</sup>; en los Estatutos de 1782 del Banco de San Carlos, capítulo 44, los fondos de los depositantes se consignan en el Banco para “tenerlos resguardados en él”, bien “para librarlos”, bien “para recogerlos sucesivamente”. Esta doble finalidad de los depósitos fue interpretada, con gran sutileza, por Usher y A. E. Sayous, como el inicio de la distinción entre depósitos y cuentas corrientes, basándose en la mayor movilidad de los segundos<sup>373</sup>.

De igual forma que en el sistema anterior, los depósitos se constituyen mediante la inscripción en el libro de los depósitos, que, según las últimas Ordenanzas de la Taula de Barcelona, debía ir precedido de un abecedario, en el que por orden alfabético figurasen los nombres de las personas que tenían cuenta en el banco, para conocer prontamente el estado de la cuenta de cada depositante, sistema de trabajo ya utilizado por los comerciantes del siglo XVI<sup>374</sup>; el libro de referencia era controlado por un oficial, llamado del libro de los depósitos<sup>375</sup>. En la Taula de Valencia, según las Ordenanzas de 1404, existían dos cajas, una de ellas para custodia de los depósitos, cuya situación debía figurar en un libro de entradas y salidas de los mismos<sup>376</sup>. Las citadas Ordenan-

372. En el prólogo de las referidas Ordenanzas, en A. PONS, *La banca mallorquina en temps de Ferran el Catolic* cit., pág. 183.

373. Cfr. A. É. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelone au XV<sup>e</sup> siècle d'après les documents inédits de ses archives* cit., págs. 308 y 309.

374. VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña* II, cit., pág. 148, nota 1. En el embargo de los bienes de Bernardino de Aragón, decretado al día siguiente de haber quebrado, el 12 de septiembre de 1557, figuran algunos libros mercantiles: “un libro de caxa grande, de cubiertas de pergamino, que es de Burgos y está yntitulado: *Libro Mayor de Caxa*, de Burgos, comenzado con la gracia de Dios en catorçe de septembre de mill e quinientos e çinquenta e seis años para los negocios de Vernaldino de Aragón e Francisco de Aguilar, con su abecedario”, cfr. BASAS FERNÁNDEZ, *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar, en 1557* cit., página 357.

375. Cfr. CAPMANY, *Memorias históricas* IV cit., pág. 353.

376. CARRERES, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia* cit., páginas 15 y 16.



zas de la Taula de Barcelona nos suministran algunos datos sobre el procedimiento seguido en la restitución de los depósitos, que exigía la identificación del depositante y su presencia o la de su procurador<sup>377</sup>. Dado el volumen que alcanzaban los depósitos en muchos momentos, se comprende el trabajo escriturario que en estos bancos debía desarrollarse para tener al día las cuentas de los depositantes; de aquí que, en Venecia, se les denomine “banchi di scritta”.

Al parecer, los depósitos de la Taula de Barcelona eran gratuitos, “sin premio” alguno para los depositantes, cualquiera que fuese la cantidad depositada<sup>378</sup>. Sin embargo, en 1653 ó 1654 se concede a los depositantes anteriores a la fecha del acuerdo, un premio del tres por ciento sobre los capitales depositados en la Taula. B. Tristany nos refiere en sus *Decisiones*, a propósito del depósito constituido por José Novial para pagar a Salvador Picó cierta cantidad que le adeudaba, la decisión acordada por las autoridades municipales de Barcelona: “Postea autem dictus Picó volens gaudere beneficio deliberationis factae per praesentem Civitatem Barchinonae, et Concilium centum Iuratorum, quod solverentur tria pro centum omnibus personis, qui pecunias habebant de computo veteri, petiit sibi exsolvi tria pro centum, de pecuniis, quae reperiebantur scriptae in eius computo”<sup>379</sup>. Por ello, cuando en 1773 el Intendente proyecta suprimir la Tabla y sustituirla por una Compañía con título de banco o giro, precisa como obligaciones primordiales de la Compañía la de restituir los capitales que constituyesen su fondo, y la de satisfacer por los réditos de los depósitos un dos por ciento anual como mínimo<sup>380</sup>. En la Corona de Castilla, según el proyecto de 1598 sobre los erarios públicos, los particulares podían depositar al 5 % y recibir en préstamo al 7 %, tipos de interés que fueron aceptados por la Diputación General para el con-

---

377. VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña* II, cit., pág. 147, nota 1.

378. CAPMANY, *Memorias históricas* I, cit., 2.<sup>a</sup> parte, pág. 214; VIVES y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña* II, cit., pág. 149, nota 2.

379. B. TRISTANY, *Decisiones Sacri Supremii Regii Cathaloniae Senatus* I, 19, n.º 71, pág. 461.

380. CARRERA PUJAL, *Historia de la Economía Española* V, cit., pág. 268.

sumo de la moneda de vellón durante el breve período de su existencia <sup>381</sup>.

16. En el siglo XIX, los juristas entienden por 'comanda' la escritura pública de depósito o encomienda, y ven en la institución un medio eficaz para asegurar un crédito, dado el carácter privilegiado del depósito. La causa del crédito puede ser un préstamo con intereses, los cuales, para que el contrato de depósito no se desvirtúe, se incluyen en la cantidad del crédito, y ascienden a los que el préstamo haya de devengar durante el tiempo que, de una manera ficticia, se fije para el depósito <sup>382</sup>. Consecuentemente, los autores se plantean el problema de la vecindad del depósito irregular con otros contratos de cuya naturaleza participa, y toman posición sobre la posible transformación del depósito irregular en un préstamo, cuando el dominio de las cosas depositadas se transfiere al depositario, o a un arrendamiento de servicios, si la custodia del depositario es remunerada. Escriche, a propósito del contrato trino, que como ha quedado dicho sirvió de justificación al interés que percibían los depositantes de los Cinco Gremios Mayores de Madrid, escribe: "Estos tres contratos bien analizados se resuelven en un verdadero préstamo a interés, porque en resumen el hecho es que tú me entregas mil pesos y yo te los devuelvo con un interés del cinco al seis por ciento; pero como no suenan los nombres de mutuo, ni de préstamo, ni de interés, ni de usura, sino los de sociedad, seguro y venta, se consideran todos lícitos y honestos, y realmente lo son, pues que la usura, como dicen los teólogos, no tiene su asiento en el mutuo", concluyendo por afirmar el bizantinismo de la cuestión <sup>383</sup>. En cambio, Alonso adopta una postura menos tajante, al considerar que el depósito no se desnaturaliza, no obstante las peculiaridades de que se reviste la forma irregular del contrato <sup>384</sup>.

381. URGORRI, *Ideas sobre el gobierno económico de España* cit., páginas 36, 42 y 45.

382. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* cit., s. v. 'comanda', en vol. II, pág. 327; vid. para Aragón, DIESTE, *Diccionario del Derecho civil aragonés* cit., s. v. 'comanda', pág. 104.

383. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* cit., s. v. 'interés', en vol. III, pág. 388.

384. J. ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de*

Para el estudio del depósito bancario en esta centuria es preciso dirigirse a los estatutos particulares de los bancos públicos, y a la legislación especial relativa a ciertas entidades que también aceptan o reciben depósitos. Según lo dispuesto en el artículo 411 del Código de Comercio de 1829, dichos estatutos ocupan, en el orden de prelación de fuentes por el que se regulan los depósitos bancarios, un lugar preferente, recurriéndose a lo dispuesto sobre la materia en el mencionado Código en todo aquello que no se determine especialmente por los estatutos<sup>385</sup>. En concreto, analizaremos desde el punto de vista del depósito los estatutos de los Bancos de San Fernando, Isabel II, Español de San Fernando y de España; de otro lado, y con la misma finalidad, la sucesiva legislación reguladora de las Cajas de Ahorro y Caja General de Depósitos.

El Banco Nacional de San Carlos fue sustituido en 1829 por el de San Fernando, ya que el primero, dadas las circunstancias de la vida económica española, no había alcanzado éxito alguno, y había perdido en gran medida la confianza del público. A esta realidad se alude claramente en el convenio de transacción celebrado entre los comisionados por el Rey y los comisionados por el Banco de San Carlos el 23 de junio de 1829, con estas palabras: “penetrados todos como S. M. de la necesidad de dicha transacción y de la imposibilidad de que aquel establecimiento pueda corresponder a las miras de utilidad para que fue instituido, si no se le facilita una cantidad en metálico suficiente para sacarlo de su actual nulidad, y no se erige el Banco sobre bases más propias a su prosperidad”. La Real Cédula de 9 de julio de 1829 creó en Madrid el Banco Español de San Fernando, de acuerdo con el proyecto de don Pedro Sáinz de Andino: “... vengo a crear y erigir en esta Corte un Banco de descuentos, cobranzas, pagos, préstamos y depósito”, que a su característica esencial de banco de descuento une la de ser también un banco de emisión de billetes pagaderos

---

*Navarra* (ed. Biblioteca de Derecho Foral. Pamplona 1964) II, págs. 165, 169 y 170.

385. En el vigente Código de Comercio, el artículo 310 se inspira en el citado artículo 411 del Código de 1829, con la particularidad de que declara supletorio del sistema del Código el común aplicable a todos los depósitos.



a la vista del portador, según se establece en el artículo 5.º de sus estatutos <sup>386</sup>. A instancias de varias casas de comercio, en 1844, por un Decreto de 25 de enero, se estableció el Banco de Isabel II, figurando entre sus operaciones la emisión, los descuentos, giros, préstamos y depósitos <sup>387</sup>. “Mas en breve —escribe Escriche— acreditó la experiencia ser de fatales resultados la concurrencia de dos bancos en una plaza de poco comercio como la de Madrid y la conveniencia de refundirlos en uno” <sup>388</sup>, lo que se hizo por Real Decreto de 25 de febrero de 1847, bajo la denominación de Banco Español de San Fernando <sup>389</sup>. El entonces ministro de Hacienda, don Ramón Santillán, en la exposición de motivos del referido Decreto, justifica con estas palabras la refundición: “Ninguna necesidad hay en el día de dos Bancos de circulación en la Corte, cuya existencia simultánea pudiera por el contrario conducir a una rivalidad perjudicial y al abuso del crédito”. Las leyes de 4 de mayo de 1849 y 15 de diciembre de 1851 reorganizaron el nuevo Banco Español de San Fernando <sup>390</sup>, que gozó de facultades emisoras, especificándose en el Reglamento del 18 de febrero de 1852 sus operaciones y régimen de gobierno <sup>391</sup>.

El 28 de enero de 1856, por una ley decretada en las Cortes constituyentes sobre establecimiento de sociedades anónimas de crédito, se dispuso que el Banco Español de San Fernando cambiase su nombre por el de Banco de España <sup>392</sup>, aprobándose más tarde sus estatutos por una Real Orden de 6 de mayo de 1856 <sup>393</sup>. El Banco de España goza también del privilegio de emisión, aun-

---

386. Los Estatutos pueden consultarse en el Suplemento a la Gaceta de Madrid del 3 de septiembre de 1829.

387. Los Estatutos fueron publicados en la Gaceta de Madrid del 30 de enero de 1844.

388. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* cit., s. v. 'Banco de San Fernando', en vol. II, pág. 17 y ss.

389. Dicho R. D. puede verse en la Gaceta de Madrid del 26 de febrero de 1847.

390. En la Gaceta de Madrid de 11 de mayo de 1849 y 19 de diciembre de 1851, respectivamente.

391. R. D. de esa fecha, en la Gaceta de Madrid del 19 de febrero de 1852.

392. En la Gaceta de Madrid del 29 de enero de 1856.

393. En la Gaceta de Madrid del 7 de mayo de 1856.

que no con exclusividad, porque según los artículos 2.º y 3.º de la Real Orden de 12 de junio de 1856 se podían crear Bancos particulares de emisión, si bien sólo podían autorizarse el funcionamiento de una institución de esta clase en cada localidad, prefiriéndose el solicitante más antiguo sobre los restantes. El Decreto de 19 de marzo de 1874, publicado en la *Gaceta de Madrid* del 23, reorganiza el Banco de España como único de emisión debidamente autorizado y con el carácter de nacional (artículo 2.º del mencionado Decreto). En el artículo 1.º “se establece por medio de un Banco Nacional la circulación fiduciaria única, en sustitución de la que hoy existe en varias provincias, por medio de Bancos de emisión, a cuyo fin el de España, creado por la Ley de 28 de enero de 1856, se reorganizará con el capital de 100 millones de pesetas, representado por 200.000 acciones transferibles de a 500 pesetas cada una, sin perjuicio de elevar aquél hasta 150 millones de pesetas cuando las necesidades del comercio u otras lo reclamen previa autorización del Gobierno”. El artículo 10 del Decreto de referencia especifica sus operaciones: “El Banco de España se ocupará en descontar, girar, prestar, llevar cuentas corrientes, ejecutar cobros, recibir depósitos voluntarios, necesarios y judiciales cuando así se disponga, así como en contratar con el Gobierno y sus dependencias debidamente autorizadas, sin que quede nunca en descubierto con arreglo a sus estatutos. El premio, condiciones y garantías de dichas operaciones serán los que determina el reglamento por que en la actualidad se rige el Banco de España”.

Las Cajas de Ahorro nacen en el siglo XIX, vinculadas en cierta medida a los Montes de Piedad. El Real Decreto de 25 de octubre de 1838 mandó establecer en Madrid una Caja de Ahorros por iniciativa de don Joaquín Vizcaíno, secundado por Mesonero Romanos<sup>394</sup>. En junio de 1841 se aprobó la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona<sup>395</sup>. El artículo 1.º del Decreto de 29 de junio de 1853 dispuso la creación de Cajas de Ahorro en todas las capitales de provincia, con sucursales en los pueblos

---

394. *Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los Reales decretos, órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarías del Despacho*, XXIV (1839), págs. 561-565.

395. Cfr. VOLTES BOU, *Las Cajas de Ahorros Barcelonesas* cit., pág. 99.



donde, a juicio de los Ayuntamientos y gobernadores, se estimasen convenientes<sup>396</sup>. El Reglamento orgánico del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de 23 de enero de 1873, publicado en la *Gaceta* del 24, dispuso en su artículo 1.º la fusión del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid en un solo establecimiento, dependiente del Ministerio de la Gobernación, figurando entre sus operaciones el préstamo y el ahorro de las personas laboriosas. Posteriormente, el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 dividió los establecimientos de ahorro en Cajas generales de Ahorro popular y Entidades particulares de Ahorro<sup>397</sup>. El estatuto referente a las de Ahorro popular fue modificado más tarde por un Decreto-ley de 14 de marzo de 1933<sup>398</sup>.

La Caja General de Depósitos fue establecida en Madrid por el Real Decreto de 29 de septiembre de 1852. Bravo Murillo, en la exposición que precede al Real Decreto, justifica su creación del siguiente modo: "Es indudable que el Estado, por conveniencia propia en los negocios y transacciones que le afectan y por deber respecto de los particulares, pues que lo tiene de proteger sus derechos cuando reclaman la intervención de la justicia, puede constituir un establecimiento que sea el depositario único y exclusivo de las consignaciones administrativas y judiciales, y además el guardador de lo que por conveniencia privada y por libre voluntad se fie a su custodia"<sup>399</sup>. En la Caja General de Depósitos, según el artículo 2.º del Real Decreto de 1852, debían consignarse los depósitos en metálico o en efectos de la deuda pública y del Tesoro, ordenados por decisiones de la administración o de los tribunales de justicia para asegurar el cumplimiento de contratos relativos a servicios públicos, del ejercicio de cargos públicos o de las obligaciones legales de interés público o privado, dejando a salvo aquellos supuestos en los que con derecho pudiera

---

396. En la *Gaceta* de Madrid del 1 de julio de 1853.

397. Cfr. *Diccionario de la Administración española* de MARTÍNEZ AL-CUBILLA, apéndice de 1930, págs. 937-979.

398. Cfr. *Diccionario de la Administración española* cit., apéndice de 1933, págs. 316-320.

399. El R. D. de 29 de septiembre de 1852, precedido de la referida exposición de motivos, puede consultarse en *Colección Legislativa de España* 77 (1853), págs. 213-219.



la parte interesada exigir la consignación en otro lugar. Junto a estos depósitos necesarios, el citado Real Decreto, en su artículo 5.º, permitía la consignación de depósitos voluntarios, e incluso, de acuerdo con la Real Orden de 5 de septiembre de 1853, la Caja General de Depósitos podía realizar el servicio de cuenta corriente con un interés del dos por 100 a favor de los imponentes, lo que supuso que el establecimiento se diferenciase muy poco de un Banco Nacional<sup>400</sup>. En 1868, por Decretos de 15 y 29 de diciembre —en éste se aprueba el reglamento para la administración, contabilidad y orden interior de la Caja—, se la reorganiza y se la convierte de institución crediticia en auténtica Caja de Depósito<sup>401</sup>. El artículo 4.º del Decreto de 15 de diciembre prohíbe la admisión de depósitos voluntarios en efectivo, y el 1.º del Decreto de 29 de diciembre especifica que dichos depósitos solamente podrán consignarse en efectos públicos y retirarse a voluntad de los depositantes.

El Decreto de 28 de mayo de 1873 vinculó la Caja General de Depósitos a la Tesorería central y a la de la deuda, derogando el sistema anterior que la instituyó separada de aquélla y regida por una administración especial<sup>402</sup>. El Decreto de 8 de julio de 1873 reformó la organización del establecimiento “limitando sus operaciones al recibo y devolución de depósitos necesarios y terminar su liquidación entorpecida por la importancia que alcanzaron las cantidades en metálico que facilitó al Tesoro por imposiciones voluntarias para el entretenimiento de la Deuda flotante, es lo que en la actualidad procede, conservando únicamente la facultad de custodiar y garantizar los efectos públicos que en concepto de voluntarios entreguen los particulares o corporaciones”<sup>403</sup>.

---

400. Cfr. *Colección Legislativa de España. Continuación de la Colección de Decretos*, 60 (1854), pág. 53. Con anterioridad, el tipo de interés era el 3 por 100.

401. Cfr. *Colección Legislativa de España* 100 (1868), págs. 940-948 y 1040-1055, respectivamente.

402. Artículo 1.º del R. D. de 29 de septiembre de 1852. El Decreto de 1873, artículo 3.º, en *Colección Legislativa de España* 111 (1874), páginas 1329-1331.

403. Exposición de motivos del Decreto de 8 de julio de 1873, en *Colección Legislativa de España* 111 (1874), págs. 20-22.

El artículo 1.º del Decreto de 8 de julio de 1873 establece que “la Caja de Depósitos formará una Sección del Tesoro”, disposición que se justifica porque “las operaciones de la Caja tienen demasiada importancia para agregarla a otras dependencias, destruyendo su conveniente unidad, y poca para constituir un centro separado del Tesoro. La relación que existe entre éste y la Caja en la parte de metálico aconseja que corresponda a un mismo centro”. En 1874, por Decreto de 15 de enero, la Dirección de la Caja General de Depósitos fue restablecida con las mismas características en orden a organización, facultades y atribuciones, de las que gozaba con anterioridad al mencionado Decreto del 8 de julio de 1873 <sup>404</sup>.

El Real Decreto de 19 de noviembre de 1929 establece un nuevo Reglamento de la Caja General de Depósitos y Consignaciones <sup>405</sup>, en el que se admite de nuevo que en la sede Central de la Caja se reciban consignaciones voluntarias en efectivo de los particulares, Ayuntamientos, Diputaciones provinciales, Cuerpos de Ejército y toda clase de corporaciones y establecimientos, transferibles o intransferibles (artículo 3.º), que podrán ser retiradas a voluntad de los interesados (artículo 4.º) y que devengarán desde el día de su imposición un interés que oscila entre uno y el dos por 100 anual, según el tiempo por el que se constituyan. El Gobierno se reserva la facultad de alterar los tipos de interés, oído el Consejo de Administración de la Caja. Posteriores Decretos, de 26 de abril de 1946 y 27 de septiembre de 1947, modificaron parcialmente el de 1929.

17. En la Real Cédula de 9 de julio de 1829, por la que se erigió en Madrid el Banco Español de San Fernando, aparece una distinción clara entre la cuenta corriente y el contrato de depósito. A tenor de lo dispuesto en el artículo 3.º de la mencionada Real Cédula, se señalan entre las operaciones del Banco “recibir en cuenta corriente las cantidades que se entreguen en su caja y pagar por cuenta de sus dueños, hasta la concurrencia de su importe, las aceptaciones a domicilio, letras de cambio u otras a car-

---

404. *Colección Legislativa de España* 112 (1874), págs. 70 y 71.

405. Cfr. *Diccionario de la Administración española* cit., apéndice de 1929, págs. 602-613.

go del Banco" y "hacerse cargo de los depósitos voluntarios o judiciales que se hagan en el Banco en dinero, barras o alhajas de oro y plata". La cuenta corriente aumenta la capacidad de disponibilidad de su titular al poder realizar nuevos ingresos, le permite retirar parcialmente sumas de dinero, y obliga al Banco a realizar un servicio de caja. En cambio, en el supuesto de un depósito voluntario en metálico, la relación se extingue en el acto de devolución de la misma cantidad por el banco, única obligación que éste contrae en favor del depositante. Pero en todo caso, la cuenta corriente es un depósito voluntario de naturaleza irregular al que se le ha añadido el pacto de "pagar por cuenta de sus dueños hasta la concurrencia de su importe", es decir, el llamado servicio de caja.

La distinción señalada entre cuenta corriente y depósito persiste en los Estatutos de 25 de enero de 1844 del Banco de Isabel II (artículo 5.º, reglas 4.ª y 6.ª, referentes a las operaciones del Banco), y se acentúa en el Reglamento del Banco aprobado por la Real Orden de 23 de febrero del mismo año. En efecto, de los artículos 21 a 25 del citado Reglamento se desprende que el único depósito posible que puede realizarse en el Banco es un depósito cerrado, regular por consiguiente, tenga un origen voluntario o judicial, y que el Banco se obliga a restituir y a custodiar. Consecuentemente, se fijan en el artículo 21, apartado 3.º, los derechos que el Banco percibirá por la custodia, que ascienden a "1/8 por 100 de los valores que le sean confiados", y en el 24 se declara que "los recibos de los depósitos no serán a la orden ni transmisibles por endosos", configurándose la restitución del depósito en los siguientes términos: "El Banco quedará obligado solamente a la devolución de los depósitos en la última forma de precintas y doble sello con que fueron constituidos" (artículo 25). Las cuentas corrientes se nutren de lo que se entrega en el Banco en dinero, del importe líquido de los descuentos admitidos por el establecimiento y de las cantidades que le hayan sido confiadas para su cobro una vez que éste haya sido realizado (artículo 30), y con cargo a las mismas el Banco pagará, sin comisión y a la vista, todos los libramientos expedidos por los cuentacorrentistas hasta la concurrencia de la suma que resulte a favor de los interesados (artículo 31).



Si del examen del Reglamento del Banco de Isabel II, de 23 de febrero de 1844, podría concluirse que el depósito y la cuenta corriente son dos contratos distintos y sin relaciones entre sí, la legislación posterior nos ayuda a precisarlas, y al mismo tiempo nos brinda algunos elementos para matizar la naturaleza jurídica de la segunda. La Ley de 15 de diciembre de 1851, referente al nuevo Banco Español de San Fernando, y la de 28 de enero de 1856, sobre sociedades anónimas de crédito, consideran a los cuentacorrentistas como depositantes voluntarios, y en este concepto figuran entre los acreedores del Banco<sup>406</sup>. Pero, no obstante la vinculación existente entre el depósito y la cuenta corriente, la segunda se independiza técnicamente del depósito. Por ello, en las diferentes situaciones del Banco Español de San Fernando, que se publican en distintas fechas en la *Gaceta de Madrid*, se distingue en su pasivo entre los llamados depósitos de todas clases y las cuentas corrientes<sup>407</sup>, y en los Estatutos del Banco de España, de 24 de julio de 1947, el depósito de dinero y la cuenta corriente son considerados como supuestos diferentes, lo que no impide que uno y otro puedan ser estimados, en punto a su esencia jurídica básica, como formas irregulares de depósito<sup>408</sup>.

La admisión en depósito de efectos públicos aparece prevista en el Decreto de creación de la Caja General de Depósitos de 29 de septiembre de 1852, artículo 5.º Dichos depósitos presentan peculiaridades, porque entre las obligaciones de la Caja no sólo figura la de su custodia, sino también la de cobrar en los plazos co-

---

406. Ley de 15 de diciembre de 1851, artículo 10: "Merecerán en todo caso el concepto de acreedores del Banco por depósito voluntario los que lo fueren por ser tenedores de sus billetes o por saldos de sus cuentas corrientes abiertas en el mismo establecimiento con el único objeto de conservar en él sus fondos y disponer de ellos de la manera que establecen o establecieren los estatutos del Banco." El artículo 23 de la Ley de 28 de enero de 1856 es semejante al anterior.

407. Situación del Banco Español de San Fernando, el 6 de marzo de 1852: depósitos de todas clases, 61.400.562,15 reales vellón, y cuentas corrientes, 82.586.549,13 reales de vellón, en la *Gaceta* del 8 de marzo del mismo año. Aunque la cuantía de las cuentas corrientes oscila, en 26 de enero de 1856 asciende a 127.664.550,97 rs. vn. cs., en la *Gaceta* del 28 de dicho mes y año.

408. Cfr. GARRIGUES, *Contratos Bancarios* (Madrid 1958), pág. 373.

responsables los intereses y los dividendos de los efectos de la Deuda pública y del Tesoro que se hubieren depositado en ella administrativa, judicial o voluntariamente; y el metálico que la Caja perciba por este concepto lo conservará en depósito a disposición de los respectivos Tribunales, autoridades o particulares. como una parte integrante de los depósitos de que proceda" (artículo 6.º). Se trata de un depósito que implica a la vez la custodia y la administración; por eso la doctrina lo designa con el nombre de depósito administrado <sup>409</sup>.

18. Por lo general, los depósitos de dinero que se reciben en estos establecimientos devengan un interés en favor de los depositantes. El sistema no es constante, sin embargo, y exige, de otra parte, para conseguir mayor claridad, examinar por separado las hipótesis de la cuenta corriente y del depósito de dinero. Una excepción al sistema propuesto como general nos la ofrece el artículo 28 de los Estatutos del Banco Español de San Fernando, creado por la Real Cédula de 9 de julio de 1829. En dicho artículo se dispone que "toda persona a quien el Banco abra cuenta corriente le abonará anualmente la comisión que corresponda al giro de 20.000 es., aun cuando no llegue a esta suma el importe de las operaciones encargadas al establecimiento". El contenido del referido artículo llamó la atención a J. Rubio, quien manifestó su extrañeza ante el mismo, atribuyendo a Sáinz de Andino un criterio inseguro sobre la genuina actividad bancaria de la época <sup>410</sup>. Ciertamente, el artículo 28, tal y como aparece redactado, debe explicarse en función del servicio que el banco presta al cliente, por el cual puede exigir una retribución, "cuya cuota será la que hayan convenido las partes, o en su defecto, la que tengan establecidas los aranceles o el uso de cada plaza" <sup>411</sup>. Ahora bien, la solución del artículo 28 desaparece en los Estatutos del Banco de Isabel II, de 25 de enero de 1844, en los que se declara que el Banco "llevará cuentas corrientes con las personas que lo soliciten, efectuando pagos y cobros libres de comisión, siempre que el establecimiento no se ponga nunca en descubierto" <sup>412</sup>. La cuenta co-

409. Cfr. GARRIGUES, *Contratos Bancarios* cit., pág. 409.

410. J. RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil* cit., pág. 170.

411. Artículo 405 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829.

412. Artículo 5.º, regla 6.ª de los mencionados Estatutos.

riente es, pues, gratuita para su titular. A partir de 1853, de acuerdo con el sistema establecido para la Caja General de Depósitos, el problema recibe una solución diferente a las anteriores, al establecerse que las cuentas corrientes producirán un interés en favor de sus titulares. Dicho interés oscila: el tres por 100 anual o el dos por 100 en 1853, que se rebaja en 1867 al medio por ciento <sup>413</sup>.

De otra parte, los depósitos de capitales en la Caja de Ahorros de Madrid son fructíferos para los depositantes. El interés que devengan depende en 1838 de los beneficios obtenidos por la Caja <sup>414</sup>, y en 1853 se fija, ya con carácter general, en un 3,5 por 100 <sup>415</sup>, que asciende al 4 por 100 en 1873 <sup>416</sup>, pudiendo retirarse los capitales depositados total o parcialmente <sup>417</sup>. El reintegro de los depósitos no se produce automáticamente o a la vista, aunque tampoco se trata claramente de depósitos a plazo fijo; exige el aviso del depositante, y la devolución tiene lugar bien a los quince días del aviso o en término de una a tres o a cinco semanas <sup>418</sup>. El Reglamento Orgánico del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de 1873 limita en su artículo 18.º, a la suma de 10.000 reales, la que con referencia a cada depósito devengará el interés del 4 por 100.

De igual forma que en las Cajas de Ahorro, los fondos que se ingresan en la Caja General de Depósitos devengan un interés, según la naturaleza del depósito y las condiciones de la imposición. Al crearse la Caja, en 1852, los depósitos que en ella se reciben se dividen en necesarios y voluntarios. Estos pueden ser reembolsables a plazo fijo no inferior a un mes, o con aviso anticipado de quince días, o al contado. El interés de los necesarios —admi-

413. Cfr. el Decreto de 29 de julio de 1853, la Real Orden de 5 de septiembre de 1853 y la de 27 de noviembre de 1867.

414. Cfr. el Decreto de 25 de octubre de 1838, artículos 16, 17 y 21.

415. Artículo 3.º del Decreto de 29 de junio de 1853.

416. Reglamento Orgánico del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de 24 de enero de 1873, artículos 1.º y 4.º.

417. Artículo 8.º del Decreto de 29 de junio de 1853, y 19 del Reglamento Orgánico del Monte de Piedad y Caja de Ahorros.

418. Las tres soluciones, respectivamente, en el Decreto de 25 de octubre de 1838, artículo 18, Decreto de 29 de junio de 1853, artículo 8.º, y en el Reglamento Orgánico del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de 29 de enero de 1873, artículo 19.



nistrativos o judiciales— es del 6 por 100 anual, e igual interés devengan los voluntarios en los dos primeros supuestos, que se reduce al 3 por 100 cuando el depósito voluntario es al contado o a la vista <sup>419</sup>. La Real Orden de 14 de octubre de 1852 declaró, en su artículo 16.º, que los depósitos en metálico que se consignasen para optar a las subastas de servicios públicos no devengarían en lo sucesivo interés alguno, dado el carácter transitorio de la imposición. En 1867 se suprimen los depósitos a la vista y los que deben ser devueltos con aviso previo, los necesarios producen un interés del 2,5 por 100, y en los a plazo el interés oscila entre el 1 por 100 y el 6 por 100, según que el término sea de un mes a menos de tres —el 1 por 100—, de tres a menos de seis —el 3 por 100—, de seis a menos de un año —el 5 por 100—, y de un año justo, en cuyo caso es el 6 por 100 <sup>420</sup>. La reforma de 1868, por la que la Caja General de Depósitos abandonó su carácter de institución crediticia, suprimió los depósitos voluntarios en efectivo y el interés de los necesarios <sup>421</sup>. A partir de 1871, éstos vuelven a devengar un interés para los depositantes, que se fija en el 4 por 100 <sup>422</sup>. En 1929, el interés de los necesarios es el 2 por 100, y el de los voluntarios en efectivo varía entre el 1 por 100, al año, si se constituyen por un mes, el 1,5 por 100 si lo son por tres meses, y el 2 por 100 si por seis meses o más <sup>423</sup>.

Finalmente, los depósitos regulares, de dinero con expresión de las monedas que se entregan al depositario, o de piezas de oro o plata, previstos en los estatutos de los Bancos Español de San Fernando e Isabel II <sup>424</sup>, y los de efectos públicos, que admite la Caja General de Depósitos <sup>425</sup>, facultan a los depositarios a exigir

---

419. Real Decreto de 29 de septiembre de 1852, artículos 13 y 14.

420. Real Orden de 27 de noviembre de 1867, artículos 1.º y 2.º

421. Decreto de 15 de diciembre de 1868, artículo 4.º, y Decreto de 29 de diciembre de 1868, artículo 3.º.

422. Reglamento de 22 de septiembre de 1871, artículo 32; Decreto de 8 de julio de 1873, artículo 4.º; Reglamento de 17 de enero de 1874, artículo 33.

423. Real Decreto de 19 de noviembre de 1929, artículo 6.º.

424. Estatutos del Banco Español de San Fernando, 9 de julio de 1829, artículo 31, y Estatutos del Banco de Isabel II, 25 de enero de 1849, artículo 21.

425. Decreto de 15 de diciembre de 1868, artículo 8.º; Decreto de 29 de

de los depositantes una retribución por el servicio de custodia y administración, en su caso, que se fija en función del valor y del tiempo de duración del depósito\*.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

*Catedrático de Historia del Derecho Español  
de la Universidad de Sevilla.*

---

diciembre de 1868, por el que se modifica el último párrafo del artículo anterior; Reglamento de 22 de septiembre de 1871, artículos 39 a 41; Decreto de 8 de julio de 1873, artículo 6.º, y Reglamento de 17 de enero de 1874, artículos 40-44.

\* El presente trabajo se ha beneficiado de la ayuda concedida con cargo al crédito destinado al fomento de la investigación en la Universidad.

## SOBRE LA «PLENITUD POTESTATIS» Y LOS REINOS HISPANICOS

I. Quiero volver sobre un tema que ocupó mi atención en otro momento<sup>1</sup>. Debo hacerlo, porque han cambiado mis ideas acerca del planteamiento del problema de la *plenitudo potestatis*, de su origen, de su carácter y de las causas de no haberse manifestado operante en los ordenamientos políticos españoles del medievo esta concepción política medieval que algunos autores han considerado precedente de la soberanía moderna. Mientras tanto, también me ha parecido haber captado la posible significación de algunos acontecimientos, que puede arrojar luz para la solución del problema.

Antes de nada, sin embargo, hemos de advertir que el principio de que *el rey en su reino es así como el emperador en su imperio*—especie de adecuación de la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, en la cual se expresó la idea de *plenitudo potestatis*— aparece en las Partidas de Alfonso X el Sabio. Por lo demás, ya lo señalaron Koschaker y Calasso.

El famoso romanista alemán, a pesar de que parece no haber conocido las Siete Partidas, la más importante codificación de Derecho romano de la Edad Media, da noticia de que el principio aludido se encuentra también consignado en el Código alfonsino. Pero Koschaker suponía aún que la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator* quizá había sido enunciada originariamente en la Curia por algún jurista papal, como instrumento de lucha contra el emperador, y utilizada después con diversos fines por los comentaristas y por otros elementos hostiles al Imperio, singularmente por los legistas franceses. Los reyes franceses, tan poco partidarios del Derecho romano, no habrían tenido inconveniente en apoyar en él sus conáctas cuando convenía a sus

---

1. A. OTERO, *Sobre la idea de soberanía y su recepción en España*, en *Derecho de gentes y organización internacional* II (Santiago 1957).



miras y servía para justificar sus pretensiones de *summa potestas*. Bajo San Luis, la monarquía francesa comienza a consolidarse, y la fórmula jurídica para ello fue *rex Franciae est imperator in regno suo*, cuyo origen supone Koschaker desconocido<sup>2</sup>.

Calasso, al tratar de fijar el origen de la transcendental fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, observa que ya en la segunda mitad del siglo XIII dicho principio había ligado su suerte al movimiento de emancipación de las más antiguas monarquías de la Europa romano-cristiana, y se afirmaba en favor no sólo de las monarquías francesa y siciliana, sino también del reino de España, donde se habían codificado las Partidas del Rey Sabio, las cuales enuncian el principio de que el rey *quanto en lo temporal, bien así como el emperador en su imperio*<sup>3</sup>. Es evidente que Calasso procede con imprecisión al hablar del reino de España como ámbito de las Partidas, aunque siga en esto a los glosadores, y no parece haberse documentado excesivamente sobre el ambiente político de nuestros reinos de la Reconquista ni sobre el carácter de las Partidas para basar sus afirmaciones.

Creemos que se hace necesario investigar si el principio que expresa la idea de *plenitudo potestatis* es invocado por el monarca castellano para justificar la plena *jurisdictio* de su monarquía o, por el contrario, si su inclusión en el Código de las Siete Partidas obedece a simple influencia de la doctrina italiana y, por consiguiente, tiene un alcance meramente escolástico, que concuerda a la perfección con el carácter en cierto modo didascálico de la obra de Alfonso X. El examen de la complicada gestación de la repetida fórmula puede arrojar luz sobre la cuestión, y quizá nos ayude a precisar el alcance de las brevísimas y circunstanciales referencias de las Partidas. El estado actual del problema de la génesis podemos condensarlo de la obra del historiador italiano.

La fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, sobre la que Gierke<sup>4</sup>, Woolf<sup>5</sup>, Ercole<sup>6</sup> y también Ca-

2. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (Munich 1947) p. 77; *Europa y el Derecho romano* (trad. J. Santa Cruz) (Madrid 1955) p. 128.

3. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*<sup>3</sup> (Milán 1957) p. 37.

4. O. GIERKE, *Deutsches Genossenschaftsrecht* III (Berlín 1881) p. 381 ss.

5. WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of mediaeval political thought* (Cambridge 1913) p. 134 ss.

lasso han centrado, equivocadamente sin duda, el problema histórico de la soberanía, en un principio había querido significar, simplemente, que los mismos poderes que la conciencia —yo diría la teoría política— de la época reconocía al emperador sobre el Imperio debían ser reconocidos a cada rey libre dentro de su reino. Y de esto no tardó en ampliarse hasta comprender todos los ordenamientos particulares que, teniendo en sí mismos la razón de su propia existencia, poseían también los poderes para su justificación<sup>7</sup>.

Los tratadistas señalaron distinta patria de origen a la fórmula. Ercole, partiendo de los resultados de Woolf, intentó demostrar que no había sido en Italia, sino en Francia, en los escritos de Jean Blanosco y de G. Durande, donde la fórmula había aparecido, por lo cual había que atribuir su gestación a la publicística francesa, puesto que sólo se podía considerar generada en las condiciones políticas de Francia. Calasso señaló una fuente italiana desconocida a Ercole, el proemio de Marino de Caramanico a la glosa sobre la constitución de Federico II para el reino de Sicilia, en la cual se encuentra, no sólo aquel enunciado, sino un desenvolvimiento teórico orgánico sobre las condiciones jurídicas del reino siciliano. La tesis del origen francés le parece a Calasso insostenible también ante la existencia de otros textos, particularmente una glosa de Alano, en la que se sienta el mismo principio<sup>8</sup>.

Calasso identifica y distingue dos elementos en la estructura de la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*: el desconocimiento de superior por parte de los reyes libres y la atribución a cada uno de éstos, en su reino, de la potestad plena ejercida por el emperador en el mundo. Son, para él, los principios elementales de la soberanía, y de aquí que haya visto en ella el origen más remoto de una idea, la de soberanía, que es posterior en el tiempo y fruto de otras circunstancias. Pero la fórmula es la primera en la que estos dos elementos se han fundido armónicamente, pues tienen distinto origen.

---

6. ERCOLE, *L'origine francese di una nota formola bartoliana*, en *Arch. Stor. ital.* (1915); *Da Bartolo all'Althusio* (Florenca 1932) p. 157 ss.

7. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 23.

8. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 24 ss. y 31 ss.

La independencia del emperador fue discutida y demostrada por cada rey libre con argumentos peculiares. Así, la *exemptio ab Imperio* del rey de Francia fue basada sobre la decretal *Per venerabilem* de Inocencio III<sup>9</sup>, mientras la *exemptio* del rey de Sicilia fue fundada sobre la sentencia de excomuniación contra Federico II. Puede deducirse de esto que la afirmación de independencia del Imperio no nació como un principio teórico, sino como una declaración política. En cambio, la atribución de la *plenitudo potestatis* es fruto doctrinal; es una conquista del pensamiento jurídico lenta en la penetración, pero incorporada de una vez para siempre<sup>10</sup>.

La historia de la fórmula se reconstruye como desenvolvimiento teórico de la afirmación de independencia del emperador, a la cual había ofrecido una autorizada base textual la decretal de Inocencio III. Pero, a pesar de todo, era insuficiente para los fines de la política del rey de Francia, a quien afectaba, porque no aclaraba si la independencia era de *iure* o simplemente *de facto*, y porque en ella no se implicaba la consecuencia de que hubiese pasado al rey de Francia la suma de poderes, *plenitudo potestatis*, característica del emperador. Esta afirmación más atrevida la deducirá de la primera algún espíritu más falto de prejuicios. Calasso supone que la tradicional relación entre los dos elementos de la fórmula se alteró. Según él, la atribución de los poderes del emperador a cada rey libre fue formulada teóricamente antes de la declaración de independencia del rey frente al emperador. Tal declaración de independencia se encuentra en la literatura jurídica desde el siglo XIII fundada sobre la decretal *Per venerabilem*, aunque la costumbre de considerarla separada de la decretal de Inocencio III ha contribuido a aislarla de sus verdaderas razones históricas<sup>11</sup>.

Conviene destacar que la referencia al rey de Francia es incidental. El Papa, dirigiéndose al señor feudal de Montpellier, que le había pedido la legitimación de hijos naturales, fundándose en el precedente de la legitimación concedida por el mismo Papa a los hijos del rey francés, responde, rebatiendo esta fundamentación en el precedente, con estas palabras: *Insuper cum rex ipse*

9. *Decret.* 4,17,13.

10. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 39 ss.

11. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 41.



*superiorem in temporalibus minime recognoscat, sine iuris alterius laesione, in eo se subicere potuit... tu autem nosceris aliis subiacere.* La diferencia puesta de relieve entre la posición jurídica del señor de Montpellier y la del rey de Francia es que el primero está ligado por una relación feudal con un *superior*, y el rey de Francia no tiene sobre sí ningún *superior*. El Pontífice quería significar que el reino francés era un alodio soberano y no un *feudum*.

Inocencio III, cuando afirmaba que el rey de Francia no reconocía superior, no insistía demasiado sobre el concepto de la absoluta independencia del emperador, sino que aludía a un problema que reflejaba precisamente la suma de poderes o *jurisdictio* correspondientes al rey en cuanto *superiorem non recognoscens*. Precisamente por esto el Pontífice declara haber intervenido en favor del rey de Francia únicamente a título de gracia, y califica expresamente este ejercicio de la jurisdicción temporal, que no le corresponde, como puramente incidental y sin que suponga perjuicio del derecho ajeno. Sin embargo, el pensamiento de Inocencio III, por las circunstancias, evolucionó pronto hacia la afirmación sin reservas de la supremacía pontificia, poniendo las bases de un movimiento de ideas que llenará todo el siglo<sup>12</sup>.

La decretal de Inocencio III perdía su individualidad y se hacía un fragmento cualquiera del sistema canónico al ser separada del terreno que la había generado y ser transplantada a la codificación gregoriana, donde fue incluida en el libro del matrimonio bajo la rúbrica de la legitimación de los hijos. Pero el inciso referente al desconocimiento de *superior* por parte del rey de Francia no tardó en llamar la atención de los juristas, y aislado del texto vivió una historia propia, completamente extraña al contenido de la decretal.

El hecho de que el inciso de la decretal *Per venerabilem* haya atraído la atención de la ciencia jurídica es un síntoma claro de que tocaba un problema vivo. Pero tampoco debe olvidarse la importancia del hecho de que a las palabras del Pontífice puso la canónica una seria limitación al agregar: *de facto; de iure tamen subest Romano Imperio*. Así se creó una distinción interesante para

---

12. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 42 ss.

iluminarnos sobre el momento político en que era formulada. A propósito de ella se cita el canon *in apibus* del Decreto<sup>13</sup>, en el que se afirma la necesidad del *unus imperator*, y otra decretal de Inocencio III<sup>14</sup> en la que se habla de la elección del emperador y del derecho del Pontífice de controlar la capacidad del elegido. Del primer texto la glosa dedujo el principio de que el emperador corona a todos los reyes, y sobre la base del segundo se intentó precisar el concepto del emperador como aquel que tiene el *regnum mundi* por mandato de la Iglesia<sup>15</sup>.

El problema de las relaciones entre ordenamientos particulares e Imperio preocupaba a los juristas y tenía fuertes interferencias con el desenvolvimiento del Derecho común. Los textos de Hugocío y Sinibaldo de Fieschi se pueden incluir en la corriente canonística que tendía a afirmar la sujeción de todos los ordenamientos jurídico-políticos al Papa y, por consiguiente, también del Imperio. Comienza así a germinar la tesis hierocrática, sobre la cual trabajará la ciencia canonista del siglo XIII. La *ratio pontificis*, invocada por el maestro de Inocencio III como título de la *subiectio* al Imperio contrastará fuertemente con la *ratio Imperii*, que será defendida por la ciencia civilista sobre la base de la glosa acursiana, referida a los franceses y demás ultramontanos que se declararon libres de todo vínculo con el Imperio y, por consiguiente, de la sujeción al Derecho romano. Pero las dos tesis coincidían en la defensa del dogma del Imperio.

Un célebre texto del canonista Alano (*Et quod dictum est de imperatore dictum habeatur de quolibet rege vel principe qui nulli subest. Unusquisque enim tantum iuris habet in regno suo quantum imperator in Imperio*) se refería sin duda al carácter originario de la *plenitudo potestatis* que se reconoce a cada *rex vel princeps qui nulli subest*, puesto que su autor atribuye el principio al *ius gentium*. De las necesidades de la naturaleza humana ha nacido la división de los reinos por la cual se rompió la unidad del Imperio de Roma. Los ordenamientos particulares, según Alano, están generados, no por la quiebra de la unidad del Imperio romano, que

13. *Decreto*, Causa 7 q. 1 c. 41.

14. *Decret.* 1,6,34.

15. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 54.

era creación divina y, por tanto, eterna, a tenor de la concepción medieval, sino dentro de la órbita de esta unidad y en virtud de un nuevo *ius gentium*. Pero el Imperio subsiste siempre y domina, como lo prueba la referencia constante al emperador. El texto de Alano es el comentario a una decretal de Alejandro III, del cual arranca para proponer la cuestión de si el emperador deriva su poder temporal del Pontífice; y rechaza la teoría de los que suponen que el emperador deriva su poder en los príncipes a quienes corresponde elegirlo, para afirmar que el poder temporal deriva del Pontífice, pues Cristo transmitió ambos poderes a su Vicario<sup>16</sup>.

Estos principios doctrinales reflejan el ambiente de la Europa de los siglos XII y XIII, cuando comienzan a perfilarse las formaciones políticas nacionales en la órbita del ordenamiento romano-cristiano. El proceso fue fruto del natural desenvolvimiento de principios antiguos y de nuevas concepciones políticas, suele repetirse. Dentro de cada país, dicese también, como partía de tradiciones distintas y tendía a finalidades particulares, tuvo una vida propia, lo cual parece testimonio de la espontaneidad del movimiento.

Todo lo que hemos visto hasta aquí, que es la descripción y explicación más fundada y aceptada acerca del origen y carácter del poder medieval, deja totalmente insatisfecho, pues no acierta a aclarar las causas determinantes de la concepción de la *plenitudo potestatis*, que es una formulación política hecha en un momento de crisis. Por consiguiente, parece lógico buscar la génesis de nuestra fórmula y, sobre todo, de su contenido en un momento anterior, que quizá la determina. Pero es que, además, todo este movimiento y su explicación, que puede ser adecuado por lo que respecta a las nacientes nacionalidades europeas, no se corresponde en absoluto con la realidad política de los reinos cristianos de la Península ibérica. Las circunstancias políticas de estos reinos eran distintas, y también lo eran tanto los principios antiguos cuanto las nuevas circunstancias operantes en aquel momento. Los reinos peninsulares viven uno de esos característicos momentos de alejamiento de Europa y sus problemas, los cuales, por lo demás, ya se habían vivido aquí con anterioridad, en la época visigoda. El principio

---

16. CALASSO, *I glossatori* cit. p. 59 ss.



antiguo que en Hispania opera es exclusivamente la derivación de la monarquía visigoda —de la cual se consideran continuadores los monarcas de la Reconquista—, que, como hemos de ver, ya había logrado prácticamente su *plenitudo potestatis* e incluso una justificación de ella. Y las nuevas circunstancias vienen determinadas por la presencia del Islam y la recuperación de los territorios peninsulares. Herencia y conquista son, en consecuencia, los dos grandes principios sucesorios en los reinos de la Reconquista. Y más aún: la misma existencia en esta época del llamado Imperio hispánico habla del alejamiento a que aludíamos y de la escasa repercusión del Imperio universal, que se sustituye por la conciencia de derivación de la monarquía visigoda, lo cual no debe sorprender, pues el reino visigodo había forjado su personalidad política independiente —naturalmente del Imperio y de su idea—, y lo había hecho precisamente frente al Imperio de Oriente y frente a los francos.

Parece, pues, que no se debe pensar, como Calasso, que la identidad de ambiente hubiera hecho posible en los reinos hispánicos un movimiento semejante al que hemos verificado en las nacionalidades europeas nacientes de la fractura de la unidad del Imperio medieval, y que éste hiciera fácil la recepción de los principios elaborados en Italia. La falta de ese ambiente político semejante parece confirmarla el silencio de las fuentes hispánicas y el carácter incidental de las referencias a las monarquías hispánicas. Este silencio se explica porque el presupuesto fundamental, la necesidad de emancipación del Imperio medieval, no se daba en los reinos hispánicos.

Ahora bien, el silencio de las fuentes no es total. Tenemos, como ya hemos dicho al comienzo, un reflejo de las doctrinas de la *plenitudo potestatis*, que hemos vistos generarse en el campo de la ciencia canónica, en dos textos de Partidas y en uno del Espéculo relacionado con el segundo de aquéllos.

*Part. 2, 1, 5: Que cosa es el Rey.—Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia, e en*

*Espéculo* 1, 1, 13: Por esta ley se prueba como el rey don Alfonso puede facer leyes e las pueden facer sus herederos.— Por facer entender a los omes desentendudos que nos el sobredicho rey don Alfonso ave-mos poder de facer estas leyes también como los otros que las fezieron ante de nos, oy mas queremos lo mostrar por todas estas maneras por razon e por fazana e por derecho. E por razon, que si los emperadores e los reys que los imperios e los regnos ovieron por eleccion pudieron fazer leys en aquello que tovieron como en comienda, quanto mas nos que avemos el regno por derecho heredamiento. Por fazana, ca non tan solamiente los reys de Espana que fueron antiguamente las fezieron, mas condes e jueces e adelantados que eran de menor guisa e fueron guardadas fasta en este tiempo. E pues que estos las fezieron que avien mayores sobre si, mucho mas las podremos nos fazer que por la merced de Dios non avemos mayor sobre nos en el temporal. Por derecho, ca lo podemos probar por las leyes romanas e por el derecho de santa elesia e por las leys despaña que fezieron los Godos

verdad quanto a lo temporal, bien assi como el Emperador en su Imperio...

*Part.* 1, 1, 15: Por mostrar a los hombres razones de-rechas, por que el sobredicho rey Don Alfonso hubo poder de facer estas leyes.— Por razon, que si los emperadores et los reyes, que los emperios et los regnos hobieron por eleccion, podieron facer leyes en aquello que tovieron como en comienda, quanto mas nos que habemos el regno por derecho heredamiento. Por fazanya, que non tan solamiente los reyes de Espana que fueron antiguamente, mas cuendes, et iuizes et adelantados que eran de menor guisa, et fueron guardadas fasta en este tiempo; et pues que estos las ficieron que habian mayores sobre si, mucho mas las podemos nos fazer que por la merced de Dios non habemos mayor sobre nos en el temporal<sup>17</sup>.

---

17. Figura esta ley solamente en algunos manuscritos de las Partidas. Vid. ed. de la Real Academia de la Historia I (Madrid 1807) p. 23. No aparece en la edición de Gregorio López.

en que dize en cada una destas  
 que los emperadores e los reyes  
 an poder de fazer leyes e de  
 anader en ellas e de minguar  
 en ellas e de camiar cada que  
 menester sea. Onde por todas  
 estas razones avemos poder  
 complidamente de fazer leyes.  
 E por ende queremos comen-  
 zar en el nombre de Dios.

Las Partidas eran el único texto de la época en el que podían tener cabida estos principios elaborados por la doctrina extranjera, y no debe sorprendernos demasiado el que aparezcan aquí y no se manifiesten en otros textos contemporáneos. Tampoco debe valorarse excesivamente el hecho de su inclusión, pues se debe tener presente siempre el carácter didascálico del Código alfonsino, y son muchas las disposiciones anacrónicas que se incluyen conscientemente por los redactores. La invocación del repetido principio por parte del monarca castellano no es para justificar su poder pleno de rey libre, pues bien fundado lo tenía, a su parecer, por razón de herencia—derivación de la monarquía visigótica—, título superior y en contraste, como el mismo texto revela claramente, con la mera tenencia, por comienda y elección. Parece bastante claro que la fórmula se repite en la primera de las leyes transcritas como un simple adorno doctrinal. En la segunda de las leyes —Part. 1, 1, 15—, la invocación de ausencia de superior, presupuesto de la *plenitudo potestatis*, parece tener una justificación práctica claramente perceptible. Basta recordar la historia de la vigencia de las Siete Partidas y su posible tentativa de unificación jurídica. En aquel tiempo de vigencia de multiplicidad de ordenamientos jurídicos locales, hay que suponer lo insólito que era en Castilla el establecimiento de una nueva ley, no sobre cuestiones concretas, sino sobre todo el ordenamiento jurídico. Por ello, se ha supuesto<sup>18</sup> que Alfonso X hubo de salir al paso de quienes mostraban su recelo, y, en forma no poco desusada, incluyó en el Espéculo la citada

---

18. A. GARCÍA-GALLO, *El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio*, en *AHDE*. 21-22 (1951-1952) 295.



ley I, I, 13 para hacer entender a los omes desentendidos que nos, el sobredicho rey don Alfonso, avemos poder de hacer estas leyes también como los otros que las fezieron ante de nos. Y a este efecto alegó tres razones: el ser el rey propietario por herencia, y no mero tenedor del reino por elección; no tener superior en lo temporal, siendo así que incluso Adelantados, Condes y jueces, que lo tienen, habían legislado; y ser facultad de los reyes el hacerlas según el Derecho romano, el canónico y el Código visigodo. En esta empresa de legislación general y de unificación se tropezaba fundamentalmente con el Derecho local, que es ante quien justifica el rey su poder de legislar, modificándolo y derrumbando la autonomía municipal que, como el Derecho local, se basaba en antiguos privilegios. Pero el rey no justifica, ni mucho menos, su poder de legislar en general, puesto que él está seguro de poseer la plena *iurisdictio*.

Así, pues, el principio del que hemos visto generarse la idea de *plenitudo potestatis* en la Edad Media fue recibido e incorporado a las Siete Partidas a través de la doctrina de los glosadores. Pero este simple hecho no es suficiente para afirmar, como hace Calasso, que dicho principio había podido apoyarse sobre la base de una realidad política semejante a la de los reinos en que había germinado. La realidad política de los reinos peninsulares de la Reconquista era muy distinta, ya lo hemos dicho. Y lo era, entre otras cosas, porque estos reinos eran herederos de la monarquía visigoda, cada uno de ellos de alguno de los múltiples trozos en que se había fragmentado el poder unitario de la monarquía visigoda, la cual ya había logrado una especie de nacionalismo godo y, mediante él, la justificación de la plenitud del poder de su monarquía. Este sentimiento de continuación y el consiguiente ideal de reconstrucción de la *gens gotorum* es algo que está presente y determina la Reconquista, por lo menos en los primeros siglos, y se manifiesta claramente en las principales crónicas.

Castilla y los otros reinos peninsulares de la Reconquista no necesitaron de la teoría de la *plenitudo potestatis*—elaborada para justificar la plenitud de poder de las monarquías libres frente al Imperio—gracias a la conciencia de nacionalismo y consiguiente unidad política independiente que se forja en la época visigoda.

precisamente contra el Imperio bizantino, en la lucha por la liberación del territorio ocupado en el S. E. desde la época de Atanagildo; una especie de movimiento de independencia del Imperio que llevó a la justificación del poder de la monarquía visigoda. Por otra parte, la independencia se acentúa también frente a los francos, el otro gran enemigo desde la batalla de Vogladum, protagonista de la renovación del Imperio romano en el Sacro romano Imperio, lo que impediría también la no inclusión en él de los reinos hispánicos y explicaría nuestro particular Imperio. Pero conviene resaltar que en la justificación teórica de esta situación de independencia frente al Imperio jugó un importante papel la Iglesia toledana con su ya larga experiencia de nacionalismo eclesiástico. Basta recordar la labor de los Concilios de Toledo y la completa doctrina sobre cuestiones políticas de San Isidoro, convertida en ley del reino en el Concilio IV de Toledo y, junto con otros textos toledanos, incorporada al *Liber iudiciorum* como una especie de constitución del reino. Los reinos peninsulares medievales, pues, no necesitaron de la teoría de la *plenitudo potestatis* porque no vivieron las mismas circunstancias de los reinos europeos o bien las vivieron en forma distinta con anterioridad. El fenómeno no es sorprendente ni debe sorprender.

Desde el siglo xv, por lo menos, los términos poder absoluto y no reconocimiento de superior en lo temporal, acuñados para las circunstancias de los siglos xii y xiii, parecen difundirse al compás del predominio de la doctrina romano-canónica, y se utilizan desde Juan II como fórmula de sanción de las pragmáticas, las cuales se caracterizan por su validez general y por ser promulgadas por el rey, pero sin propuesta o acuerdo de las Cortes como las leyes, sino en virtud de su "poderío real absoluto"<sup>18b</sup>. La fórmula es políticamente significativa: "de mi cierta ciencia e poderío real absoluto, no reconociente superior en lo temporal, revoco, caso e anulo, no embargante cualesquier Leyes, Fueros, Ordenanzas y costumbres e fazañas... y como Rey e soberano señor, así lo establezco, ordeno y mando, y es mi merced y voluntad que vala y sea

---

18b. A. GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, en *AHDE*. 21-22 (1951-1952) 624.



firme y estable y valedero como si fuese instituido y ordenado, fecho y establecido en Cortes".

Otra vez los fueros, costumbres y fazañas ante los que justificaba su poder legislativo Alfonso X. Pero aparte de ellos, las Cortes y la necesidad de justificar una legislación del monarca de la misma jerarquía que la establecida conjuntamente por el rey y las Cortes, a la que correspondía el máximo valimiento.

Seguía sin ser fundamentalmente necesaria la recepción de la teoría de la *plenitudo potestatis* en Castilla y los otros reinos peninsulares, aunque se difundió su formulación y se echó mano de ella en estos casos que hemos observado. No se necesitó de esta teoría ni en el siglo XIII ni después, a pesar de que encontremos huellas de su formulación, porque el reino visigodo había hecho su *exemptio ab Imperio* y después no se participó en la renovación del Imperio en el Sacro y romano y no hubo necesidad de emanciparse de él.

2. Veamos ahora cómo se produjo el acontecimiento y cuáles fueron los factores que lo determinaron y los que han contribuido a la solución. Pero antes de entrar en el examen permítasenos insistir en unas consideraciones que pueden parecer a primera vista marginales, pero que al menos esperamos servirán para indicar el campo de pensamiento en que nos movemos.

Es sabido que los acontecimientos históricos se suceden, pero no se repiten. Esto no debe ser olvidado, y por ello creemos que se debe seguir repitiendo, como se ha hecho con cierta frecuencia, que la Edad Media no conoció el concepto moderno de soberanía, así como tampoco conocería el concepto de Estado. De la misma manera que es moderna la construcción teórica del Estado, también es desconocida a la Edad Media la concepción de una *suma potestas*, que nace con la obra de Bodín. Sin embargo, esta prudente postura, consecuente con la irrepetibilidad de los acontecimientos históricos, se deja de observar, y es frecuente oír que, aun cuando la idea moderna de soberanía es extraña a las concepciones medievales, es en el medievo en donde debemos buscar su génesis. Así, como ya hemos indicado, algunos autores han centrado el problema histórico de la soberanía sobre la repetida fórmula *rex superiorem*:



*non recognoscens in regno suo est imperator*. Esto es lo que han hecho muchos autores y, últimamente, Calasso.

El proceder de estos autores es un excelente e ilustrador ejemplo del problema del influjo de las ideas actuales en la interpretación y exposición del pasado. Es que los investigadores en general, pero especialmente los de la Historia constitucional alemana, procedieron en la investigación y exposición del pasado con categorías procedentes del ámbito del Estado, trasladando incluso las ideas de Estado, soberanía, territorio, etc., a una realidad histórica anterior al nacimiento del Estado, con lo cual han deformado, sin duda, la realidad histórica. Böckenförde ha dado la voz de alarma en un documentado e ilustrador trabajo<sup>19</sup>, si bien antes ya algún historiador alemán ha sabido percibir ese condicionamiento que sufrieron sus predecesores y, eliminando los conceptos anacrónicos y procediendo con categorías de la época correspondiente, ha llegado así a una mejor comprensión de los fenómenos políticos del pasado, en especial de los medievales. Es posible, pues, que una investigación sobre la *plenitudo potestatis* medieval, cuyo desenvolvimiento hemos visto, realizada con total independencia de la idea de soberanía dará un resultado especialmente interesante y, en particular, permitirá comprender mejor el especial caso de Hispania.

La idea de soberanía es algo distinto de la de *plenitudo potestatis*. La soberanía moderna es un concepto que parte de Bodin, y soberano, como es sabido, es el que decide la situación de excepción. Se comprende, pues, que la idea está íntimamente relacionada con el Estado moderno y dependiendo ambas del ambiente de guerra civil confesional. La Edad Media no conoció este problema de guerra confesional, que fue el determinante del Estado y la soberanía modernas, como ha puesto de relieve Carl Schmitt. La llamada de la Edad Media, el challenge, que diría Toynbee, es completamente distinto. Y también fue distinta la respuesta o contestación al challenge.

La Edad Media, como se ha podido apreciar a través de la

---

19. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19 Jahrhundert* (Berlín 1961); rec. A. d'Ors, en *AHDE*: 30 (1960) 652-654.

génesis de la fórmula *rex superiorem*, trata de justificar el ejercicio de los máximos poderes por parte de unas personas—los reyes de las nacientes monarquías libres—distintas de los emperadores, a los cuales corresponde exclusivamente la plenitud del poder según la concepción política dominante en la época, que es la teoría política elaborada sobre la realidad del Imperio romano después de su desaparición. La respuesta a esta situación del medievo fue dada, como hemos insinuado ya, por lo menos en dos momentos distintos: en la España visigoda y en las monarquías europeas de los siglos XII y XIII. Mas una y otra situaciones vienen determinadas, si no me equivoco, por el mismo acontecimiento, que es la particular manera de asentarse los pueblos germánicos en los territorios del Imperio romano.

Podemos observar los rasgos fundamentales del asentamiento del pueblo visigodo, que presenta semejanzas y peculiaridades respecto a los otros pueblos. No cabe duda alguna de que la forja del reino visigodo se inició sobre la base de la relación con el Imperio cimentada en el *foedus*, el primero y fundamental de los cuales fue consecuencia de la victoria de Constantino del año 332. Este vínculo federal, en el caso de los visigodos, permitió mantener la propia conciencia nacional, por lo que la relación de federación es el punto de partida de una evolución que terminó en la fragmentación del Imperio de Occidente y en la formación del reino visigodo<sup>20</sup>. En algunos momentos esta relación con el Imperio rebasa los límites del *foedus*, pero la situación más permanente fue la federación, que no sólo permitía conservar la conciencia nacional, sino incluso las propias estructuras político militares y los reyes.

Poco a poco los visigodos fueron acrecentando su personalidad y su relevancia, incluso frente al Imperio, que llega a culminar en el momento en que Alarico parece tener en sus manos el futuro del Imperio. Pero siempre se conserva formal y prácticamente la sumisión al Imperio consiguiente a la dependencia federal. Los monarcas visigodos reciben altas magistraturas: Alarico es nombrado *magister militum* y Ataulfo *comes domesticarum equitum*. Los pro-

---

20. L. SCHMIDT, *Geschichte der deutschen Stämme bis zum Ausgang der Völkerwanderung. Die Ostgermanen*<sup>2</sup> (Munich 1934) p. 403 ss.

pósitos imperiales de Ataulfo quizá puedan significar un momento de crisis de la sumisión al Imperio, cosa discutible, sobre todo si eran simplemente personales, pero al ser abandonados determinan una consolidación de la dependencia federal y una especie de aceptación definitiva del Imperio.

Como federados penetraron los visigodos en Hispania para combatir a los Alanos y a los Vándalos. Desde allí fueron llamados a la Galia por Constancio con el fin de asentarlos en la Aquitania II. En este *foedus* del 418 se suele ver el origen del reino de Tolosa, cuyos caracteres con relación al Imperio se ha dicho que son dependencia federal, concesión de tierras y servicios militares<sup>21</sup>. En los años sucesivos, los visigodos van aumetando su preponderancia, pero el Imperio y los emperadores siguen detentando el papel directivo. Y aun cuando los reyes godos llegaron a disponer de la dignidad imperial, eso mismo es prueba de que ésta no había perdido su significación<sup>22</sup>.

Lo más interesante, sin embargo, es que se pueda hablar, con más o menos exactitud, de la existencia de un reino de Tolosa, cuyos monarcas adquieren un poder de hecho cada vez mayor, en relación de dependencia del Imperio. En síntesis: coexisten el poder del emperador con su administración y sus magistrados y el de los reyes germánicos. Es posible que el advenimiento de Eurico suponga una suspensión de la relación federal, como alguna otra de las anteriores, pero es difícil pensar que la ruptura se hiciera con intención de ser definitiva. De hecho, al desaparecer el Imperio, aquella suspensión se convirtió en el fin de la relación federal, pero era difícil pensar en prescindir del admirado Imperio y de su arquitectura y, menos aún, oponerse a él, tanto más cuanto que en su parte oriental seguía en pie y fuerte. La misma embajada de Eurico al emperador de Oriente, a la que se atribuye el objeto de pedir la disolución del *foedus* y el reconocimiento de la soberanía<sup>23</sup>, aún cuando tuviera realmente esa finalidad, es una prueba clara del recono-

---

21. R. GIBERT, *El reino visigodo y el particularismo español*, en *Estudios visigóticos I* (Roma-Madrid 1956) p. 21.

22. GIBERT, *El reino visigodo* cit. p. 22.

23. SCHMIDT, *Geschichte* cit. p. 437.



cimiento de la superioridad, por lo menos teórica, del emperador y del Imperio. El Imperio sigue subsistiendo prácticamente, pero sobre todo subsiste teóricamente como organización superior, ideal e imprescindible, en la cual se tienen que engarzar las otras organizaciones.

Los visigodos, es verdad, realizaron de hecho una sucesión del Imperio, pero esta sucesión no debe entenderse como algo universal y abstracto, sino que tiene una dimensión que viene determinada por el alcance del asentamiento de los visigodos y la autoridad, digamos, con que fue hecho. El establecimiento definitivo de los visigodos en las provincias del Imperio procede de una concesión de los emperadores, y el poder que ejercitan, por mucho que haya crecido y tendido a independizarse, lo hacen *ex auctoritate Romana* o *sub specie Romanae ordinatione*. Por otra parte, el asentamiento visigodo es rigurosamente provincial<sup>24</sup>. Consecuencia de esto es que, de la misma manera que la letra gótica es una derivación de la de los gobiernos provinciales y no de la cancillería imperial, el poder que detentarán los reyes germánicos no se deriva del poder absoluto de los emperadores, sino que es derivación del ejercido por los magistrados que estaban al frente de las circunscripciones que habrán de formar el ámbito espacial de los nuevos reinos germánicos. El reino visigodo se construyó sobre la base de la *diocesis Hispaniarum* y parte de las diócesis de las Galias. Esto pudo ser consecuencia del dominio de hecho de la Prefectura del Pretorio de las Galias durante los últimos tiempos del Imperio, y determinó, si no me equivoco, directrices y acontecimientos políticos trascendentales: por un lado, la tendencia al dominio de las Galias, en la que se tropezó con los francos, y que trajo como consecuencia la lucha y la enemistad más permanente y auténtica quizá del reino visigodo; por otra parte, la idea de diversidad, que hizo posible la división, aunque sólo fuera a efectos de corregencia como la de Luiva y Leovigildo, y una continua serie de rebeldías, como la de época de Recaredo y la del duque Paulo, que tienen en su propósito un límite territorial.

El pueblo visigodo, pues, como otros pueblos germánicos, se ha

---

24. GIBERT, *El reino visigodo* cit. p. 24 y 26.

asentado en el Occidente del Imperio en virtud de unos *foedera* que los convertían en aliados del Imperio y les proporcionaban tierras en las que asentarse y desarrollar su vida. Lo más relevante y destacable, quizá, es que, por lo menos los visigodos, no han conquistado los territorios en los que se asentaron y construyeron posteriormente una organización política independiente. Esto quiere decir que no han operado una toma y reparto de la tierra —y estamos nuevamente en la línea del pensamiento de Carl Schmitt— de la cual se podría derivar un ordenamiento jurídico nuevo; esto es, distinto del Imperio romano. Como consecuencia de no haberse realizado una conquista, sino una incorporación de los pueblos germánicos al Imperio mediante el sistema romano de la *hospitalitas*, se siguió necesariamente la conservación del ordenamiento romano. Los pueblos germánicos se establecieron en determinadas circunscripciones, provincias del Imperio, el cual siguió conservando su organización y su vida. Por mucho que se insista, siempre se destacará poco la importancia de la forma de asentarse en los territorios del Imperio estos pueblos germánicos que habían de crear las que conocemos hoy como nacionalidades europeas, que son el resultado del injerto de los pueblos germánicos en el Imperio romano. Se debe destacar, sin embargo, la excepción que suponen algunos pueblos, los suevos concretamente, que quizá no han celebrado *foedus* alguno, sino que han irrumpido violentamente en el Imperio y, después de una especie de conquista, se han asentado en un territorio de Hispania, en el cual formaron un reino de corta vida, pero no exento de protagonismo en la forja del reino visigodo. A estos suevos combaten los visigodos por orden del Imperio, primero, y por cuenta propia, después, una vez desaparecido aquél y avanzado ya el proceso de consolidación de la monarquía visigoda.

Los grupos germánicos son, en el momento de las migraciones, pueblos en armas y, como tales, al frente de ellos figura un rey, magistrado que asume el poder en el momento de excepción, la guerra, sustituyendo a las asambleas, órganos típicos de los pueblos germanos y de otros pueblos primitivos. Estos reyes germánicos, al establecerse sus pueblos en los territorios del Imperio como aliados, fueron investidos con el cargo de magistrados. El poder de estos reyes era, como magistrados, limitado y dependiente del empe-

rador, a quien correspondía la plenitud del poder en el Imperio romano.

Los reyes germánicos y sus poderes quedan determinados por los que les correspondían en el momento de origen, los de magistrados; poderes limitados frente a los poderes absolutos de los emperadores. De esta forma, se produce una situación de subordinación de los reyes frente al emperador; por lo menos, el poder de ellos es de distinta jerarquía que el del emperador y presupone a éste. Y esta situación continúa después de la caída del Imperio o, por lo menos, deja su impronta. Es evidente que, desaparecido el Imperio, estos pueblos no intentaron nunca adueñarse de él ni convertirse en Emperadores sus monarcas.

Los reyes germánicos no sucedieron al emperador, ni siquiera puede decirse que cada uno de ellos se hubiera adjudicado una parte de aquel poder absoluto que le correspondía. Era difícil darse cuenta de la desaparición del Imperio y de los emperadores, tanto más cuanto que continuaban en Oriente. Los reyes continuaron el ejercicio de sus poderes de magistrados, sucediendo a los magistrados provinciales. La demostración más clara de esta sucesión la tenemos en la actitud legislativa de los monarcas godos, que se limitan durante mucho tiempo a emanar simples edictos, en el cuidado de no emplear términos como fisco y príncipes, que eran los romanos<sup>25</sup>, y en su proceder con el emperador de Oriente.

La desaparición del Imperio romano de Occidente provocó una situación de independencia de hecho; si se quiere, simplemente la desaparición de la relación federal. Pero no puede decirse que se rompió con el Imperio. Los monarcas conservaron la impronta originaria de magistrados y, conservando su admiración por el Imperio, no rompieron con la unidad ideal de él. La persistencia ideal del Imperio es innegable; se siente en todo y se confirma totalmente en el *imaginare* empleado por Jordanes en *De summa temporum*. Subsistió así un Imperio ideal —para los ostrogodos, por ejemplo, siguió siendo real—, dentro del cual se encuadraban también idealmente subordinados los reyes que sucedieron a los magistrados de

---

25. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, en *Estudios visigóticos II* (Roma-Madrid 1960) p. 7.



las provincias<sup>26</sup>. Y este encuadramiento real, o ideal para varios pueblos, se mantuvo hasta la renovación del Imperio romano en el Sacro romano Imperio.

La continuación del Imperio en forma ideal primero y realmente en el Imperio renovado dio lugar a una concepción del poder de los reyes como limitado o mediatizado<sup>27</sup> frente a la plenitud de poder que según la concepción de los tiempos correspondía sólo al emperador.

Parece clara la continuidad de los reyes germánicos junto a un Imperio romano ideal o prácticamente subsistente. La peculiaridad del proceso en el reino visigodo consiste cabalmente en su lucha con el Imperio de Oriente, que le impidió conservar el ideal de un Imperio y un emperador. Así, la existencia real del Imperio bizantino, apoyo para otros pueblos, no fue un apoyo para la monarquía visigoda, sino la causa de su *exemptio ab Imperio*. La situación de continuidad del Imperio, incluso de la idea de Imperio se pierde pronto en el reino visigodo al provocarse una enemistad real con el Imperio. Uno de los muchos episodios de guerra civil visigoda provocó la participación de los bizantinos como colaboradores del bando de Atanarico, situación que aprovecharon para establecerse como invasores y ocupadores de una zona del sureste de la Península. En el reinado de Leovigildo se nota ya un gran distanciamiento del Imperio y una clara reafirmación de personalidad independiente. Hasta entonces los monarcas visigodos no se sentían soberanos. Es que en época de Leovigildo, tras la derrota definitiva de los suevos, se incorpora su reino al visigodo, logrando la unificación peninsular. Aparte de la consciencia de obrar por cuenta propia y no por delegación del Imperio, ahora enemigo, de conquistar en beneficio propio, debió de ser trascendental la incorporación del reino suevo, porque además de la unidad se vino a sumar la aportación sueva de un reino con una experiencia histórica de vida política totalmente independiente del Imperio. Leovigildo, por esto y por sus éxitos militares frente al Imperio, adquiere consciencia de soberano y se atreve ya a acuñar moneda, a hablar de fisco, y

---

26. A. D'ORS, *Coloquios sobre teoría política de la antigüedad clásica*, en *Estudios clásicos* 44 (1965) 158-160.

27. D'ORS, *Coloquios* cit. p. 158-160.

comienza también a darse títulos y atributos imperiales<sup>28</sup>. La actividad legislativa —quizá el ejercicio de poder más significativo, puesto que era exclusiva competencia del emperador— comienza a ser ejercitada en gran escala por Recaredo y sus sucesores, que ya se atreven, paralelamente, a usar el título de *Flavius*, empleado por los emperadores del Bajo Imperio. Es muy significativo, sin duda, que sea después de la conversión oficial al catolicismo cuando los monarcas visigodos comienzan a legislar y que lo hagan de acuerdo con los Concilios de Toledo.

La enemistad y lucha con los bizantinos hizo imposible en el reino visigodo la conservación de la idea de unidad del Imperio. No podía caber una subordinación, ni siquiera ideal, al Imperio enemigo. La enemistad provocó la necesidad de forjar una situación de igualdad frente al Imperio. De esta forma se produjo la *exemptio ab Imperio* del reino visigodo, la primera *exemptio ab Imperio*. Quedaba ya abierto el camino para la atribución de la plena potestad a los monarcas visigodos. No se hizo mediante la atribución al rey de la misma potestad que el emperador, como hemos visto que sucedió en los reinos medievales. Por lo menos, no hay en las fuentes visigodas, que yo sepa, dato alguno que permita suponerlo. Pero lo que sí parece bastante claro es que fue en el campo eclesiástico en donde se encauzó y se dio solución al problema.

El elemento eclesiástico visigodo, aun antes de la conversión oficial al catolicismo, era quizá el sector más hostil al Imperio. No se debe olvidar que una de las más relevantes personalidades del episcopado visigodo, San Isidoro, era un exiliado de su tierra natal, Cartagena, ocupada por los bizantinos. La Iglesia visigoda, con su tradición de nacionalismo eclesiástico facilitó grandemente la solución del problema que planteaba la crisis frente al Imperio. Es sabido que la Iglesia fomentó desde los últimos tiempos del Imperio romano un nacionalismo eclesiástico, que dio lugar a la formación del Derecho canónico con cierta independencia en los distintos países. Desde el siglo VII la iglesia española toma un papel directivo, y se coloca en cabeza del movimiento de formación del Derecho en Occidente. Este nacionalismo eclesiástico, que iba acom-

---

28. L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Historia de España* (Madrid 1952) p. 26.

pañado de un cierta autonomía en la elaboración del Derecho, facilitaría la solución de la crisis provocada por la ruptura con el Imperio y ofrecería el modelo para una actuación de la monarquía. El nacionalismo eclesiástico se sumó al nacionalismo godo, y la Iglesia, aparte de una experiencia de gobierno autonómico, aportó su teoría del origen y carácter del poder, ya elaborada por la patristica y recogida por San Isidoro, y proporcionó un órgano legislativo experimentado, los Concilios de Toledo. Allí se elaboró la posterior legislación visigoda y allí se forjó también la constitución de la monarquía visigoda, el primer gran reino germánico consolidado en los territorios del desaparecido Imperio romano.

ALFONSO OTERO



## VENTAS Y EXENCIONES DE LUGARES DURANTE EL REINADO DE FELIPE IV

En estos últimos años se viene dedicando bastante atención por los investigadores al fenómeno de la formación tardía de señoríos; lo que Noël Salomon llama, con discutible exactitud, reacción señorial o neofeudalismo<sup>1</sup>. M. Torres López, al manifestar, en una notable monografía, su sorpresa ante el hallazgo de una carta puebla que reproducía, en pleno siglo XVI, los elementos típicos de este género de documentos, que solían creerse propios y exclusivos del Medievo, escribía: "Está por hacer la historia de nuestro régimen señorial desde los Reyes Católicos hasta la desaparición de los señoríos jurisdiccionales en el siglo XIX"<sup>2</sup>. Hoy no puede ya hacerse afirmación tan rotunda, pues aparte de monografías tan estimables como la del citado señor Torres López sobre el señorío de Benamejí, y la de Palomeque sobre el de Valdepusa<sup>3</sup>, han aparecido algunos trabajos de índole general; entre ellos ha de contarse, en primer lugar, la extensa obra de Guilarte, que, si bien enfocada más hacia el aspecto jurídico que el propiamente histórico de la institución, contiene puntos de vista generales y documentación de valor inestimable<sup>4</sup>. A continuación mencionaremos el extenso artículo de Salvador de Moxó<sup>5</sup>, anticipación de un estudio más amplio. Tanto Guilarte como Moxó se refieren más al siglo XVI que al XVII; en cambio, en el capítulo que dediqué al

---

1. *La campagne de Nouvelle Castille à la fin du XVI siècle d'après les Relaciones topograficas*. París, 1964.

2. *El origen del señorío solariego de Benamejí y su carta puebla de 1549* (Bol. Univ. Granada, 1932).

3. *El señorío de Valdepusa...* AHDE, 1946.

4. *El régimen señorial en el siglo XVI*. Madrid, 1962.

5. *Los señoríos. En torno a una problemática para el estudio del régimen señorial* (Hispania, núm. 94-95). Anteriormente había publicado *Incorporación de señoríos a la Corona* (Valladolid, 1959).

*Ocaso del régimen señorial* atendí más bien a las circunstancias reinantes con posterioridad al 1700<sup>6</sup>.

Esta enumeración no sería completa si omitiésemos el nombre del señor Lasso de la Vega, marqués de Saltillo, que consultó una enorme documentación sobre los nuevos señoríos; por desgracia, no sacó de ella todo el partido posible a causa de la orientación exclusivamente biográfico-genealógica de sus trabajos<sup>7</sup>.

Queda, pues, a pesar de todo, mucho terreno virgen que explorar en este campo; mi propósito es contribuir a su conocimiento con algunas aportaciones referentes al reinado de Felipe IV, que es cuando más intensidad alcanzó el fenómeno. También querría poner de manifiesto que la constitución de señoríos fue sólo un aspecto de un hecho más general que alteró el *status* jurídico de muchos municipios castellanos; a él pertenecen también las exenciones de lugares de las villas o ciudades de quienes dependían; las autoventas de lugares constituyen otra manifestación muy singular y poco conocida de las mismas circunstancias económico-sociales.

#### *La creación de nuevos señoríos bajo los tres primeros Austrias*

Sóla a modo de antecedente diremos unas palabras acerca de esta cuestión. La diferencia esencial que hay en este punto entre el siglo XVI y el XVII es que en el primero los reyes vendieron lugares eclesiásticos, y en el segundo sólo enajenaron los de realengo. Carlos I y Felipe II, monarcas piísimos, fueron también los primeros monarcas desamortizadores, aunque, eso sí, de pleno acuerdo con los pontífices, que concedieron las bulas autorizando la venta de numerosos lugares de obispados, monasterios y Ordenes Militares. Hay numerosos datos sobre estas operaciones en los trabajos generales citados anteriormente y en un artículo de S. de Moxó<sup>8</sup>. Agréguese, para el reinado del emperador, la obra fun-

6. A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La Sociedad española en el siglo XVIII*. Madrid, 1955.

7. *Historia nobiliaria española*, tomo I. Madrid, 1950.

8. *Las desamortizaciones eclesiásticas del siglo XVI*. *AHDE*, XXX (1961).

damental de don Ramón Carande<sup>9</sup>, y para las enajenaciones efectuadas bajo Felipe II, la reciente obra de don Modesto Ulloa<sup>10</sup> y un artículo de don Nicolás López Martínez<sup>11</sup>.

De esta época datan señoríos de importancia; algunos (pocos) adquiridos por la vieja nobleza; p. e., Pastrana; la mayoría, por la alta burocracia: don Francisco de los Cobos, Eraso, Garnica..., o por comerciantes y banqueros extranjeros: Negrón, Centurión. No poseemos la lista completa de las enajenaciones efectuadas; incluso hay discrepancias fundamentales, pues mientras Guilarte dice que Felipe II, en su lecho de muerte, reconoció haber rebasado los 40.000 ducados de renta que contenía la autorización concedida en 1574 por Gregorio XIII<sup>12</sup>, hay testimonios fehacientes de que al comenzar el reinado de su sucesor quedaba aún mucho que vender<sup>13</sup>. Abona este supuesto el que la bula de Clemente VIII en 1604 sobre restitución de los bienes eclesiásticos no menciona un exceso de ventas; sólo aduce que Felipe II, en su lecho de muerte, sintió escrúpulos de que la bula que alcanzó de Gregorio XIII fuera obrepticia y que sus frutos no se hubieran destinado al fin convenido, por lo que encargó a su hijo la restitución<sup>14</sup>.

Felipe III entabló una larga negociación en Roma para cumplir la voluntad paterna con el menor quebranto posible para la Hacienda; en un principio, la Curia se había hecho excesivas ilu-

9. *Carlos V y sus banqueros*, especialmente II, 412 y sig. (1.ª ed.).

10. *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*. Roma, 1963.

11. *La desamortización de bienes eclesiásticos en 1574* (*Hispania*, número 86).

12. Obra citada, pág. 309.

13. En 1600 certificaba un contador real que de los 40.000 ducados concedidos a Felipe II sobre bienes eclesiásticos quedaba aún mucho sin emplear (Arch. Embajada Esp. cerca de la S. Sede, leg. 93). El mismo año, en consulta de 7 de octubre, decía el presidente de la Cámara de Castilla al rey: "Sr.—Envío a V. M. la consulta de todo lo que se ha tratado en las ocho Juntas que ha habido largas sobre lo de volver a las Iglesias los vasallos que vendió el rey que aya gloria, que aunque el Breve fué para cuarenta mil ducados de oro al año no se han vendido mas de 9.424... A la mayor parte de la Junta parece que lo que conviene es escribir a Roma para sacar un perinde valere de S. S. en que apruebe las ventas que se han hecho." (A. H. N. Consejos, 15.201.)

14. La bula, en el *Bullarium Romanum Pontificum*, tomo V, parte 3.ª, págs. 66 y sig.



ciones, basándose en la piedad del joven rey; el cardenal Aldobrandini encargaba al nuncio Ginnasio gestionase la devolución ordenada por Felipe II, pero el nuncio le comunicó que no había propósito de restituir, puesto que el duque de Lerma acababa de comprar Valdemoro, que había sido de la Iglesia de Toledo, a su primitivo comprador, el marqués de Auñón<sup>15</sup>. Sin embargo, no fue poco lo que obtuvo con el acuerdo que cristalizó en la referida bula: restitución de los bienes aún no vendidos y compensación por los enajenados. La compensación se hizo mediante la entrega de juros.

En el reinado de Felipe III sólo se vendieron algunas villas realengas a cortesanos, con gran disgusto de sus moradores; al marqués de Espínola se trató de liquidarle los alcances que tenía contra la Real Hacienda dándole siete villas en la Tierra de Campos, pero ante la oposición de aquellos vasallos se le pagó en Cruzada y otras consignaciones<sup>16</sup>. No tuvieron tanta fortuna los moradores de las villas que el omnipotente duque de Lerma recibió en 1611 como compensación a una vieja y ya casi olvidada reclamación que tenía contra la Corona su casa por el condado de Castro. De los once lugares que adquirió a tan poca costa, "en uno, llamado Santa María del Campo, quitaron las armas de Su Excelencia de la puerta de la villa y volvieron a poner las de S. M. En otro, llamado Torquemada, las ensuciaron; y se ha proveído un alcalde para que vaya a hacer la averiguación contra los culpados; y otro alcalde se envió los días pasados a Tudela, que es cerca de Valladolid, sobre ciertos pasquines que habían puesto contra el Duque"<sup>17</sup>.

Es, sin embargo, en el reinado de Felipe IV (1621-1665) cuando las ventas de lugares adquieren un gran volumen, como parte de una política más amplia, dirigida a incrementar los recursos de la Real Hacienda por medio de ventas de cargos, oficios, mercedes y jurisdicciones; política que no fue privativa de España;

---

15. OLARRA, *Correspondencia entre la Nunciatura en España y la Santa Sede*, t. I, núm. 162, y II, núms. 93 y 226.

16. CABRERA, *Relaciones de las cosas sucedidas en la Corte de España*, Madrid, 1857, pág. 469 (año 1612).

17. CABRERA, obra citada, pág. 347.

en otros países, como Francia, la venta de cargos aún alcanzó mayores dimensiones, y dio lugar a consecuencias sociales de gran alcance<sup>18</sup>. Las ventajas que, desde el punto de vista real, presentaban estos medios de arbitrar ingresos eran fundamentalmente dos: en primer lugar, suscitaban menores resistencias que los impuestos de carácter general; en segundo término, si las Cortes se mostraban reacias, el rey podía alegar que se trataba de *regalías*, es decir, de derechos inherentes a la Corona, de los cuales podía disponer, en caso de necesidad, aun con la oposición del Reino. Hay que decir, sin embargo, que aun considerando como regalías las ventas de tierras y oficios, las alteraciones monetarias, etc., Felipe IV, en atención a su extraordinaria gravedad, casi siempre quiso contar con el consentimiento previo de las Cortes. (Verdad es que dicho consentimiento perdió en la práctica su valor por el falseamiento deliberado a que fue sometida dicha Institución; pero este es otro cantar.)

No sabemos cuándo surgió la idea de vender vasallos de realengo; la primera indicación concreta es una consulta del Consejo de Hacienda, de fecha 27 de abril de 1625, avisando al soberano que era preciso pedir a las Cortes el consentimiento para verificar esta operación, pues de lo contrario no podrían cumplirse los asientos estipulados con los *hombres de negocios*, es decir, con los banqueros reales<sup>19</sup>. A pesar de la oposición de algunos procuradores, acaudillada por el representante de Granada, don Mateo Lisón de Biedma<sup>20</sup>, el Reino concedió autorización para vender 20.000 va-

---

18. MOUSNIER, *La venalité des offices sous Henri IV y Louis XIII*. Rouen, 1946. En sentido más general, K. W. SWART, *Sale of offices in the XVII century*. The Hague, 1949.

19. A. G. Simancas. Consejo y Juntas de Hacienda, legajo 614. En adelante citaremos este fondo con la sigla CJH. Los números de los legajos son los de la numeración antigua, pues la moderna es el resultado de la agrupación facticia de dos o más legajos antiguos.

20. Este curioso personaje, que se titulaba "Señor del lugar de Algarrinejo, veintiquatro de la ciudad de Granada y su procurador en Cortes", bulló mucho en aquellas Cortes y dejó impresos varios memoriales, escritos con bastante libertad, y algunos de los cuales entregó al monarca en propia mano. Los que se refieren al asunto que estudiamos son tres: "Memorial por la ciudad de Granada que dió a S. M. sobre la venta de los 20.000 vasallos destos Reynos y provincias de Castilla" (Madrid, 1625, cuatro hojas);

sallos, "asi de behetria como de villas que tienen jurisdicción propia, o aldeas de cualesquier ciudades o villas", derogando la prohibición contenida en las condiciones de Millones, en atención a los gastos hechos en la conservación de "la reputacion y autoridad desta Monarchia"<sup>21</sup>. Estaban recientes las victorias del Brasil y Breda; todavía estas palabras grandilocuentes respondían a una realidad.

Las cédulas correspondientes se expidieron el siguiente año; las de 15 de enero, 31 de marzo y 20 de agosto de 1626 autorizaban a Octavio Centurión, Carlos Strata y Vicencio Squarzafigo para vender 17.500 vasallos en pago de las provisiones que habían hecho por valor de 1.580.750 ducados y escudos; los 20.000 vasallos se completaron con 1.666 vendidos a favor de Antonio Balvi, por su asiento de 100.836 escudos, y 834 para indemnizar a Pablo y Agustín Justiniano por otro de 50.419. Las ventas incluían la

---

"Traslado de una peticion presentada en el Consejo Supremo de Justicia a 21 de febrero de 1626 por parte de la ciudad de Granada sobre la venta de los 20.000 vasallos" (Madrid, 1626, tres hojas), y el "Informe y relacion que D. Matheo de Lison y Biedma... hizo a S. M. en la audiencia, viernes once de junio de 1626, sobre la contradiccion de la venta de los vasallos, juntamente con D. Benito Suarez de Molina, D. Antonio Terrones de Robles, Juan de Precona... regidores de otras ciudades..." (s. l. ni a., ócho folios).

Puede imaginarse de cuan mal talante vería el Consejo de Hacienda las gestiones del regidor granadino; habiéndosele remitido un memorial del Reino contra las ventas de vasallos, que se intentaban hacer sin respecto a los privilegios de las ciudades ni intervención del Consejo Real, el de Hacienda replicó que "aunque el memorial suena ser de las ciudades del Reyno, se tiene entendido que quien lo forxó es don Matheo Lison, veintiquatro de Granada, y que quando mucho se abrá juntado para ordenarle con tres o quatro personas particulares de las ciudades que él abrá combocado." Añadía que se le debía pedir el poder que tenía para hablar en nombre de las 18 ciudades e imprimir el memorial que había enviado a S. M. Termina la consulta justificando el arbitrio de la venta de vasallos, que dice ha sido el mejor de los recibidos de los particulares, y del que se estaba sacando mucho fruto hasta que con estos rumores había aflojado la venta. (CJH 632, cons. de 11-VII-1626.) Por este documento nos enteramos de que la iniciativa de las ventas había partido de uno de los muchos individuos que proponían arbitrios con la esperanza de lograr una recompensa.

21. *Actas de las Cortes de Castilla*, XLIII, 126.



jurisdicción civil y criminal, alta y baja, mero y mixto imperio; los señores podían poner alcaldes mayores que juzgasen las causas en primera instancia (la segunda se vendía aparte). El precio era el mismo a que se vendieron las jurisdicciones en el siglo anterior (lo que, habida cuenta del alza de precios, implicaba una reducción notable); 15.000 maravedises por vecino para las poblaciones situadas a la derecha del Tajo, es decir, en territorio de la Chancillería de Valladolid, y 16.000 en los de la izquierda de dicho río, pertenecientes a la Chancillería de Granada; pero también podían venderse, atendiendo a la extensión del término, a 5.600 y 6.400 ducados, respectivamente, la legua cuadrada, y la Hacienda Real podía elegir la evaluación que le resultase más beneficiosa.

El primer trámite para la transacción era fijar la población aproximada de la villa que se pretendía adquirir y depositar el tercio de su valor. Después se hacía la medición del término y el censo de la vecindad, contando los hidalgos, clérigos y viudas por medio vecino. Casi siempre el resultado era superior al calculado, porque los compradores tenían interés en rebajar la población presunta para disminuir el tercio adelantado <sup>22</sup>.

Los primeros 20.000 vasallos se vendieron con bastante rapidez. Como el Reino protestara de que continuaran las ventas, por entender que ya se había sobrepasado el cupo concedido, don Antonio Alvarez de Bohórquez informó en 5 de diciembre de 1628 que hasta entonces iban vendidos 14.229, pero que en realidad eran muchos más, porque dicha cifra se basaba en las evaluaciones preliminares, que casi siempre resultaban inferiores al vecindario definitivo. Además, se habían obtenido fuertes cantidades de varias ciudades para que no se les vendieran lugares: 12.000 ducados de Badajoz, 20.000 de Cáceres, 30.000 de Trujillo. Opinaba que se podían señalar al Factor General, Espínola, 3.000 vasallos en lugares vendibles y declarar cancelado este servicio <sup>23</sup>.

El buen resultado de este primer intento animó a repetirlo. Previo consentimiento de las Cortes, una R. Cédula de 15 de mayo

---

22. Véase en el Apéndice 1.º una lista parcial de lugares vendidos con expresión del vecindario calculado y el que resultó de las averiguaciones.

23. Se halla este informe en el ms. 9.372 de la B. N. de Madrid, folios 82 y siguientes.

de 1630 dispuso que se vendieran (juntamente con una regiduría en cada ciudad, villa o lugar del Reino) otros doce mil vasallos para satisfacer una provisión de 666.000 escudos ajustada con el Factor General. Las condiciones eran idénticas a las anteriores, pero el mercado empezaba a saturarse y la demanda flojeaba; así lo participaba Espinosa al Consejo de Hacienda cuatro años después; atribuíalo a que también se habían puesto a la venta muchos oficios municipales, más baratos y que daban la misma influencia y poder en los lugares. Sin embargo, en 1638 participaba al rey que ya estaban vendidos todos los vasallos y había compradores para más. Felipe IV pidió y obtuvo autorización para vender otros ocho mil, cuyo producto serviría como parte de pago para una provisión de 600.000 escudos. Los detalles de la operación, semejantes a los de las anteriores, se expresaron en la cédula de 11 de marzo de 1639<sup>24</sup>. Las perturbaciones internas y la crisis económica general hicieron muy lenta y dificultosa la venta de este último lote.

Veinte, más doce más ocho mil vasallos son 40.000. Sólo estas ventas fueron autorizadas de modo expreso, pero después de cumplirse este cupo siguieron haciéndose ventas. En 1652 se vendieron doce pueblos; en los posteriores se registraron cifras más pequeñas, pero en 1658 llegan a catorce; en los últimos años del reinado de Felipe IV sólo hay algunas ventas esporádicas; en los primero de su hijo y sucesor siguen haciéndose, aunque en pequeño número: cinco en 1667, otras cinco en 1668, etc.<sup>25</sup>. En 1670 el Reino protestó de que continuarán las enajenaciones y pidió se hiciera el ajuste de las hechas hasta aquel momento. Se averiguó que subían a 53.089, es decir, 13.089 vasallos más de los autorizados; la Reina dispuso que este exceso se abonara al Reino por cuenta de los nueve millones en plata por trienios votados en las Cortes de 1650<sup>26</sup>. Todavía durante la mayoría de edad de Car-

24. CJH, leg. 700, cons. de 28-XII-1634, y 784, cons. de 26 de febrero y 22 de abril de 1638.

25. SALTILLO, obra citada, págs. 296 y sig.

26. R. Cédula inserta en el legajo 51.440 del A. H. N. sección de Consejos suprimidos. También se hace historia de la cuestión en una consulta de 7 de julio de 1682 (CJH, 1.435).



los II se hicieron algunas ventas de lugares<sup>27</sup>, pero, en realidad, aquel episodio podía darse ya por terminado. Veamos cuales fueron sus consecuencias.

53.089 vasallos, aplicando el coeficiente 4,5, son unos 230.000 habitantes. Hay que tener en cuenta que no todas estas ventas dieron lugar a la formación de señoríos; en muchos casos, las villas o lugares se compraron a sí mismos para evitar caer en poder de un señor o para exentarse de la cabeza de su jurisdicción. En cambio, quizá habrá que agregar a dicha cifra las poblaciones entregadas por el monarca a ciertos señores en pago de deudas o servicios; por ejemplo, en 1652 concedió cierto número de vasallos a la viuda de Ruy Gómez de Silva, duque de Pastrana, por los servicios que hizo su marido en las embajadas de 1623 a 1626<sup>28</sup>. Al marqués de Leganés concedió ocho lugares de la Comunidad y Tierra de Segovia en 1647<sup>29</sup>. Los servicios militares del marqués de Mortara y de don Felipe de Silva fueron premiados con 400 y 500 vasallos, respectivamente, que debían escogerse en la Sagra toledana. Estos parece que eran a cuenta de los que el Reino había concedido<sup>30</sup>. De otros casos semejantes se podría dudar. De todas formas, la masa de población que sufrió cambios en su *status* jurídico, si no parece muy grande en relación con la total de Castilla, sí lo fue dentro de ciertas comarcas preferidas por los compradores.

---

27. Por ejemplo, en 1682 se vendieron a Francisco Muñoz Carrillo los lugares de Zarzuela y Villalba de la Sierra (Cuenca) en 6.400 ducados de plata. En 1691 se vendió a D. José F. de Villavicencio, conde de Cañete, el pueblo de Cabezas de San Juan, según las cédulas de factoría. (CJH, 1.590.)

28. Entre los pueblos afectados estaba Horche, que, prevaliéndose de su privilegio de no ser enajenada de la Corona, puso pleito al duque; se resolvió por avenencia, entregando Horche una cantidad (CATALINA, *Relaciones de Guadalajara*, III, 457).

29. La cesión, sin embargo, no tuvo efecto por haber ganado Segovia el pleito al marqués (Mariano GRAU, *Un despojo evitado*, en *Estudios Segovianos*, I (1952), 216-218).

30. CJH, 1.009. Decreto de 8-XII-1652: "Por parte del marques de Mortara se me ha representado que le hice merced de 400 vasallos en la Sagra de Toledo en los lugares que la hice de otros 500 a D. Phelipe de Silva, suplicandome que respeto de no haber señalado mas del titulo en el lugar de Olias (se refiere al marquesado de Olias) fuese servido mandar



En efecto, contra la intención de las Cortes de repartir la carga con cierta equidad, las zonas afectadas fueron relativamente pocas. Hubo ciudades que a fuerza de ducados consiguieron que no se les vendieran sus aldeas; en otras regiones no se efectuaron ventas por falta de compradores; tal ocurrió en todo el norte de España<sup>31</sup>. La casi totalidad de los nuevos señoríos se crearon en el valle del Guadalquivir y en el interior de un círculo trazado en torno a la Corte con un radio de cien kilómetros, aproximadamente. Guadalajara fue la ciudad más castigada, hasta el punto de que cuando en 1636 don Carlos Ibarra pretendió adquirir su aldea de Tórtola, el Consejo de Hacienda se opuso, alegando que ya habían sido enajenadas 24 de las 28 que primitivamente integraban la jurisdicción de dicha ciudad<sup>32</sup>. La escasa potencia económica de Guadalajara explica su incapacidad de reacción ante las demandas de exención de sus aldeas, al par que su proximidad a la Corte despertaba las apetencias de muchos compradores; pero ¿por qué esta polarización en torno a Madrid y, en menor grado, a otras grandes ciudades? Esto nos lleva a explicar cuál era el móvil de estas adquisiciones.

Una cosa podemos tener por segura: pocas veces dicho móvil fue la naturaleza económica; sólo parece haber interesado comprar jurisdicciones cuando la Hacienda admitió, como parte de pago, créditos de particulares que de otra manera hubieran sido inco-

---

se le despache cédula y ponga en posesión de los dichos 400 vasallos en Olias y la Alameda, y si faltasen vasallos, el Juez que fuere se los cumpla en Cabañas o Albala, como se hizo con el dicho D. Phelipe de Silva. Tengo por bien que esto se cumpla en la forma referida."

Toledo se opuso a esta cesión, basándose en sus privilegios. El marqués (que también tenía concedidos 200 vasallos en Cataluña) ofreció entonces comprarlos al precio de la factoría, pero el rey contestó que se suspendiera todo hasta que se resolviera en justicia la protesta de Toledo. No sé en qué paró este asunto.

31. El único caso que conozco se refiere a una situación heredada del siglo anterior; Noya fue una de las villas desmembradas del arzobispado de Santiago por Felipe II; en virtud del *medio general* de 1577 fue entregada al asentista Baltasar Lomelin, el cual la vendió al conde de Lemos, pero no en su totalidad, porque algunas feligresías quedaron en poder de la Real Hacienda, que en 1633 trataba de venderlas al monasterio de Sobrado (CJH, 700, cons. 21-8-1633).

32. CJH, 752, cons. 21-6-1636.

brables<sup>33</sup>. Cuando Felipe IV, comprendiendo que no podría reintegrar las medias anatas de juros, autorizó a indemnizar a sus titulares con oficios y jurisdicciones, muchos aprovecharon esta oportunidad; tal vez esta circunstancia explica el aumento de ventas a partir de 1652. Hubo que ordenar que al menos la tercera parte del importe se pagase al contado y en plata; pero el hecho de que al terminar el siglo se debieran a la Hacienda grandes cantidades por este concepto sugiere que a muchos compradores se les ponía en posesión de los lugares a cambio de sus créditos y que obtuvieron largos aplazamientos para el pago que debían realizar en metálico. Pero esto sólo era comprensible dentro de la relajación administrativa de los últimos decenios del siglo. Las primitivas ventas había que pagarlas, y si el pueblo tenía regular vecindario, importaba sumas considerables. ¿Qué recibía el señor a cambio? Las cédulas de factoría sólo mencionan “las penas de Cámara y de sangre, calumnias, mostrencos y demás rentas jurisdiccionales”, cuyo producto era casi nulo y apenas cubría los gastos de administración; aparte de esto, el señor sólo podía contar con el regalo de Navidad que los pueblos solían ofrecer y que, tratándose de lugares pequeños, se reducían a la docena de gallinas acompañadas de la arroba de miel, la fanega de higos o castañas o cualquier otra humilde ofrenda de valor más simbólico que real. Claro está que los poco escrupulosos podían aprovechar su autoridad señorial para usurpar las tierras bal-

---

33. Un ejemplo: el duque de San Germán, gobernador del ejército de Badajoz, compró varios lugares de la jurisdicción de Plasencia, pagando la mitad al contado y descontándosele 3.000 ducados que se le debían (CJH, 1.012, cons. 7-8-1653).

Otro: En 1660 se autorizó a don Diego Gómez de Sandoval, conde duque de Lerma, a comprar la jurisdicción y oficios de tolerancia de Fuente la Encina y Moratilla, que tenían en conjunto 650 vecinos, pagando 10.000 reales de a ocho, y el resto “a cuenta de lo que se le está debiendo a la condesa de Saldaña, su madre, de los 6.000 ducados que goça en los consejos por los gajes que tocaban a su marido el conde de Saldaña, caballero mayor de V. M.” (CJH, 1.003).

34. “Muchos lugares se han despoblado por culpa de los señores; porque con la codicia de quedarse con los badios han afectado la despoblación” (FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservación de Monarquías*, discurso XVII). “Las dehesas boyales que tienen los señores en sus lugares son las mas sospecho-

días y comunales, práctica no infrecuente<sup>34</sup>; pero más fácil de realizar en los señoríos antiguos, en los que los derechos señoriales eran mayores. Lo que sí constituía un buen negocio era la compra de las alcabalas y ramos agregados (tercias y unos por ciento). En una villa de algún movimiento comercial el comprador tenía buenas oportunidades para sacar un buen rendimiento a su desembolso, ya exigiendo el diez por ciento íntegro de las ventas, en vez del tres o cuatro habitual, ya, por el contrario, bajando el tipo impositivo para atraer mercaderes. No es extraño que los documentos nos presenten compradores de alcabalas dentro de una extensa gama social: desde el gran señor hasta el negociante anónimo<sup>35</sup>. Pero la pura y simple jurisdicción de un pueblo no era una inversión interesante.

Así nos explicamos que entre los compradores figuren pocos banqueros, asentistas y *hombres de negocios*. Si los banqueros genoveses adquirieron algunos lugares fue para poder titular sobre ellos; así fue como Carlos Strata se convirtió en marqués de Robledo de Chavela, y Lelio Imbrea en conde de Yebes. Tampoco fueron compradores financieros tan expertos como los Balbis, Levantos y Piquinotis. La vieja aristocracia mostró escaso interés: los duques de Alba, Béjar, Infantado, Medinasidonia, Medinaceli, Maqueda... no adquirieron lugares. Adquisiciones en masa sólo hicieron Lerma, el Conde Duque y, en menor grado, D. Luis de Haro; promovidos a un supremo rango por el favor real, quisieron tener amplios señoríos (*estados*, como entonces se decía), en consonancia con su nueva situación, adquiridos en ventajosas condiciones, gracias a la influencia de que disfrutaban.

---

sas de usurpacion; porque demas de ser propio vinculado a las cosas publicas el desamparo, pocos tienen ardimiento para oponerse a los señores en defensas de ellas. Y así, la dificultad no consiste más que en intentarlo para alzarse con lo que les parece. Y algunos piensan que con la jurisdicción y vasallaje se les concede también el dominio de los propios concejiles y públicos, lo que es contra las leyes de estos Reynos." (CAJA DE LERUELA, *Restauración de la antigua abundancia de España*, cap. 18.)

35. Por ejemplo, el ya citado Francisco Muñoz Carrillo, a la vez que los lugares de Zarzuela y Villalba de la Sierra, compró las alcabalas, tercias y unos por ciento de veinte villas y lugares del obispado de Cuenca a 34.000 el millar, es decir, capitalizándolos al tres por ciento. (CJH, 1.590, año 1682.)



Era, pues, un móvil de prestigio el que los impulsaba, y lo mismo puede decirse de la mayoría de los compradores de lugares. Si su adquisición no tenía (generalmente hablando) un significado económico, sólo podía tener un valor: el de facilitar a su poseedor un ascenso en la escala social. Incluso en épocas de fuerte depresión económica hay clases favorecidas por la coyuntura; los documentos contemporáneos nos comunican, a través de quejas más o menos fundadas, quienes acumulaban entonces honores, riquezas y cargos: los consejeros reales, los legistas, los altos cargos militares, los asentistas y arrendatarios de tributos; es decir, la alta burocracia, y también la oligarquía ciudadana que acaparaba los cargos municipales. Para los miembros de esta clase, las ventas de lugares ofrecieron una excelente oportunidad; la posesión de una villa o aldea, no sólo colmaba su vanidad permitiéndoles hacer de cabeza de ratón recibiendo el homenaje de los lugareños; además de la casa y el soto donde *salir a recrearse*<sup>36</sup>; además de la bóveda con sus armas y el lugar preferente en la iglesia, la posesión de un lugar, por pequeño que fuera, daba ingreso a la categoría de *señor de vasallos*, paso previo para el ingreso en la nobleza titulada. Así nos explicamos que su adquisición tuviera tan poco interés, de un lado para la antigua y calificada nobleza, y de otro para los capitalistas puros, que preferían los ducados y escudos de metal precioso a los de papel, o que desconfiaban (caso de los *marranos* portugueses) de poder conseguirlos por muchas riquezas que acumularan.

Quedan citadas algunas adquisiciones de banqueros genoveses. Entre las hechas por la alta burocracia madrileña recordaremos las de Romanones e Irueste (Guadalajara) por don Juan Morales Barnuevo, consejero de Castilla<sup>37</sup>; la de Canillas, por don Miguel de Salamanca, de los consejos de Castilla y Hacia-

---

36. Sin duda, por esta función, precursora de nuestros *finas de semana*, en algunas relaciones de pueblos en venta se expresa si tienen sotos, huertas o otras *recreaciones*.

37. A Irueste, que compró en 1647, se empeñó en cambiarle el nombre por el de Valdemorales. Con el tiempo, ambos pueblos recayeron en la familia Torres, creándose los títulos de conde de Romanones y vizconde de Irueste.

da<sup>38</sup>; la de Tudela de Duero, por D. Luis Gudiel, también consejero y miembro de numerosas juntas, y la de Boadilla, por José González de Uzqueta, importante personaje de aquel reinado, que desempeñó, entre otros cargos, la presidencia de Indias y la de Hacienda<sup>39</sup>. Los regidores de Sevilla, Granada y Córdoba concentraron sus adquisiciones en torno a las ciudades respectivas. Su pista puede fácilmente seguirse en la obra del Marqués de Saltillo.

Otra categoría de enriquecidos por artes muy dudosas fue la de los generales y almirantes de las flotas de Indias; por lo menos tres de ellos aparecen como compradores de lugares: D. Carlos Ibarra, Gerónimo Gómez de Sandoval y Díaz Pimienta; este último, comprador frustrado, como veremos, de Puerto Real. Gómez de Sandoval compró en 1640 Ontiveros; a razón de 120 vecinos calculados, el precio fue de 4.800 ducados<sup>40</sup>. Don Carlos Ibarra condujo a España numerosas flotas, que debieron producirle bastantes beneficios; compró Centenera, lugar de Guadalajara, del que se titulaba vizconde en 1638. Para redondear su posesión compró a D. Miguel de Cárdenas, alcalde de Casa y Corte, Taracena, Iriepal y Valdenoches en 20.000 ducados. Por cierto (y es dato curioso para comprobar cómo los nuevos señores querían revalorizar sus posesiones) que su primer comprador obtuvo permiso del Consejo para que Iriepal y Valdenoches fuesen rebautizados con los nombres, más eufónicos, de Villaflores y Valdefuentes, que conservaron, por lo menos, hasta fines del siglo XVIII.

38. A. H. N. Consejos, 7.168, núm. 40. Consulta de 29-4-1658.

39. La villa fue primero vendida al duque de Nájera, de quien la compró José González en 1640; hecho que documenta el empobrecimiento de los grandes y correlativo enriquecimiento de la alta burocracia, porque la viuda del duque tuvo que vender Boadilla para componer con el Fisco las alcabalas de Nájera. También compró González las alcabalas y unos por ciento de los lugares vecinos, y en 1655 quiso adquirir Majadahonda, si es cierta la anécdota que refiere Barrionuevo: "Vinieron los de Majadahonda a quejarse al Rey de que José González los quería comprar. Fué a disculparse, diciendo lo hacia para salirse a recrear. Respondióle que para esto Boadilla le bastaba." (*Avisos*, II, 228.)

40. CJH, 752; cons. 5-6-1636. Refiriéndonos a esta época puede establecerse la equivalencia aproximada de un ducado con 250 pesetas de 1966.



Hay que añadir a este catálogo algunos pobres diablos que se embarcaron en una empresa superior a sus fuerzas: un descendiente de Moctezuma, que redujo sus pretensiones a ser señor de una villa granadina, que no pudo acabar de pagar, y a quien por respeto a su estirpe se trató con benevolencia <sup>41</sup>; Pedro Piñar Castillo, que en 1639 solicitó se anulase la compra que nueve años antes había hecho de Loranca del Campo (Huete) por no poder satisfacer su importe <sup>42</sup>. Y D. Juan de Riquelme, que compró Jimena, desmembrada de la jurisdicción de Ronda, en siete cuentos de maravedises y no pudo pagar más de uno. Los ejecutores acabaron de arruinarlo y el hijo obtuvo como un favor que se anulara la venta, perdiendo el dinero entregado <sup>43</sup>.

Creo que con estos ejemplos queda definido el tipo medio del comprador de vasallos: caballero porvinciano o burócrata enriquecido. No están ausentes los títulos, pero se hallan en minoría, y sus motivos no son característicos.

La actitud de los pueblos ante su obligado cambio de estatuto jurídico nos es desconocida en la mayoría de los casos. Tratándose de localidades muy pequeñas es posible que vieran su conversión en señorío con resignación o indiferencia; quizá con alegría más veces de lo que pudiera sospecharse, porque pasar de la jurisdicción de una villa o ciudad a la de un particular podría traerle ciertos beneficios. Algunas ejercieron su derecho de tanteo, sea para conquistar su exención, sea para no caer en manos de un señor. Santa Cruz de la Sierra (Trujillo) se empeñó en una puja tan encarnizada con D. Juan de Chaves que quería comprarla, que el rey dijo había que moderarla. Algo parecido sucedió entre el marqués de las Navas y Robledo de Chavela y Valdemorillo; ambas poblaciones se sacaron a la venta en 5.000 ducados y se mostraron dispuestas a dar 6.000 por su libertad; el marqués ofreció entonces ocho mil, las villas subieron a nueve mil y el marqués a once mil, pero el Consejo de Hacienda dijo que las

---

41. Se trataba del pueblo de La Peza (CJH, 632).

42. En vez de los 40 vecinos que se habían calculado resultó tener 87, y el comprador se confesó incapaz de satisfacer su importe (CJH, 795, cons. 18-7-1639).

43. CJH, 852, año 1643.



villas habían ofrecido un precio razonable y debían quedar libres<sup>44</sup>. Sin duda para evitar la repetición de casos como éste, se aclaró en 22 de septiembre de 1627 la real cédula de 31 de marzo del anterior en el sentido de que, pujando las villas al menos el 2 por 100 de su precio, quedasen libres de la venta (o exentas de la cabeza de la jurisdicción) sin admitirse ulteriores pujas.

Tales casos no eran frecuentes, y deben explicarse por piques o rivalidades personales, como este de que nos informa una consulta del Consejo de Hacienda: Arcicolla era una aldea de Toledo, compuesta de 44 vecinos, tres viudas, cuatro menores y tres clérigos. Ante la noticia de que se había presentado comprador, el cura y otros vecinos representaron "que de vender el lugar a don Alonso de Villaseca resultarían grandísimos inconvenientes por los vandos y disensiones que él y Félix Serrano de Burgos, su sobrino, han tenido y tienen con todos los demás vecinos del pueblo, y por deber deudas considerables al común dellos, que aun sin ser dueños no las quieren pagar, y con quienes el mismo concejo y particulares dél han traído grabísimos pleitos sobre las hidalguías que actualmente están pendientes y no acabados, y sería darles ocasión de venganza, y si llegasen a ser dueños de la jurisdicción, o se despoblara el lugar, o tratarían de vender sus haciendas para tantearse y librarse de semejante opresión"<sup>45</sup>.

Salvando estos casos particulares, hay un hecho que parece demostrar que a muchos pueblos no les asustaba cambiar su condición de realengos por el de señorío: los numerosos ejemplos de autoventas de lugares, que, si bien tenían precedentes<sup>46</sup>, en el

---

44. CJH, 632 (1627). Sin embargo, Robledo de Chavela no pudo mantener su condición realenga; en 1640 fue adquirida por el asentista italiano Carlos Strata.

Sobre el pleito pendiente entre la villa de Santibáñez con don Juan de Ugarte, que la compró en 1654, por un lado, y por otro, con el conde de Castro y las justicias de Castrojeriz, que reclamaban jurisdicción sobre ella, véase CJH, 1.183, cons. de 6 de mayo de 1664.

45. CJH, 664 (1630). Atendiendo a estas razones fue vendida a otro postor, llamado don Alonso de Mesa.

46. Algunos casos de autoventa durante el reinado de Felipe III citó don Cristóbal ESPEJO (*El Consejo de Hacienda bajo la presidencia del marqués de Poza*). Sobre un caso típico, el de Redueña, traté en *La ruina de la aldea castellana* (*Rev. Internac. de Sociología*, 1948).

reinado de Felipe IV adquieren una amplitud mucho mayor. Este fenómeno reflejaba las pésimas condiciones económicasociales producidas por las continuas guerras y los impuestos creados para alimentarlas. Algunas villas que habían comprado su jurisdicción, abrumadas por el peso de los censos que tuvieron que contraer, acabaron por declararse vencidas; tal fue, entre otras, el caso de Morata, una de las desmembradas en 1574 del arzobispado de Toledo, que, para no caer en señorío, acudió al tanteo y tomó a censo para su paga 24.000 ducados. En 1633 acudió al Consejo de Hacienda manifestando que sólo había podido amortizar 400 ducados del principal, y que debía muchos réditos que no podía pagar por hallarse sus vecinos muy pobres. "porque aunque los propios valen trescientos ducados al año, se convierten todos en salarios, costas y gastos forçosos". Se le concedió licencia para venderse al mejor postor mediante el pago de 300 ducados a la Real Hacienda <sup>47</sup>.

A través de los documentos se observa cómo la mayoría de estos lamentables episodios corresponden a lugares de ambas Castillas; reflejo de la creciente pobreza y despoblación de la Meseta. Entre las varias aldeas emancipadas de Guadalajara, pocas pudieron mantener su autonomía; Chiloeches se empeñó de tal manera, que en 1640 se vendió, juntamente con su anexos de Aboleque y La Celada, a Manuel Alvarez Pinto, que se titulaba "fidalgo de la Casa del Rey", en 6.171.000 maravedises, con la obligación de pagar a su nuevo señor cien ducados anuales de renta, cien fanegas de cebada, seis de trigo y 400 reales de vellón, cal para la casa que pensaba levantar, enterramiento con sus armas y estrado en la iglesia <sup>48</sup>. Hontova se vendió en 1646 a D. Francisco Andrés de Abarca, caballero de Santiago, Tesorero General de la Cruzada <sup>49</sup>. Quer, eximida de Guadalajara en 1640, pidió en 1665 permiso para pasar al señorío de los duques de Pastrana mediante 6.500 ducados, alegando que en aquellos 25 años había descendido su población de 114 a menos de 60 vecinos <sup>50</sup>. Romanones,

---

47. CJH, 700, cons. 19-2-1633.

48. J. CATALINA, obra citada, IV, 69.

49. Id., pág. 147.

50. SALTILLO, obra citada, I, 342.



cuya exención de Guadalajara databa de 1560, se vendió a D. Juan de Morales Barnuevo en 1671<sup>51</sup>. Valdeberuelo, desmembrada de la misma ciudad, y vendida a Bartolomé de Anaya por la facultad de los 20.000 vasallos, se tanteó pujando el dos por ciento; en 1632 sus vecinos representaron que debían aún parte de los 1.569.230 mrs. que la exención le había costado, más los intereses de un censo y los gastos de los pleitos que se ofrecieron. Se le autorizó a vender su jurisdicción pagando al rey 300 ducados<sup>52</sup>. Parecida historia refirió en 1636 Ontanar; había comprado su exención al Factor General (Espinola) en 53.140 reales de plata, que con el premio que entonces tenía ésta llegó a 70.738 de vellón; para ello tomó el dinero necesario a censo, pero la acumulación de intereses al 8 por 100, los impuestos y servicios a que tenía que acudir y la presencia de varios ejecutores la habían reducido a tal extremidad que no veía otra solución que venderse a D. Cristóbal de Benavente y Benavides (el ilustre diplomático). Previo informe favorable del Consejo, se le concedió la licencia que pedía, sirviendo con 150 ducados<sup>53</sup>.

Casos de este género son desconocidos en Andalucía y Extremadura; incluso en otras regiones de Castilla son muy poco frecuentes, tal vez porque los pueblos no encontraran los ricos e influyentes compradores que a los situados en el partido de Guadalajara proporcionaba la cercanía de la Corte. Podemos citar a Sonseca, que por no poder pagar la cantidad en que había comprado su jurisdicción en 1629 pasó a poder de Duarte Fernández de Acosta en 1640<sup>54</sup>. Campo Real, desmembrada de la Mitra toledana en el siglo XVI, tomó a censo 20.790 ducados para comprar su jurisdicción; prósperos o confiados, sus vecinos compraron las alcabalas del pueblo en 1614, para lo cual se cargaron con otro censo de 36.070 ducados. Después compraron un oficio "que llaman la Moxona, cuyo ejercicio es pesar y medir", por 12.000 reales.

51. Id., pág. 345.

52. CJH, 688, cons. 1-5-1632.

53. Id., 752, cons. 19-4-1636.

54. SALTILLO, I, 345. Probablemente, este Duarte Fernández es el conocido *hombre de negocios*, banquero de Felipe IV. El y Sebastián Cortizos serían los únicos de estirpe judeoportuguesa que habrían participado en las compras de lugares.



También redimieron la obligación que pesaba sobre los pueblos situados en un radio de cinco leguas en torno a la Corte de enviar víveres para el abastecimiento de la misma, lo que les costó otros 1.700 ducados. No era difícil prever cómo terminaría tanta euforia; pocos años después se declararon incapaces de seguir pagando los réditos de los censos contraídos. Reunidos en cabildo abierto, 235 vecinos de los 270 asistentes acordaron venderse a quien quisiera comprar la villa. El permiso necesario les costó 400 ducados <sup>55</sup>.

La mitad sólo de esta suma costó a Sevilla la Nueva pasar del estado de realenga al de señorío, "como han hecho otras villas y lugares que no pudieron con lo que montaron sus tanteos." Apartada del término de Segovia y vendida por cuenta de los 20.000 vasallos a doña Catalina de Mendoza, se tanteó en 2.998.423 maravedises, pero en 1631 aún debía más de la mitad de esta suma, y los intereses aparte; hacía diez meses que tenían contra ellos un ejecutor causando molestias y gastos, carecían de propios y los vecinos estaban a punto de desamparar a sus casas y abandonar el lugar (como tantos otros que en aquel siglo se despoblaron). Ignoro si encontró comprador <sup>56</sup>.

En algunos casos no hubo propiamente venta, sino incautación de la prenda por el acreedor. Así fue como San Martín del Campo cayó en 1636 en poder de doña Teresa Pacheco Benavente de Benavides, propietaria del censo que habían contraído para eximirse y que no pudieron pagar. Algo parecido sucedió en 1614 a Valdebimbre, desmembrada del obispado de León en 1598 y ejecutada por el canónigo Antonio Centeno <sup>57</sup>.

Salir de señorío era más difícil que entrar en él. Esto es lo que resulta de una consulta de 1660 referente a la villa de Anguiano, que Enrique III había dado en 1404 al Adelantado de Castilla; después pasó a otras manos y, finalmente, a la abadía de Valvanera, que en 1659 la vendió a D. Juan de Soto López en 9.200 ducados, más 300 por la obtención del permiso real. El mismo señor compró también la jurisdicción de permisión y tolerancia

---

55. CJH, 752, cons. 6-5-1636.

56. Id., 676, cons. 30-6-1631.

57. SALTILLO, I, 56.

(o sea, el derecho a nombrar justicias municipales) en 69.979, reales, mitad de plata y mitad vellón, a razón de 5.000 mrs., por vecino. Inmediatamente, la villa acudió al Consejo para recuperar-la por vía de tanteo, pero se le contestó que esto no corría por tanteo, sino por puja, y que su actual poseedor, que ya había comprado las alcabalas en 200.000 reales, ofrecía 10.000 reales de a ocho por conservar la villa <sup>58</sup>.

De los casos citados y otros que pudieran aducirse resulta que la actitud de los pueblos no era uniforme en cuanto al cambio de situación jurídica; es decir, el paso de realengo a señorío. La perspectiva no parece haber entusiasmado a ninguno, pero pocas veces se registraron reacciones violentas. El cambio parece haber sido aceptado con resignación, e incluso como mal menor. Hay que tener en cuenta que las ventas afectaron casi únicamente a núcleos de población muy pequeños, incapaces de resistir, y además (esta me parece ser la razón fundamental) sometidas a una villa o ciudad, de la que quizá recibirían un trato más desconsiderado que de su nuevo señor. En realidad, lo que hacían era cambiar de amo, pues las relaciones de las aldeas con la cabeza de su jurisdicción tenían un cierto sello de vasallaje feudal. En cambio, ciudades y villas autónomas no se hubieran dejado enajenar sin fuerte oposición.

¿Ganaron o perdieron los lugares que de grado o por fuerza pasaron a constituir señoríos? No hay datos suficientes para dar una respuesta general a esta pregunta. En pueblos donde vivían hidalgos se dieron casos de ausentarse éstos por no vivir sometidos a un señor <sup>59</sup>; pero en aldeas de pecheros el cambio de dominio pudo ser beneficioso; el señor tenía interés en valorizar su nueva posesión; con frecuencia ofrecía privilegios, atraía pobladores, hacía fundaciones piadosas y defendía a los lugareños de los excesos de recaudadores y ejecutores. Cuando el consejero D. Miguel Salamanca compró Canillas estaba a punto de despoblarse;

58. CJH, 1.111, cons. 3-XI-1660.

59. En el siglo XVIII, un párroco escribía a D. Tomás López que desde el año 1630 en que se vendió a Perafán de Ribera, la población de Guillena (Sevilla) fue a menos, "pues con dicha enajenación se retiraron de ella muchos hombres de igual jerarquía que el comprador, como fueron los Guzmanes, Landas, Bilbaos, Arasquemaos, etc" B. N., ms. 7.306.

sólo tenía cuatro vecinos que trataban de abandonar el lugar. Don Miguel atrajo a otros e interpuso su influencia para que el arzobispo de Toledo pusiese cura y reparase la iglesia <sup>60</sup>.

Así comprendemos mejor que en las Cortes de 1625 el procurador por Salamanca, D. Antonio Carvajal, se opusiera a la venta de vasallos, no por el perjuicio que les vendría a éstos, sino a los demás, puesto que "se reconocen las villas de señores particulares en estos Reynos mas sobrellevadas que los lugares de jurisdicción realenga... en las que el soldado no tiene defensa a su exceso y el tributo no tiene quien procure minorarlo como lo tiene toda villa que es de un particular, que como de ordinario tiene poder, se vale dél para que si la compañía de soldados había de alojarse en su villa se pase al lugar, y si se le debía repartir cuatro no se le repartan sino dos..." <sup>61</sup>.

Es indudable que la frase *vender vasallos* tiene más de escandalosa en las palabras que en la realidad. Porque si vamos a la entraña del asunto, ¿qué es lo que el comprador adquiría? Nada que perteneciera a la persona o bienes de los habitantes; por tanto, cualquier parangón con el régimen feudal sería falso, e incluso la expresión de *neofeudalismo*, tan cara a ciertos autores <sup>62</sup> induce a error. Pues no sólo no se quitaba nada a los vasallos, sino que no vemos claro lo que el nuevo señor recibía del rey. En las cédulas de factoría se expresa que los lugares se venderían "con jurisdicción civil y criminal, alta, baxa, mero mixto imperio, señorío y vasallage, penas de Camara y de sangre, calumnias, mostrencos y demas rentas jurisdiccionales, con las escribanias si fuesen anexas a dicha jurisdiccion." <sup>63</sup>. Lo que se ocultaba bajo esta pomposa palabrería era poca cosa; el derecho a poner justicias en las localidades pequeñas resultaba más gravoso que útil <sup>64</sup>. Na

60. A. H. N. Consejos, 7.168, núm. 48, cons. 29-4-1658.

61. *Cortes*, XLIII, 127.

62. Entre ellos, el citado Noël Salomon.

63. También recibía la propiedad del castillo, si lo tenía el lugar. Las cédulas de venta de vasallos pueden leerse en la *Práctica de la administración de las rentas reales*, de RÍPIA, II, 349-382.

64. En 1682, el Consejo de Hacienda decía sobre la pretensión de D. Juan Fernández de Córdoba de comprar la jurisdicción de Algarinejo que se decía aceptar ésta y cualquier demanda análoga, "pues siempre



siquiera resultaba claro que por la simple compra del pueblo se adquiriese tal derecho; más bien parece que se trataba de actos distintos. En un "Discurso sobre la Real Hacienda", anónimo, pero obra de persona bien informada, se dice acerca de esto:

"Corrientes estas ventas, el año 1634 se propuso a S. M. entre otros medios, el de las jurisdicciones que usan los lugares de señorío nombrando sus alcaldes ordinarios y los demás oficios de justicia por tolerancia o permisión de S. M., cuyo es este derecho y regalía como cabeza y centro de la Justicia, y para beneficiarse este expediente se dieron diferentes comisiones por el Consejo de Hacienda, mandando fuese admitido a la compra el dueño del lugar, y también al mismo lugar en aquello que fuese conservarse en el estado y ejercicio de jurisdicción que tuviere de tolerancia, por los precios en que se conviniesen las partes, según la calidad de los lugares y las jurisdicciones que ejerciesen. En esta conformidad fueron acudiendo mucho de los interesados, y particularmente de los antiguos, y muy pocos de los modernos, a quienes se han hecho las ventas de estas jurisdicciones en diferentes precios, regulados por un tanto cada vecino, que el más corto no ha bajado de cinco mil maravedises, la mitad o el tercio en plata, y muchos han llegado a ocho, diez y doce mil maravedises, según las contingencias que ha havido de pujas y competencia entre los señores y los lugares.

"Con que es constante no haber sido comprendida en las ventas de vasallos la jurisdicción de tolerancia, porque en donde S. M. la ha vendido a los señores ha sido dándoles facultades para hacer estas elecciones (es decir, estos nombramientos de justicias) libremente a su voluntad, sin proposición alguna ni dependencia de los vasallos.

"Y aunque algunos compradores de vasallos lo han querido interpretar a su favor, no puede tener fundamento cuando con cada uno está capitulado lo contrario, y por S. M. declarado y resuelto en la venta de la villa de Casa Tejada a D. Pedro Valle de la Cerda, que no entraba la jurisdicción de tolerancia en la que se le

---

queda en V. M. la suprema jurisdicción, y sólo se les vende la que corresponde a un corregidor, y es beneficiosa a los pueblos, porque tienen quien cuide de su conservación".

hizo del vasallaje, y como parece por resolución a consulta que el año 1640 hizo al Sr. Conde Duque de dicha jurisdicción de tolerancia de los lugares del estado de Sanlúcar la Mayor y otros, y se ha visto estos días en la pretensión que ha tenido de la misma jurisdicción D. Baltasar de Vergara, que ha comprado el vasallaje de la villa de Aznalcázar”<sup>65</sup>.

No obstante, el autor de este escrito confiesa que en las cláusulas de venta había una que autorizaba al comprador a quitar los alcaldes ordinarios, los de hermandad, los alguaciles “y otras cualesquier personas que ejercen jurisdicción”, y poner otras. Esto además se infiere por analogía con lo que se concedía a las villas eximidas y explicaría por qué los compradores rara vez pedían se les concediera un derecho que, interpretando a su favor dicha cláusula, ya tenían por suyo. Este punto queda dudoso. ¿Podían los señores nombrar por sí las justicias de los pueblos que habían comprado, o sólo podían elegir entre las propuestas duplicadas que les elevaban los vecinos? Quizá hubo variedad de situaciones, valiéndose los señores de la ambigüedad de las cláusulas para resolverlas a su favor. De todas maneras, la autoridad de las justicias que pusiesen tenía un tope muy definido: “No tengan más jurisdicción con el señor... que tuvieron al tiempo de la venta con el corregidor a quien estaban sujetos”<sup>66</sup>. Era, pues, sólo una primera instancia civil lo que el señor tenía, en el caso más favorable. La expresión *mero mixto imperio* era sólo una cláusula de estilo, un fósil jurídico sin ninguna efectividad.

### *Exenciones de lugares*

Mucha más pasión se descubre en las luchas de los pueblos por eximirse de las villas y ciudades de que dependían y hacerse “villas de por sí”, con derecho a nombrar sus propias justicias, administrar sus bienes, tener y acotar un término propio (aunque a veces se conservara la comunidad de montes y pastos), encabezar y repartir los impuestos y salir, en fin, de un estado de tutela.

65. *Discurso sobre la Real Hacienda*, ms. anónimo de mediados del siglo XVII, *Academia de la Historia*, Col. Salazar, K-80, fol. 168-179.

66. RIPIA, II 352.

para gozar de amplia autonomía municipal. Esta aspiración era antigua, y ya los reyes la habían explotado para obtener recursos. Si no habían dado más impulso a la emancipación había sido por las reclamaciones de las Cortes, representantes de los intereses de las ciudades. Las de 1563 solicitaron poder recobrar los lugares eximidos pagando lo que éstos hubieran dado por su exención; las de 1566 se quejaban (capítulo XXXII) de que “los pueblos exemptados, aunque lo sean con condición de que no se altere la comunidad de pastos, no lo cumplen”. Las de 1570 volvían a pedir que no se eximieran lugares, petición que encontramos después repetida en todas las condiciones de Millones; las razones alegadas (sin contar otras, inconfesables por interesadas) eran que tales exenciones las promovían los particulares más ricos de las aldeas, que eran los que esperaban sacar más provecho de la nueva situación, acaparando cargos e influencia, para lo cual no dudaban imponer pesadas cargas de censos a sus convecinos. Así lo expresaba un memorial de Avila en 1587 contra la pretensión de El Hoyo de separarse de su jurisdicción y constituirse en villa, cosa que, según Avila, sólo deseaban 17 de sus 250 vecinos<sup>67</sup>, y las Cortes de 1592 manifestaron que era “dañoso y perjudicial, así para las cabezas de los partidos, por disminuirse sus fuerzas y autoridad, como para los mismos lugares, porque para pagar su exención se empeñaban en grandes cantidades... y no tienen en la administración de justicia la buena orden que conviene”<sup>68</sup>.

No puede negarse que hay un fondo de verdad en estos alegatos; los labradores ricos debían ser los más interesados en alcanzar la exención, pero el deseo de emanciparse debía ser general; de otra forma no hubiese podido triunfar en el concejo abierto que solía reunirse en estos casos. Ciertamente, las deudas que contrajeron resultaron lo bastante pesadas como para obligarles a vender su jurisdicción a un señor, de lo que ya hemos visto algunos casos;

---

67. CORTES, IX, 68.

68. Id. XII, 19. En el memorial que elevaron al rey las Cortes de 1610 se dice que “los hombres poderosos de los lugares, por alzarse con el gobierno, procuran dichas exenciones, y a costa de los propios de las repúblicas y de arbitrios perjudiciales a los pobres vienen a comprar la superioridad con que los destruyen y vengán sus pasiones.” (Id. XXV, 788).



pero no conozco ningún ejemplo de una aldea que se restituyera voluntariamente a la villa de que se había separado.

Los móviles interesados que animaban a las villas y ciudades se manifiestan en las enormes sumas que ofrecían para evitar la desmembración. A título de precedente de otros casos que citaremos, será oportuno recordar que Talavera de la Reina adquirió en 1592 la propiedad sobre los lugares de su tierra (procedentes del arzobispado de Toledo, es decir, de la desamortización filipina) mediante el pago de 200.000 ducados, cantidad enorme que en buena parte recayó sobre los propios lugares <sup>69</sup>.

Afortunadamente, la Corona, no por favorecer a los lugares, sino por allegar recursos, hizo caso omiso de las peticiones de las Cortes, de las promesas reales y aun de una real cédula expedida en 1632 <sup>70</sup>, y mientras duraron las ventas de vasallos se ofreció a los lugares una oportunidad de obtener su autonomía, pues aunque los efectos jurídicos objetivos fuesen distintos, tal como estaba planeada aquella operación hacendística, era indiferente que la opción partiese de un particular o de los propios vasallos. Por el mismo precio que podía ofrecer un particular, un pueblo tenía libre el camino para comprarse a sí mismo. Desde el punto de vista fiscal no había ninguna diferencia, pero sí la había en la realidad social, pues mientras las compras de particulares solían recaer sobre núcleos de corto vecindario, las aldeas que tenían más interés y posibilidades de eximirse eran las que habían alcanzado riqueza y población suficientes para emprender un costoso pleito. Las cédulas de factoría les ofrecieron una oportunidad de abrir brecha en la cerrada defensa de las ciudades; pero, independientemente de ellas, debieron venderse otras jurisdicciones, pues consta que en 1637 era éste uno de los *efectos* que beneficiaba el conde de Castrillo, y por

---

69. Los detalles de esta operación pueden leerse en "*El pasado económico-social de Belvis de la Jara*", de Fernando JIMÉNEZ DE GREGORIO (*Estudios de Historia Social de España*, II, 668-670). Por entonces, Talavera ofrecía 180.000 ducados porque no se concediese la exención a 50 lugares anejos (Cortes, XII, 140).

Algunos otros ejemplos aduje en mi citado estudio sobre *La ruina de la aldea castellana*.

70. Inserta en *Actas de las Cortes*, LI, 307-308.

cuenta de él se habían consignado 133.333 ducados a los asentistas <sup>71</sup>.

Las formalidades requeridas para incoar estos expedientes eran los mismos que venían rigiendo en los reinados anteriores. “La petición se solía hacer por un vecino del pueblo interesado; se mandaba cédula al corregidor para que fuese al lugar, reuniese concejo abierto y depusieran cuantos quisiesen sobre la utilidad o daño que pudiera seguirse de la medida.” Las peticiones se fundaban en agravios recibidos de la cabeza de la jurisdicción, distancia a ésta, que hacía incómodos los desplazamientos y la buena administración de justicia; aumento de la riqueza y vecindario, etc. <sup>72</sup>. Estos expedientes, y los pleitos a que daban lugar, corrían a cargo del Consejo de Hacienda, cuyo punto de vista era parcial, ya que el interés del fisco solía prevalecer sobre las consideraciones objetivas.

Aunque los abusos de las cabezas de jurisdicción eran ciertos en muchos casos, en otros su oposición al desmembramiento de un territorio que secularmente había formado una unidad de explotación económica puede perfectamente explicarse sin acudir a motivos sórdidos. Por ejemplo, Madrid, que nunca tiranizó a sus aldeas, se quejó en 1627 de que los daños que padecía por la deforestación de sus alrededores se habían agravado por la venta de varios lugares de su término, que ya no tenían quien les fuera a la mano en la tala y carboneo abusivo. El Consejo Real ratificó el nombramiento que le propuso la Villa de un magistrado especial para evitar la deforestación; “pero como las personas que habían comprado los lugares del cinturón eran muy influyentes, los exceptuó de su jurisdicción” <sup>73</sup>.

Ne es, pues, de extrañar que ciudades y villas se impusieran graves sacrificios económicos para evitar la venta o exención de sus aldeas; hemos citado algunos casos, y los ejemplos pueden multiplicarse <sup>74</sup>. Ahora bien, la Administración, por necesidad o falta de escrúpulos, no se mostró muy respetuosa con los derechos ad-

---

71. CJH, 773.

72. C. ESPEJO, *El Consejo de Hacienda...*, pág. 84.

73. URGORRI, *Ideas sobre el gobierno económico de España en el siglo XVII*, *Rev. Bibl. Arch. Mus. Ay. Madrid* 1950, pág. 183.

74. CJH, 700, cons. de 8-6-1634 sobre el servicio de 22.000 ducados que hizo Málaga para que no se le desmembrasen lugares.

quiridos. Cuando, en 1632, representó el ayuntamiento de Murcia que, a pesar de haber pagado en distintas ocasiones más de 40.000 ducados para conservar la integridad de su jurisdicción territorial se le había vendido La Alberca a un particular, se le contestó que la venta hecha no se podía deshacer, y que en adelante no se le venderían más lugares<sup>75</sup>. Ronda había pagado al fisco 6.377.500 mrs. en 1558 con el mismo objeto (sumaban entonces los lugares de su término 1.275 vecinos). Sin embargo, con motivo del donativo general de 1630, Cortes compró su exención mediante la entrega de 7.000 ducados, de lo que se le siguieron graves perjuicios, porque se rompía la antigua comunidad de pastos; ofreció 14.000 ducados por restablecer el primitivo estado de cosas; Cortes pujó 500 ducados más, y Ronda, que debía tener un enorme interés en recobrar su jurisdicción, ofreció dar 26.000 mrs. por cada uno de los vecinos de su antigua aldea, propuesta que aceptó encantado el Consejo de Hacienda, porque calculó que produciría más de 50.000 ducados<sup>76</sup>.

Por grandes que fueran los apuros en que se debatía, no es posible aprobar los procedimientos de una Administración que para obtener dinero explotaba los odios entre lugares vecinos y entregaba tranquilamente el más débil a la venganza del más poderoso si con ello obtenía algunos ducados más. El caso de Cortes y Ronda no fue único, ni mucho menos; de otros muchos hemos hallado huellas documentales. Una consulta de 1639 se refiere al pleito que mantenían en el Consejo de Castilla Salvatierra (Alava) y sus lu-

---

75. Id. 689, cons. 7-3-1632. Una consulta de 29 de junio de 1650 se refiere a la queja de Sevilla por habérsele vendido en 1645 Alcalá de Guadaira con sus alcabalas al marqués de Villanueva del Río; Sevilla consiguió que se le reintegrara en su posesión aduciendo sus privilegios, pero el marqués introdujo pleito. Es característico para la comprensión de las relaciones entre la ciudad y sus lugares que Sevilla adujese que, en caso de que Alcalá saliese de su jurisdicción no podría obligarla a que la abasteciera de pan y agua, ya que, aún hoy, estando sujeta, "le quita muy ordinariamente el agua para sus molinos." El Consejo reconocía estos perjuicios, pero manifestó que no teniendo medios la Real Hacienda de devolver al marqués los 76.000 ducados que había dado, si Sevilla no se los pagaba era forzoso que siguiese el pleito. (CJH, 968).

76. CJH, 700.



gares; éstos, a pesar de su pequeñez, ofrecían 24.000 ducados por su exención<sup>77</sup>. Interesantes aspectos ofrecen las deliberaciones a.

---

77. A. H. N. Consejos suprimidos, leg. 7.155, núm. 4. Amplios detalles sobre este interesante pleito ofrece el *Memorial del pleito que la villa de Salvatierra y el estado de los labradores de once lugares de los diez y seis que tiene en su jurisdicción... sobre la exempcion de los dichos diez y seis lugares concedida por el Sr. Conde de Castrillo, por 24.000 ducados de plata con que ofrecieron servir de donativo*. (Madrid, 1637, 198 folios). según resulta de este escrito, ya en 1599 y 1614 el Consejo de Hacienda había rechazado las peticiones de la aldeas ante las reclamaciones de Salvatierra, que decía ser dueña del suelo y la jurisdicción; el Conde de Castrillo se la había otorgado, no en virtud de las cédulas de venta de vasallos, sino de una comisión especial. Las aldeas habían pagado ya 6.000 ducados a cuenta de los 24.000 ofrecidos, pero los labradores u hombres buenos se quejaron de que la exención la pretendían sólo los hidalgos reunidos en la junta de San Millán (los labradores se agrupaban en la cofradía de San Jorge) que les sacaban dinero para el donativo y el pleito y que Salvatierra siempre los trató bien.

Sin embargo, en la probanza del Fiscal y lugares se probó con testigos: "Que dichos lugares padecen vejaciones de los justicias de Salvatierra, llevándoles excesivos derechos en los pleitos, prendiéndolos por causas livianas y haciéndoles grandes costas en las visitas, por lo que muchos vecinos se van a vivir a otras jurisdicciones". (fol. 111).

"Que la vara de alcalde ordinario de Salvatierra siempre anda entre padres y hijos, hermanos, tíos y parientes, y se toman unos a otros la residencia, de modo que los agraviados no pueden alcanzar justicia, y quando alguno la quiere intentar contra ellos es necesario ir a la Chancillería de Valladolid, a donde gasta más hazienda en las costas que el principal." (fol. 114).

"Que en la villa de Salvatierra tiene más de 2.000 ducados de renta en sisas y otras cosas para reparo de murallas y los gastan en efectos propios suyos, y molestan a los lugares en más de mil ducados de repartimiento a título de reparos de murallas, siendo así que la mayor parte están derribadas." (fol. 116).

"Que el haber revocado los poderes algunos del estado de labradores ha sido por miedo de las extorsiones que les han amenazado hacer y han hecho los poderosos de Salvatierra, porque antes todos vinieron de un acuerdo en la exempción." (fol. 120).

En cambio, Salvatierra aportó testigos de que siempre había tratado bien y defendido sus aldeas, por lo que la gente pobre y común le era favorable; "y esto es de manera que muchos lugares comarcanos que no son de la jurisdicción de la villa desean mucho serlo..." (Se refiere a varios lugares que eran del duque del Infantado). También insistía en que:

que dio lugar la disputa entre Cáceres y su aldea de El Casar. Alegaba la primera que había pagado 10.000 ducados en tiempo de Felipe II para conservar íntegra su jurisdicción; que estaba en la raya de Portugal, con sólo 1.600 vecinos y muy pocos vasallos (repárese en el uso de este término), pues si se le apartaba El Casar, que tenía 800, sólo le quedarían Malpartida, con 300; Aliseda, con 120; Sierra de Fuentes, con 100; Aldea del Cano, con 50, y Quemados, con 100, entre los cuales había muchos hidalgos y exentos, lo que no sucedía en El Casar, "por tener privilegio que no pueda vivir en él ninguno que sea hijodalgo"; de suerte que, quitándosele, no quedaría con fuerzas para acudir a las cosas del real servicio. Sospechando que las razones solas tendrían poco peso, Cáceres ofrecía un donativo de 14.000 ducados.

El Consejo de Hacienda dividió sus pareceres, y es curioso que el voto de la mayoría, favorable al privilegio de Cáceres, se fundó en que, siendo ciudad de mucha nobleza y propensa a bandos, convenía que tuviese corregidor "de capa y espada", y que si se le eximía El Casar "quedaría tan tenue que de aquí adelante no podría haber en él sino corregidor letrado". El rey resolvió en favor de Cáceres, pero exigió que aumentara el servicio ofrecido hasta 20.000 ducados <sup>78</sup>.

El más largo y reñido de estos litigios fue, según creo, el que sostuvo San Vicente con Valencia de Alcántara. Esta había dado ya en 1585 10.000 ducados para que no se le desmembrasen las aldeas, y para que se confirmase este privilegio dio otros 100.000 reales en el donativo del año 1629. San Vicente, que tenía ya cuatrocientos vecinos, se creía con derecho a gozar de su vida municipal autónoma. Hizo presente que también había servido con 9.000 ducados en aquel donativo y se manifestó dispuesto a pagar por su libertad otros 27.000, mucho más de lo que le correspondía según las cédulas de ventas de vasallos, obligando al pago las haciendas de los vecinos; se mostraba tan quejoso de los agravios que recibía de las justicias y hombres poderosos de Valencia, que si no se les ponía coto anunciaban la despoblación de San Vicente.

---

la exención la pretendían los más poderosos, en detrimento de los pobres, y pensando que no les costaría tanto.

78. CJH, 643, cons. 20-8-1628.

Sin embargo, en consulta de 20 de febrero de 1632, el Consejo de Hacienda propuso, y el soberano aprobó, la ratificación de su privilegio a Valencia mediante un pago adicional de 6.000 ducados.

Esto no era más que el principio de una larga serie de enmarañadas gestiones y pleitos que no podemos seguir en detalle, aunque no dejan de ser muy instructivos en cuanto a las condiciones de la vida rural en aquella época. Resumiremos sus principales etapas. En 24 de octubre de 1634 acudió San Vicente al Consejo de Ordenes, de quien dependía su territorio, y sin ponerlo en antecedentes de sus anteriores gestiones, le ofreció 30.000 ducados de plata por la exención, oferta que fue aceptada a pesar de las protestas de Valencia de Alcántara. Esta acudió entonces al Consejo de Hacienda, que se le mostró favorable, mientras que el de las Ordenes tomaba partido por San Vicente, alegando que los privilegios de Valencia debían considerarse caducados por haber abusado de ellos. Agregaba que los 25.000 ducados que ofrecía por seguir en posesión de este lugar los había sacado en gran parte del propio San Vicente; éste, por su parte, estaba dispuesto a dar 36.000 ducados de plata, que, reducidos a vellón, con el premio del 25 por 100, subían a 46.000, con los que se podían reintegrar los 25.000 de Valencia, quedando un apreciable excedente para el Tesoro Real. El negocio pareció lo bastante grave e intrincado como para formar una Junta especial que entendiese en él. Esta Junta falló a fines de 1639 contra las pretensiones de San Vicente.

Durante bastantes años no se oye hablar más de este litigio, pero, muerto ya Felipe IV, nos encontramos con un memorial del cabildo eclesiástico de Alcántara dirigido a la regente doña Mariana de Austria en 1672, en el que se dice que los de San Vicente se habían emancipado con siniestras relaciones de la villa, usurpando sus baldíos y poniendo sus mojones a tiro de mosquete. Otro memorial hace historia del pleito, del triunfo obtenido por Valencia en 1639, y de cómo el Consejo de Cámara había aceptado las demandas de San Vicente; el de Castilla, en cambio, estaba de parte de Valencia, y había dado orden al corregidor de Cáceres para que restableciera su jurisdicción, pero los vecinos de San Vicente le habían salido al encuentro armados y tuvo que retirarse sin haber ejecutado su comisión. Exponía también las pérdidas sufridas por



la villa durante la guerra con Portugal, en la que habían perdido sus propiedades, mientras los de San Vicente, que habían aceptado el yugo portugués, habían crecido en población y riqueza<sup>79</sup>. No debieron prevalecer las quejas de Valencia de Alcántara, porque, si bien desconozco la fecha en que se reconoció la exención de San Vicente, esta era un hecho en el siglo XVIII.

Otras muchas exenciones de lugares se verificaron de forma pacífica<sup>80</sup>, pero todas gravaron pesadamente las haciendas de los nuevos municipios con los censos que para comprar su autonomía se veían obligados a contraer<sup>81</sup>. No pocos se vieron muy apurados e

---

79. Los documentos citados en el texto se hallan en CJH, 795 y A. H. N. Consejos suprimidos, 7.182.

80. Además de las mencionadas en el texto y en el apéndice I podemos citar, por vía de ejemplo, pues no pretendemos establecer una lista completa, la de Ataquines respecto a Olmedo, realizada en 1627 por 2.040.000 mrs.; la de La Seca de Medina del Campo en 1629 (aún se litigaba en 1661 sobre lo que aún le faltaba por pagar, por alegar que Medina seguía en posesión de un monte que era lo mejor de su término; CJH, 1.140). La de Chiloeches y Cabanillas, desmembradas de Guadalajara; la de Montoro, que ofreció 26.000 ducados en 1632 por librarse de la sujeción de Córdoba, pero sólo la consiguió al año siguiente dando triple cantidad, treinta cuentos de maravedises (CJH, 689 y CRIADO, *Historia de Montoro*, 118). El alcance y contenido de los textos legales correspondientes puede verse en la transcripción que el Sr. Lope Toledo hace de la real cédula de 7 de agosto de 1636 que eximió a Cenicero de Nájera, previo consentimiento del duque de este título (*Cenicero, villa libre*, en *Berceo*, VII, 703).

81. Sobre la carga que representaban los censos, véase *El problema de la tierra en los siglos XVI y XVII*, del Sr. VIÑAS MEY, parte 1.ª, capítulo 2.º y la bibliografía que allí se cita.

En relación con este asunto debe ponerse el siguiente párrafo del obispo Soria y Vera: "Los labradores sugetos a la jurisdicción de corregimientos y gobernaciones reciben gran molestia y daño de los ministros de justicia con tan continuadas opresiones y costas que les hazen; y los que se eximen de esta jurisdicción entran en otro mayor daño, porque venden sus baldíos, en que criaban sus ganados, y toman grandes censos para comprar la libertad y para consumir oficios de regimiento, y quedan obligados a pagar perpetuos tributos, y no pudiendo pagarlos les toman posesión de sus propios y haciendas concejiles; y los que son ricos y poderosos en sus lugares se hazen dueños de ellos, a costa de los pobres que han pagado y pagan esta libertad, y se hacen alcaldes y regidores; y lo que peor es, quedan, si quieren muy libres para vivir vida rota ellos, los es-

incluso imposibilitados para cumplir sus compromisos. La Hacienda concedía largos plazos para la paga, pero al oneroso interés del 8 por 100 que, combinado con el de los censos, agotaban los recursos de los pueblos en el pago de réditos, quedando siempre subsistente la deuda principal. En 1661 se perdonó a Arriate (Ronda) lo que aún debía de los 2.186.680 mrs. en que compró su exención en 1630<sup>82</sup>. En 1628, con cargo a los 20.000 vasallos, Vilches había obtenido su separación de Baeza; se le calcularon 400 vecinos, que a 16.000 mrs. sumaban 6.400.000; pero la Hacienda se reservaba el derecho a fijar el valor por la extensión del término si así le resultaba más ventajoso, y como en vez de dos y media leguas cuadradas que el pueblo había declarado resultó tener 13, a 6.400 ducados, montaban 31.232.133 mrs., de los cuales, y sus intereses, sólo había satisfecho una pequeña parte ocho años después. Alegaba que el conde de Santisteban y el marqués de Santa Cruz se habían apoderado de lo mejor de su término, dejándole sólo lo más montuoso, y consiguió del Consejo una transacción en virtud de la cual se le rebajó el precio y se alargaron los plazos<sup>83</sup>.

Fuera por las deudas o por otras circunstancias, algunas de las aldeas eximidas, en vez de hallar en su nuevo estado prosperidad y aumentos, cayeron en lastimosa decadencia; tal fue el caso de Cardenete, que en 1634 se eximió de Moya (Cuenca), y después fue en tal disminución que de 300 vecinos acomodados que tenía, con yuntas y trato de cordellates, bajó a 216 en 1650, y doce años después a 172, muy pobres todos por las malas cosechas y otros accidentes<sup>84</sup>. La tremenda deterioración de las condiciones económicas que a partir de 1640 sufrió Castilla entera, sin distinción de lugares realengos o de señorío, hizo para muchos más dificultoso el cumplir las obligaciones que habían contraído, hasta el punto de que algunos no hallaron otra salida que enajenar su recién ganada

---

cribanos, sus parientes, amigos y paniaguados, sin que aya quien les pueda ir a la mano; lo que no acontece con tanta libertad a los que tienen cerca sus gobernadores, de que tengo harta experiencia." (*Tratado de la justificación y conveniencia de la tasa del pan...*, Toledo, 1633, cap. 5.º. Creo que hay edición anterior, de 1621).

82. CJH, 1.140.

83. Id. 750, cons. de 28-9-1636.

84. Id. 1.153, cons. 28-3-1662.



libertad. Y es curioso comprobar que ninguno de ellos pidió volver a la dependencia de su antigua cabeza de partido; todos prefirieron venderse a un particular que les ofreciera hacerse cargo de sus deudas y, en ocasiones, concederles otras ventajas<sup>85</sup>. Algunos casos hemos citado ya. El de Cúllar Baza (Granada) es también bastante curioso.

Cúllar se eximió de Baza en 1628, pagando, a razón de dos leguas y media de territorio, 18.125 ducados. También compró sus alcabalas en 3.043.250 mrs. Pero al hacerse la medición resultó que debía pagar, *hecha por el aire*, 24.790.177 mrs., y *por la tierra*, 36.634.855<sup>86</sup>. Esta cantidad, incrementada con los intereses, resultó demasiado pesada para la villa, que, encontrándose abrumada por los ejecutores, pidió composición; en 1636 se le concedió que hiciera un pago final de 30.000 ducados en ocho años al 8 por 100. Sin embargo, tres años después alegó que estaba imposibilitada de pagar sus deudas y en peligro de despoblarse; pidió y obtuvo facultad para vender su jurisdicción y alcabalas a doña Juana de Guevi (a quien, además, entregarían durante doce años el medio diezmo de sus cosechas) en la cantidad de 51.000 ducados, de los que 47.000 servirían para extinguir sus débitos y los otros 4.000 quedarían en beneficio de la Hacienda<sup>87</sup>.

Un memorial dado años después por Baza trata de los daños

---

85. Algunos detalles curiosos, en mi citado artículo *La ruina de la aldea castellana*. Puede añadirse el caso de Cabanillas, eximida de Guadalajara en 1628; siete años después se vendió a un particular por hallarse agobiada con 18.400 ducados de deudas (CJH, 729).

86. Supongo que la expresión "por el aire" se referirá a una triangulación planimétrica que no tenga en cuenta las ondulaciones del terreno, y por "la tierra" a una medición hecha por los métodos corrientes de agri- mensura.

87. CJH, 785, cons. de 17-3-1639. Nada menos que en 1680 se perdonaron a Torreperogil 6.694.226 mrs. de intereses que debía de la compra que hizo de su jurisdicción en 1642 por 6.085.660 hasta 1665 que estuvo sin poder usar de ella por los pleitos que le puso Ubeda, en que le hizo gastar 30.000 ducados, a más de las costas y molestias de ejecutores "que aún duran" (CJH, L, 410).

Otro caso en que la R. Hacienda tuvo que dar facilidades fue el de Baños, eximida de Baeza. Se le había hecho el cómputo, no por vecinos, sino por el término, computándole 16 leguas en Sierra Morena, tierra inútil en su mayor parte. (CJH, 894, cons. 21-1-1646).



producidos por haberse concedido la exención, contra sus privilegios, a Cúllar, Caniles y Benamaurel; esta última también se había vendido, al duque de Alba, “quedando sus vecinos con el desconuelo de verse vasallos de particulares, pudiendo ser lo de V. M. por haberse eximido de la jurisdicción de Baza, que los había mantenido en paz...”, y daba cuenta de “las disensiones y guerras civiles por haver cortado los vecinos de Caniles las presas y conductos de la agua que nace en ella, con que riegan y fertilizan los campos de aquella ciudad, pretendiendo las dichas villas escusarse de las contribuciones y servicios (de Baza), imposibilitándola por este medio del cumplimiento de sus obligaciones”<sup>88</sup>.

#### *Análisis de un caso típico*

Terminaremos haciendo una breve historia de la proyectada compra de Puerto Real por el almirante Díaz Pimienta, el fracaso de este proyecto, sus derivaciones e inesperado desenlace. Un episodio que ilumina con cruda luz ciertos aspectos de la administración castellana en el siglo XVII.

Corría el año 1645, con tan mala fortuna para nuestras armas y hacienda, que don Luis de Haro, sucesor de su tío el Conde Duque en la real privanza, hubo de marchar precipitadamente a Sevilla para arbitrar recursos, pues a pesar de su evidente decadencia aún era cierto lo que un cuarto de siglo antes escribió el contador Antonio de Rojas: que “Madrid y Sevilla eran lo más principal, o por mejor decir, el todo de estos Reinos”<sup>89</sup>. Sin embargo, el donativo que le otorgó Sevilla era largo de cobrar, y se precisaba dinero de contado con toda urgencia. Acababa de regresar de América el almirante don Francisco Díaz Pimienta, quien, a pesar de sus modestos orígenes, había amasado una gran fortuna utilizando los medios que solían emplear los generales de las Armadas de Indias<sup>90</sup>. El favorito le sugirió un medio de emplear con provecho sus caudales: comprar la villa de Puerto Real en las ventajosas condiciones que ofrecían las cédulas de ventas de vasallos.

88. CJH, 968, cons. 7-1-1650.

89. *Discurso sobre la moneda*, dirigido al Conde Duque (1623).

90. J. WANGÜEMERT y POGGIO, *El almirante D. Francisco Díaz Pimental y su época*.—Madrid, 1905.

Díaz Pimienta se dio cuenta inmediatamente de las ventajas que tendría su adquisición; situada en el amplio seno de la bahía gaditana, en sus manos estaría hacer de Puerto Real lo que los duques de Medina Sidonia habían hecho de Sanlúcar y los de Medinaceli del Puerto de Santa María: un activo centro de contratación mediante facilidades y tolerancias especiales a los comerciantes nacionales y extranjeros. El contrato se firmó el 8 de febrero de 1646, y el comprador abonó en el acto los 13.824.636 mrs de plata que resultó valer con arreglo a la extensión de su término. El vecindario se estimó en 660 vecinos, cifra que las averiguaciones practicadas con posterioridad elevaron a 740. También se le vendieron ciertos derechos reales en Cádiz y lugares de su jurisdicción.

A pesar de la necesidad desesperada de dinero, el Consejo de Hacienda no se sintió muy feliz con la noticia de esta enajenación. Por principio era opuesto a la venta de lugares marítimos que podían prestarse al fraude<sup>91</sup>. En el caso de Puerto Real este temor era más justificado por significar otro portillo abierto a la defraudación, ya tan intensa y difícil de reprimir, que en toda la bahía se hacía con la plata y géneros de América. Por otra parte, los vecinos de la villa, orgullosos del título de Real que llevaba desde su erección por los Reyes Católicos, se resistían a pasar de la condición de realengos a la de señorío. La respuesta de Felipe IV a esta consulta deja traslucir un cierto maquiavelismo, pues manifestaba que era indispensable aceptar el precio, y que luego se estaría a las resultas del pleito que había de entablarse.

Lo cierto es que el almirante, a pesar de haber desembolsado los ducados, no llegó a ejercer en ningún momento jurisdicción sobre la villa, ni hay en ella nada que recuerde su nombre. En 1650 la traspasó por testamento a sus herederos, manifestando que quería ser enterrado en ella; pero al morir, dos años después, el pleito incoado, que por consideración hacia él se había mantenido

---

91. Cuando se trató, en 1639, de la venta de Lobras y Molvizar, dos lugares próximos a Motril, a D. Pedro de Torres y Acebedo, el marqués de Trujillo disintió, en voto particular, por ser lugares marítimos y con cosecha de azúcar, lo que significaba a la vez riesgo militar y peligro de defraudación. (CJH, 795, cons. 5-9-1639).

indeciso, tomó un giro francamente desfavorable para sus herederos; basándose en que "por estar (Puerto Real) a la mar y a dos leguas de Cádiz, donde los metedores hallan acogida, sin poder ser juzgados por la justicia realenga", una Junta particular formada al intento comunicó a los herederos que S. M. anulaba la venta. Como no había ni que pensar en devolver el precio, se les invitó a proponer su cambio por otra villa. Eligieron Vicálvaro, ofreciendo restituir o aceptar la diferencia de valor; se aceptó la permuta, y en 1664 se celebró la escritura de asiento por el Secretario de Estado, don Luis de Oyanguren, marido de la viuda del general, doña Alfonsa Jacinto de Vallecillo.

No tuvieron más suerte esta vez que la primera. Madrid había pretendido en 1626 quedar inmune de las ventas de vasallos exhibiendo un privilegio de Fernando IV, pero sólo en el transcurso de un año le vendieron Hortaleza, Húmera, Chamartín y Boadilla. Al aparecer en 1630 la segunda cédula de factoría, decidió conjurar sus efectos con algo más positivo que unos pergaminos y entregó 150.000 ducados (incluidos los 60.000 que ofreció en compensación de los mil soldados que se le habían pedido para Italia) para que no se le vendiesen más lugares, oficios ni regimientos<sup>92</sup>. Se comprende el disgusto con que vería esta nueva enajenación y el aliento que dio a la resistencia de los lugareños. Cuando llegaron a Vicálvaro los comisionados para hacer las averiguaciones de vecindario y medición del término encontraron al vecindario reunido en la plaza en actitud de franca hostilidad; con ellos estaban algunos regidores madrileños. Las justicias de Vicálvaro arrebataron sus despachos a los comisionados y les dijeron que la real cédula la obedecían pero no la cumplían, por haber sido obtenida con siniestra relación, por lo que tuvieron que volverse.

Tal actitud de resistencia hubiera sido incomprensible de no tener tras sí la villa al poderoso municipio madrileño, que acudió al Consejo Real, el cual formó competencia con el de Hacienda. Es característico de la debilidad del régimen en aquel momento que Felipe IV, aunque dijo que debía castigarse aquel exceso, no mandó dar posesión de Vicálvaro a los herederos de Díaz Pimien-

---

92. CJH, 632 y 664.



ta, sino que les avisó que buscaran otra villa mientras se sustanciaba el pleito. La solución no llegó sino en 1672, cuando se indemnizó a la viuda, que se había quedado sin señorío y sin dinero, con el título de marquesa de Villa Real, merced que la Cámara tasó arbitrariamente en la exorbitante cifra de 28.000 ducados<sup>93</sup>.

ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ

APENDICE DOCUMENTAL

I

(A. S. CJH. 622)

CONSULTA DE 6-9-1626 SOBRE VENTA DE LUGARES DE LA JURISDICCIÓN DE MADRID

“Señor.—For consulta deste Consejo de 21 de julio deste año se dio cuenta a V. M. de lo que se ofrecia en orden a la venta de 20.000 vasallos... y habiendole remitido V. M. dos memoriales, uno en nombre de las ciudades del Reyno y otro de la villa de Madrid, con orden de que se viesen en este Consejo y se consultase lo que pareciere...” Da cuenta de que Madrid habia representado los daños que se le seguian de la venta de sus lugares y pedia se le guardasen sus privilegios, o en caso de venderse, se le admitiese el tanteo, a lo cual opinaba el Consejo que se debia acceder. Lo que mas ponderaba el concejo madrileño era que la venta de jurisdicciones la dejaria cercada, pues “que por partes de ella llega al arroyo de Brañigal y a la hermita del Angel de la Guarda”. Por ello, “ha parecido que V. M. debe servirse de mandar que no se venda ninguno de los lugares de la jurisdicción de esta Villa que estan dentro de una legua bulgar de Madrid, y los que estuviesen fuera desta legua no se les de termino ni jurisdiccion que entre dentro de la dicha legua hacia Madrid”. Tambien pedia que en los lugares que se hubiesen vendido pudiese la justicia de Madrid atravesarlos con vara alta.

---

99. Los hechos fundamentales, incluyendo el testamento de Díaz Pimenta y la R. cédula de 1663, en la citada obra de Wangüemert. Algunas precisiones suplementarias en Saltillo, I, 349 y en CJH. 1,183, cons. 24-3-1664. La R. cédula de 1664 haciendo pública la escritura de venta de Vicálvaro la ha publicado S. DE MOXO en el apéndice VIII a su artículo en *Hispania* sobre los señoríos.

A continuación hay una curiosa relación de los 32 lugares comprendidos en los tres sexmos de Madrid, con la vecindad de cada uno.

Los números que figuran en el margen izquierdo deben indicar la población rectificada.

#### Sexmo de Vallecas

- 600 El lugar de Vallecas está una legua de Madrid, tiene 500 vecinos, es de buena cosecha de pan y donde tienen trato de yeso y cal y panaderías. No tiene recreación alguna.
- 50 Ambroz tiene 30 vecinos, está dos leguas de Madrid, tiene algunas huertezuelas, está cerca de la ribera del Jarama, una legua del Soto del Negralejo.
- 30 Coslada tiene la misma vecindad y está en el mismo paraje.
- 30 Rivas tiene 20 vecinos, está 3 leguas de Madrid, lugar muy pobre, está cerca del Jarama, tiene un monasterio de frailes descalzos mercenarios, cuyos patronos son los condes del Castellar, que tienen allí hazienda.
- 20 Velilla está 4 leguas de Madrid, de la otra parte del Xarama, tendrá 20 vecinos, gente pobre, está rodeada de muchos sotos. Todas las tierras deste lugar son de cavalleros de Madrid y del monasterio de Santo Domingo.
- 15 Bacialmadrid tiene cosa de 20 vecinos. Está tres leguas de Madrid, orillas del Manzanares y Xarama, en el camino real de Valencia. Tiene allí S. M. una muy buena y grande casa. Todas las tierras que allí se labran son de Madrid y de cavalleros particulares. Está cerca del Soto del Porcal y otro que ay en aquellas riberas.
- 40 Rojas está tres leguas de Madrid, en el camino de Alcalá, y tiene 20 vecinos. La mayor parte de las haziendas deste lugar son de D. Lope Zapata, del monasterio de Constantinopla (¿) y otros cavalleros de Madrid, y el dicho D. Lope Zapata tiene comprada la jurisdicción de su casa, que está en medio de la plaza. Tiene este lugar algunas huertas y palomares.
- 50 Canillejas esté en el mismo camino de Alcalá, dos leguas de Madrid, tendrá 30 vecinos; hay algunas huertas. Este lugar es de vecinos y de Madrid.
- 150 Vicálvaro está legua y media de Madrid. Tendrá 200 vecinos, tratan en cocer pan y yeso, y hay en este lugar muchas haciendas de cavalleros particulares.
- 20 Canillas está dos leguas de Madrid y tiene 18 vecinos. Ningún trato. Las mugeres lavan ropa de Madrid.
- 60 Hortaleza está en el mismo paraje, tendrá 40 vecinos, en él hay muchas huertas y casas particulares de Madrid.
- 6 Chamartín tendrá cuatro vecinos. Está legua y media de Madrid: en.

él tiene el duque de Pastrana casa y huerta, y otros vecinos de Madrid.

- 300 Fuencarral está dos leguas de Madrid, tiene doscientos vecinos, que los más son monteros y criados de S. M. No es lugar de recreación.
- 30 Fuente el Fresno está cuatro leguas de Madrid, tiene treinta vecinos, está media legua de Xarama.

Sexmo de Villaverde

- 300 Villaverde está una legua de Madrid, en el camino de Aranjuez, tendrá 150 vecinos, y en él hay muchas casas y haciendas de cavalleros de Madrid. Hay algunas huertas.
- 1.000 Xetafe tiene 1.200 vecinos, está dos leguas de Madrid.
- 300 Fuenlabrada está tres leguas de Madrid. Tiene 300 vecinos. No es lugar de recreación, los más son arrieros.
- 50 Torrejón de la Calzada está cuatro leguas de Madrid en el camino real de Toledo, tendrá veinte vecinos; los más son mesoneros.
- 40 Casarrubuelos está cinco leguas de Madrid, en el camino que va del monasterio de la Cruz a Illescas; tiene 30 vecinos.
- 3 Humanejos tendrá tres vecinos, está a la mano izquierda como se va a Toledo, entre Parla y Torrejón, tres leguas y media de Madrid.
- 4 Perales tiene dos o tres casas de vecinos de Xetafe. Está tres leguas de Madrid en la ribera de Manzanares.

Sexmo de Aravaca

- 100 Arabaca está una legua de Madrid en el camino real de Valladolid, tiene cerca de cien vecinos, las más de las tierras que labran son de la villa de Madrid y de particulares; su trato es ser leñadores cosa-rios de las dehesas de Madrid.
- 150 Pozuelo de Aravaca es de 150 vecinos, está dos leguas de Madrid
- Maxalahonda está tres leguas de Madrid, las más tierras que labran son roturas de Madrid; tendrá 200 vecinos.
- 20 Humera tendrá doce vecinos; los más dellos lo son de Madrid.
- 300 Las Roças tendrá 300 vecinos. Está tres leguas de Madrid, en el camino real. Era lugar de mucho ganado, aunque ahora hay muy poco.
- 250 Alcorcón está dos leguas de Madrid. Tendrá 200 vecinos, su trato es hacer cosas de barro.
- 500 Leganés está dos leguas de Madrid. Tiene cerca de 300 vecinos. Es lugar de muchas huertas y jardines.
- 500 Los Caravancheles están media legua de Madrid; el de abaxo tendrá 250 vecinos, y el de arriba cerca de 150.
- 30 Usadello.



## II

(C. J. H. 622. Año 1626)

## MEMORIALES DE MADRID Y LEGANÉS CONTRADIENDO LA VENTA DE ESTE LUGAR

“Señor.—Diego Duarte, Gonzalo Fernández, Vicente Labrandero y Marcos Gómez, diputados del lugar de Leganés, dicen:

Que el concejo de aquel lugar tiene contradicha la posesión que se ha dado de la jurisdicción a D. Diego Messia, Cavallero del hábito de Santiago, y en prosecución della se dió memorial a V. M. y se mandó que acudiesen esta villa de Madrid, y se conformaron con ello, y han ofrecido de ayudalla con la tercia parte de lo que monta el desempeño de la dicha jurisdicción, y por no haberse resuelto la dicha villa han dado memoriales, ofreciendo de pagar el precio que se ha dado por la dicha jurisdicción, y de pagar más dos ducados en cada vasallo de los que el dicho lugar tiene. Y ahora de nuevo se afirman en el dicho ofrecimiento con las calidades que le tienen hecho, que es, que la jurisdicción quede incorporada en el concejo de dicho lugar para usalla por sus alcaldes ordinarios en la misma forma que se ha dado a D. Diego Messia.

Y porque con esto viene a ser beneficiada la Real Hacienda y se consigue el fin que el Reino tuvo, que fue que V. M. pudiese valer del precio, piden y suplican a V. M. se sirva de admitir este ofrecimiento.”

“Señor.—La villa de Madrid dice que por otros memoriales tiene suplicado a V. M. le haga merced de mandar que no se venda ningún lugar de su jurisdicción por el gran daño que recibe, y que se le guarde el privilegio que tiene para ello, y que si fuese necesario se le dé de nuevo, por lo qual ha ofrecido servir a V. M. con algún servicio particular, para ayuda de los quales gastos que tiene, y porque se van haciendo ventas de muchos lugares de su jurisdicción y admitiendo pujas de otros, suplicando a V. M. se tome concierto con la Villa para que no se vendan, y que si por estar vendido el lugar de Leganés y tomada posesión dél no se sirve de mandar se deshaga la dicha venta, esta villa por lo que le toca la consiente y se aparta de las contradicciones y protestas que tiene hechas en los dichos lugares de su jurisdicción, y las que estuviesen tratadas no se hagan, y por ello servirá a V. M. con lo que pareciere justo, sirviéndose V. M. de darle licencia para romper en sus baldíos en la parte que parezca más conveniente 4.000 fanegas de tierra y arrendarlas por seis años, o vender en propiedad 1.500 dellas, y asimismo que de los 20.000 ducados que tiene consignados cada año en las sisas para redimir censos, pueda tomar cada año 10.000 dellos, hasta estar enteramente pagado V. M. y también que por el mismo tiempo pueda tomar de las sisas que llaman de la sexta parte otros 8.000 ducados cada año...”

En el mismo expediente está el privilegio concedido por Fernando IV a Madrid y los autos de la venta de Leganés.

## III

(C. J. H., leg. 676)

CONSULTA Y DECRETO DE 30 DE JUNIO DE 1631 SOBRE LA EXENCION QUE SOLICITABA  
EL LUGAR DE SORÇANO

"Por parte del lugar de Sorçano se a representaçõ que es aldea de la villa de Nalda del condado de Aguilar, partido de Soria y que de estar sujeto a la Justicia y repartimientos de la dicha villa se le an seguido grandes daños e inconvenientes por las bexaciones que padecen de llevarlos a ella, que es una legua de alli, por fuerça quando están labrando sus haciendas, a cuya causa no han quedado más que cincuenta vecinos, y si no se exime de la dicha villa no quedará ninguno. Por lo qual a suplicado a V. M. le haga merced de eximirle della, dándole titulo de villa con jurisdicción por si en la forma y con las calidades con que otros lugares se han eximido de sus cabeças, por (lo) que a ofrecido servir con 8.500 maravedis por cada vecino de los que ay en él.

Y visto en el Consejo, y que por ser el dicho lugar y la villa de Nalda su cabeça de señorío a traído y presentado consentimiento del conde de Aguilar para la exención que se pretende, y también de la mayor parte de las ciudades de voto en Cortes para que sin embargo de las condiciones de Millones que lo prohiven se le pueda conceder, ha parecido que siendo V. M. servido se podrá hazer asi con las calidades y en la forma que se an concedido otras exenciones de lugares de señorío, sirvienco con los 8.500 maravedis que a ofrecido pagados en plata doble en tres pagas iguales... Decreto de S. M.: "Assi."

## IV

(A. H. N. Consejos suprimidos, legajo 7.171, número 40)

CONSULTA DEL CONSEJO DE CASTILLA EN 1661 SOBRE LA PRETENSION DEL CONDE  
DE CASTRO A COMPRAR LA JURISDICCION DE ARENILLAS DE RIO PISUERGA

"Señor.—La villa de Arenillas de Rio Pisuerga es una de las villas de la Corona de V. M. y el Sr. rey don Fernando el Catholico, por su Real cédula de 3 de junio de 1478, dió su fee y palabra de no dividirla ni apartarla de su patrimonio y Corona Real en tiempo alguno, y el Sr. Emperador Carlos V en 20 de enero de 1537 prometió lo mismo, y por ser la dicha villa de la Corona Real y behetria de mar a mar se dio en encomienda al Señor rey Don Phelipe II que entonces era Príncipe en Castilla, y se mandó en ella al alcalde mayor del Adelantamiento de Castilla, partido de Burgos, tubiese en encomienda la villa en nombre de dicho serenísimo Príncipe.

En esta posesión ha estado de ser de la Corona Real y de ejercer sus alcaldes nordinarios la jurisdicción civil y criminal, mero y misto ymperio en nombre de V. M. hasta que el año de 1568 los condes de Castro la començaron a ynquietar en la jurisdicción, sobre lo qual la villa les movió pleito el año de 1595, que ha durado hasta este de 1661, haviendose començado en la Chancilleria de Valladolid, donde tubo sentencia de revista en su favor, la qual se confirmó por el Consejo de Castilla en Sala de Mil y Quinientas, de que se le despachó executoria, y además de las molestias y vexaciones que ha padecido de las justicias del conde de Castro ha gastado más de 40.000 ducados en su seguimiento, que le han reducido a suma pobreça. Ha tenido noticia de que el dicho conde de Castro, marqués de Camarasa, en odio y emulación del dicho pleito trata de comprar su jurisdicción y vasallaje, y por este medio conservarse en la usurpación que ha tenido de la merindad de Castrojeriz, que se compone de ciento trece villas y lugares, tocando y perteneciendo a V. M. por no tener título ninguno, porque los que tiene y de que se ha valido en el pleito con la villa de Arenillas, además de no ser ciertos, están desestimados por la ejecutoria que la villa ganó en la Chancilleria de Valladolid y en el Consejo..." Terminaba el alegato de la villa suplicando que se le confirmara su privilegio de ser realenga, pero el Consejo opinó que, de no usar el derecho de tanteo, debía comparecer ante el Consejo de Hacienda a representar sus privilegios, y el monarca se conformó con este parecer. No sé en qué terminó el largo calvario administrativo de esta villa.

## V

CONSULTAS DEL CONSEJO DE INDIAS SOBRE INCIDENTES DERIVADOS DE LA COMPRA DE LA PEZA (GRANADA) POR EL CONDE DE MOTEZUMA

Existe una copiosa bibliografía sobre este personaje, que puede consultarse en el tomo LVII del Diccionario Heráldico y Genealógico de García Caraffa (pág. 188). No se escatimaron mercedes a los descendientes de los antiguos reyes de Méjico, que emparentaron con la mejor nobleza de España, pero su situación económica distaba de ser brillante, según resulta de los memoriales y consultas existentes en el legajo 780 de Indiferente General del Archivo de Indias, correspondiente al año 1665. En una de dichas consultas (12-VII-65) se recuerda que, mediante escritura hecha en Madrid, en 26 de enero de 1612, ante Gerónimo Fernández, escribano del número, D.<sup>a</sup> Francisca de la Cueva, viuda de D. Diego Luis Motezuma, y sus hijos D. Pedro Tesifon, D. Francisco, D. Felipe, D. Cristóbal y D.<sup>a</sup> María, nietos del último emperador mejicano, transigieron con el rey de España los derechos que pudieran alegar a dicha corona mediante concesiones bastante modestas: dos hábitos, uno para D. Pedro y otro para quien casare con D.<sup>a</sup> María; 1.000 ducados de renta en indios vacos a D. Pedro, el primogénito, sobre los 3.000 pesos que ya gozaba, y



1.500 a cada uno de los otros hermanos, con cargo de acudir a su madre con 300 anuales de alimentos; y "con calidad que recibiendo cualquiera de ellos otra merced equivalente, o heredando el mayorazgo, o acomodado alguno en prebenda, vacase la renta".

D. Pedro pensó hacer un buen empleo de su dinero comprando en 1631 a Bartolomé Espinola, factor general, encargado de la venta de los 20.000 vasallos, la villa de La Feza, jurisdicción de Guadix. En la carta de venta, que se halla incluida en el expediente, consta, entre otros curiosos detalles, que se reputó su vecindad en 200 vecinos, a la que correspondía un precio de 3.626.000 maravedis. La cantidad no era grande, pero cuando murió, en 1641, aún no había terminado de pagarla, circunstancia que su hijo y sucesor en el mayorazgo aseguraba desconocer. Grande fue su aflicción cuando, mucho tiempo después, en 1664, se le intimó de orden del Presidente del Consejo de Hacienda la orden de pagar el resto o abandonar la villa; representó que "se halla sin medios ningunos y con mucha necesidad, que le obliga a vivir fuera de esta Corte, y no tener otra parte donde poder asistir si no es en la dicha villa," y que le sería de mucho descrédito tener que salir de ella; que se le perdonase la cantidad que restaba debiendo, pues, aunque era muy corta, estaba imposibilitado de pagarla. El Consejo confirmó esta aseveración pues "o por las dificultosas cobranzas de lo que en Indias se le situó, o por la injuria de los tiempos, siempre lo han pasado los poseedores de esta Casa con mucha necesidad, y es al presente de calidad, que se suelen pasar pocas semanas en que la Condesa (de Motezuma) no acuda a pedir en la Cámara se le pague lo atrasado o se le de algún socorro para su sustento... y cada día viene a ser mayor esta necesidad." (Consulta de 20-VII-1665.)

## VI

(A. H. N. Consejos, leg. 7.176, núm. 75.)

CONSULTA DEL CONSEJO DE CASTILLA, SIN FECHA (1666) SOBRE UN MEMORIAL DEL CONDESTABLE OPONIÉNDOSE A LA EXENCIÓN QUE PRETENDÍAN LOS LUGARES DE LA MERINDAD DE BUREBA (BURGOS)

"Sra.—D. Iñigo Fernández de Velasco y Tovar, condestable de Castilla y León, dice a más de doscientos años son de su Casa los noventa lugares de que se compone la Merindad de Bureba, sugetos a las Justicias que él y sus antecesores an puesto en su villa de Virbiesca (sic por Bribiesca) dando siempre la visita a sus ministros, teniendo en ellos por executorias las apelaciones al Alcalde Mayor de su Casa y estado y otros derechos de señorío. Y habiendo dicha Merindad pretendido eximirse de su Casa y villa de Virbiesca con el pretexto de ser encomendados, la consiguieron por una cantidad moderada, sin darse al condestable traslado, de que se halla con conocido perjuicio y despojado de dichos lugares cerca de dos años, sin ser del servicio del Rey nuestro Señor y V. M.

pues con la corta vecindad de algunos ay experiencias de lo mal que se pueden gobernar, siendo el fin de los mayores, con justicias propias tener más libertad, y particularmente los poderosos contra los pobres, pues faltándoles aora el recurso de una apelación tan vecina y la del Adelantamiento, Tribunal Real, es preciso padezcan muchas incomodidades, obligándoles a buscar mayor distancia, como la de una Chancilleria, en que gastarán sus haziendas... siendo cierto que estos lugares con las exempciones no aumentan los reales intereses por los continuados fraudes que hacen a la Real Hacienda con protección de las justicias naturales, siendo ellas mismas las que los ocasionan y por lo que desean estas exempciones...

Con este exemplar, y sin ser oydo el Condestable, consiguieron la misma exempción los lugares de Tormantos y Fuencaleche, jurisdicción de la villa de Zerezo, propia de su Casa de tiempo inmemorial... y habrá un año consiguieron su libertad, uno por cuatrocientos ducados y otro por quinientos, que es de tan corta consecuencia a la Real Hacienda y de tanto descrédito a la Casa del Condestable..."

Prosigue el memorial diciendo que, con atención a estas consideraciones, Felipe IV, por decreto de 30 de mayo de 1634, ordenó al Consejo de la Cámara que se guardasen a su Casa los respetos y atenciones debidos a su linaje y servicios, con lo que se suspendieron las exenciones que por ella se tramitaban. Enumera los servicios de sus progenitores. D. Bernardino, su padre, fue 22 años getilhombre, 18 Montero Mayor, 10 Cazador Mayor, levantó a su costa 1.500 infantes, sirvió en Flandes y Cataluña, etc. Por gastos derivados de estos servicios estaba pagando a la sazón su Casa réditos de más de 450.000 ducados. Pide que, como se hizo con su padre cuando fue a servir en 1645, el puesto de Gobernador y Capitán General de Galicia, se ordene a los Consejos de Hacienda y Cámara no admitan demandas de exención de lugares durante su ausencia. Así lo acordó la Reina por decreto de 9 de enero de 1666, del cual pidieron traslado las ocho cuadrillas de la Merindaç de Villadiago, que también solicitaban su exención.

## VII

### RESUMEN DE LOS LUGARES Y VASALLOS VENDIDOS EN 1626-1668

Compuesto ya el presente trabajo, he recibido el volumen *En Espagne. Developpement economique, Subsistance, Declin*, de J. Gentil da Silva. (París, Mouton, 1965). Entre la mucha y valiosa documentación que aporta, inserta (página 182) una relación cuyo resumen es el siguiente.

Año	Lugares vendidos	Vasallos	Año	Lugares vendidos	Vasallos
1626	31	6.827	1629	24	3.475
1627	40	5.467	1630	5	1.194
1628	30	4.605	1631	13	2.414

Año	Lugares vendidos	Vasallos	Año	Lugares vendidos	Vasallos
1632	5	379	1651	3	477
1633	9	1.250	1652	8	2.581
1634	2	318	1653	7	2.109
1635	8	629	1654	6	1.227
1636	3	404	1655	6	2.199
1637	3	621	1656	5	476
1638	1	100	1657	2	191
1639	3	336	1658	2	263
1640	6	1.324	1659	2	282
1641	5	1.404	1660	12	4.599
1642	—	—	1661	4	367
1643	2	222	1662	3	308
1644	4 *	611	1663	2	283
1645	2	470	1664	2	930
1646	2	1.000	1665	1	392
1647	1	60	1666	1	100
1648	3	605	1667	2	455
1649	—	—	1668	4	320
1650	1	812			
			TOTAL	275	52.306

\* El texto dice por error 44.

El promedio de vecinos por lugar vendido era sólo de 190 (unos 850 habitantes).

Del total de 52.306 vecinos, 20.082 corresponden a jurisdicciones compradas por los propios lugares; es decir, que no dieron lugar a la formación de señoríos. (Es verdad que, en cambio, habría que incluir las autoventas, cuyo total desconocemos). Los nobles adquirieron sólo 8.916 vasallos y los compradores no nobles 23.307, lo que justifica las afirmaciones hechas anteriormente.





## LAS "LEGIS ACTIONES" COMO ETAPAS DEL PROCESO ROMANO

1. *Finalidad de este estudio.*—Nuestro propósito es poner de manifiesto un aspecto sobre el cual no se ha insistido ni profundizado suficientemente en materia de *legis actiones*. Concretamente, nuestra finalidad es demostrar que las denominadas *legis actiones* significan etapas históricas distintas —cada una de ellas un *modus agendi* nuevo— dentro de la evolución progresiva general del Proceso romano. Cada nueva *legis actio* no solamente se diferencia de la anterior, sino que implica un cambio siempre renovador en la configuración del Proceso, hasta desembocar en el procedimiento formulario sin apenas solución de continuidad. La concepción procesal que cada *legis actio* encierra se diferencia de las demás de tal modo que la única nota común entre ellas es el hecho de tratarse de un sistema procesal sobre el cual gravita la concepción republicana de la *lex* a partir de las XII Tablas.

2. *Modi lege agendi.*—Es indudable hoy que la información de Gayo acerca de las *legis actiones* es deficiente e insegura. Gayo no distingue claramente entre *legis actio* y *actio*; por otra parte, las cinco *legis actiones* son claramente cinco *modus agendi* (*modi lege agendi*), aunque Gayo no lo diga con claridad<sup>1</sup>. Asimismo, al aludir a otras *legis actiones*, el mismo Gayo<sup>2</sup> deja un tanto inde-

---

1. La *actio de arboribus succisis* que Gayo (IV, 11) pone como ejemplo de *legis actio* es una *actio ex lege*. Cfr. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, París, Sirey, 1954, pág. 37, y respecto a *modi lege agendi*, págs. 24 y ss. Refiriéndose a la *actio furti* y a la *formula* correspondiente que encerraba la *fictio civitatis*, dice Gayo (IV, 37) que ello se hacía cuando *nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi*. Aquí, en cambio, *actio ex lege constituta = actio*.

2. IV, 31 (*legis actio damni infecti*); II, 24 (*idque legis actio vocatur = in iure cessio*). Igualmente en Gayo, III, 154 b, aparece mencionada otra *legis actio*: *alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praectorem certa legis actione*.

finido el concepto de *legis actio* y no se distingue claramente de un amplio y posible *lege agere*. Este es un punto todavía no claro en el que no podemos entrar ahora<sup>3</sup>.

Tampoco queremos entrar en el discutible concepto de *iurisdictio* que depende en gran parte de la concepción que se encierre en el *agere ex lege*. Sin embargo, nos inclinamos a creer que la *iurisdictio* pretoria está en estrecha relación con la actividad pontifical y que el discutido momento originario de la pretura hay que buscarlo en relación con el *pontifex maximus* y el colegio pontifical. Ahora bien, en época republicana histórica el *praetor* es el órgano público que controla la actuación —*agere*— de las partes conforme a las *leges* en la realización del *ius*. Este concepto de *iurisdictio* de una parte de la doctrina sirve en sus términos más amplios para entendernos en este punto<sup>4</sup> en tanto no se esclarezca más la figura del pretor históricamente.

---

3. Vid. NOAILLES, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris, Sirey, 1949, págs. 45 y ss. (en donde se afirma que la mayor parte de las instituciones del *ius civile* guardan relación con las XII Tablas, y en este sentido serían *ex lege*). BROGGINI, *Iudex Arbitræ (Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters)*, Böhlau, Köln-Graz, 1957, pág. 13, nota 18, afirma que Gayo entiende por *legis actio* un "procedimiento judicial" (ein gerichtliches Verfahren). El originario *lege agere* podría significar, según BROGGINI —loc. cit—, solamente *certis verbis agere* y nunca "hacer el proceso con arreglo a la ley" (gesetzliche prozessieren). Quizá este punto requiera una más profunda aclaración en relación con el concepto republicano de *lex* desde las XII Tablas.

4. La figura del *praetor* espera todavía una aclaración bajo dos aspectos: a) momento de aparición como magistrado; b) relación con el colegio pontifical, frente al cual significa la secularización de la *iurisdictio*. Las ideas de J. PAOLI, *Verba Praeire dans la legis actio*, RIDA, Mém. De Visscher IV, 281 ss., significan un camino fecundo. Igualmente la relación *imperium-iurisdictio* ofrece todavía posibilidades de estudio. Frente a la unidad radical de ambos conceptos propugnada por LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im röm. Staatsrechts*, München, 1914, págs. 124 ss., hasta la profunda diferenciación de los mismos sostenida por LAURÍA (cfr. *Iurisdictio*, Studi Bonfante II, págs. 481 ss.) no se ha logrado una aclaración histórica del problema en sus diversas etapas. La relación original *imperium-iurisdictio* está vinculada a la instauración e historia de la pretura y la secularización del Derecho. Creada la pretura parece necesario admitir que había una actuación jurisdiccional basada en el *imperium* y otra *ex lege*, como se desprende de la distinción *iudicia legitima-iudicia imperio continentia*. Sobre



No nos parece del todo exacta la idea tradicional en la doctrina romanística que coloca el origen del Proceso en la justicia privada (justice privée, autodifesa, difesa privata, Selbsthilfe). Ello es admisible únicamente en cuanto la iniciativa de defensa del propio derecho ha de ser tomada por la parte que pretende hacerlo valer. Pero la decisión judicial, el proceso en su fase arcaica, se centra en el *sacramentum*, que es un modo indirecto de acudir a la sanción —*sacratio*— de la divinidad, como veremos más adelante. La realización de la justicia está enraizada en la esfera religiosa, y no es justicia privada bajo este aspecto. La regulación de la *in ius vocatio* por las XII Tablas forzando a la comparecencia *in iure*, hace que la idea de defensa privada no sea admisible ya para la época de las *legis actiones*. En cambio, la venganza privada en materia de delitos está todavía subyacente en época de las XII Tablas. No consideramos tampoco admisible la tesis de Noailles<sup>5</sup> antitética a la idea de defensa privada, según la cual el rito crea el Derecho.

Si bien rechazamos la tesis extrema de Noailles, tampoco admitimos como enteramente correcto el planteamiento actual de los estudios de Derecho procesal romano desde el ángulo de la concepción moderna que distingue el Proceso y el Derecho sustancial. En Roma, en época arcaica, y todavía en el momento inicial de las *legis actiones*, el Derecho sustancial y el Proceso forman una unidad inescindible. No es que los ritos formales creen el Derecho, pero dichos ritos, que para los investigadores modernos son aspectos procesales, para el romano de aquella época serían una forma o medio de afirmar su derecho; éste no sería un dato preexistente a probar, sino que, precisamente, existía en cuanto podía someterse a la prueba del rito afirmativo (lo que hoy llamaríamos Proceso). De esta visión moderna sale la distinción entre *legis actiones* declarativas y ejecutivas que no es válida históricamente. Asimismo, pertenece a este enfoque el ver la *iurisdictio* pretoria como una nove-

---

*iurisdictio*, vid. DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto Romano*, Padova, 1937; GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*. Milano, Giuffrè, 1947, págs. 9 ss. Id. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, Apollinaris. 1955, págs. 173 ss.

5. Cfr. NOAILLES, *op. cit.*, págs. 80 ss., en donde contrapone la concepción del acto ritual creador del Derecho a la justicia privada.

dad frente a las *legis actiones*; mejor dicho, el *Album* pretorio como una fuente enteramente nueva del *ius* frente a las antiguas *legis actiones*. En nuestra opinión, el núcleo inicial del Edicto estuvo formado por las *legis actiones* precisamente. La *iurisdictio* pretoria no significó la creación, inicialmente, de un *ius novum*. Los autores que tienden a ver en la *iurisdictio* pretoria originariamente un control de la actuación de las partes, idea sin duda cierta, no han percibido esta probable incrustación de las *legis actiones* en el *Album* mismo del Edicto inicial.

La *iurisdictio* pretoria no pudo haber creado en sus primeros tiempos un *ius* distinto del que venía regulando la vida de la *civitas* republicana dentro del marco de las *leges* y su *interpretatio*. El *Edictum* recogió y reflejó inicialmente el sistema de las *legis actiones* —del *ius legitimum* podríamos decir— hasta que el *agere per formulas* agilizó el ritualismo procesal *in jure*. La continuidad progresiva del *Edictum* y de la *iurisdictio* pretoria —se llegó a calificar al *Edictum* como *lex annua*— hizo que fuesen aflorando una serie de normas edictales más progresivas frente al conjunto de conceptos derivados del *ius legitimum* y que los *iuris prudentes* elaboran como *ius civitatis* o *ius civile*. Hasta la actividad de los *iuris prudentes* del último siglo de la República no surgió contraposición conceptual, ni debió de verse el *Edictum* como lo que hoy llamaríamos nueva fuente del Derecho. Lo que motivó seguramente la contraposición fue el hecho de que los *iuris prudentes* siguieron elaborando el viejo núcleo de conceptos como *ius civile*, el cual *in sola interpretatione prudentium consistit*. Hoy se admite sin ningún género de dudas que la contraposición teórica de conceptos *ius civile-ius honorarium* fue obra de la Jurisprudencia del siglo II. Aquí queremos, simplemente, hacer notar que no pudo haber existido sensible contraposición entre el sistema de las *legis actiones* y el que inicialmente emanaba del *Album* edictal, y que uno de los motivos de la contraposición fue el hecho de la continuidad de los *iuris prudentes* en una elaboración o *interpretatio* basada en los conceptos fundamentales del *ius civile* como un saber reducible a ciencia (*ars*), con arreglo a categorías de raíz filosófica.

3. *Manus injectiones y vindicationes*.—Parece indiscutible que la *manus injectio* fue originariamente un acto de aprehensión de

una persona por otra, previo un hecho flagrante, que, testificado, servía de justificación<sup>6</sup>. Con las XII Tablas la *manus injectio* se convierte en *legis actio* en los casos de *in jus vocatio* (caso discutido en la doctrina) y en los del *confessus* y del *iudicatus*<sup>7</sup>. Los romanistas en general han venido considerando la *manus injectio* como una *legis actio* ejecutiva con arreglo a un criterio procesal moderno. En realidad la *manus injectio* acaso sea un eslabón más de los que median entre la defensa privada y la intervención estatal o justicia pública. En el fondo del rito de la *manus injectio* está la idea de *manus* como poder o *potestas* del jefe de familia. La expresión *manus* simboliza este poder originario o primer derecho en una sociedad primitiva. En una serie de supuestos, con anterioridad a las XII Tablas, se permitiría la aprehensión de un sujeto, probado un hecho que le convertía en *damnatus*. Creemos que la *manus injectio damnati*, difícil de precisar y de dudosos contornos, hay que considerarla existente acaso para los *nexi*, para los que habían quedado vinculados (*damnati*) a una responsabilidad material de carácter primitivo. La relación entre *nexum* y *damnatio* nos parece extremadamente probable, como igualmente el hecho de que la *damnatio* fue, además, consecuencia de determinadas *leges*<sup>8</sup>.

En el mismo orden primitivo de ideas surge la figura del *vindex*, tan discutida en el pensamiento romanístico, y que no ha hallado todavía una explicación unánimemente aceptada, quizá por no haber colocado su actividad en el plano histórico adecuado<sup>9</sup>. A nuestro entender, este marco histórico es el ambiente de la prisión por deudas en que se movían los *nexi* y de la lucha entre

6. Cfr. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. II (*Le legis actiones*), Bologna, Zuffi, 1948, pág. 74.

7. Cfr. Tab. I. 2; Tab. III, 1-2.

8. Sobre la ejecutividad del *nexum* y el problema de la *damnatio*, vid. von LÜBTOW, *Zum Nexumproblem*, SZ 67 (1950), 130 ss. Cfr. con bibliografía, KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1949, págs. 232 ss. La *manus injectio damnati* tiene su apoyo en Gayo, IV, 21; III, 174, y en el gran número de autores que siguieron a HUSCHKE, *Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846. En contra, LUZZATTO, *ob. cit.*, 40 ss.

9. Sobre la discutida figura del *vindex*, vid. con amplia bibliografía, BROGGINI, *Vindex und Iudex*, SZ 76 (1959), 113 ss.



patriciado y plebe en torno al logro de normas objetivas y humanizadas; en definitiva, la lucha inmediatamente anterior a las XII Tablas. El *vindex* vendría a ser el vengador, el que pagaba la deuda y liberaba del *nexum*, o bien respondía del sujeto aprehendido —como rehén probablemente— por el acreedor, que hacía valer su *manus injectio*<sup>10</sup>. Y ello nos explica la exigencia de las XII Tablas respecto al *adsiduus* (Tab. I, 4), que probablemente se refería al hecho de que la liberación del rehén aprendido mediante la *manus* exigía una cierta equivalencia de posición económica.

Nos inclinamos a pensar que la actuación del *vindex* implicaría la imposición simbólica de la *vindicta* y, por tanto, una especie de acto adquisitivo, intermedio entre las ideas de rescate y compra. Y en este sentido nos parece muy probable la etimología que hace relación al gesto o rito de imposición de la varita o *vindicta* (*vindex* = *vimen dic*)<sup>11</sup>. *Vindicta* es símbolo de liberación, adquisición, rescate. Y la *manumissio vindicta* acaso antes que a los esclavos se aplicó a los *nexi*<sup>12</sup>. En todo caso, el efecto inmediato de la actuación del *vindex* es un *manum depellere*. He aquí siempre la idea de *manus* en acción.

La función del *vindex* se contrapone a la *manus injectio* y trae consigo la aureola político-social de liberador y vengador, sentido éste que ha de predominar en el lenguaje literario posterior. Pero en la *manus injectio vocati* el *vindex* se va convirtiendo, quizá, en un primitivo y primario garante y representante procesal a la vez.

La actuación del *vindex* es un *vindicare*, y de ahí salió la *vindicatio* como afirmación de poder, potestad o adquisición, frente a personas, y más tarde frente a cosas. Las *vindicaciones* fueron las primeras formas ritualizadas de afirmación de un poder o potestad

10. Cfr. LIVIO, VI, 20; VI, 14. Vid. asimismo GAUCKLER, *NRH*, 1889, pág. 609.

11. Vid. JURET, *Mémoires de la Société de Linguistique de Paris*, 22 (1920), 68 ss. (*Vimen-dic* = el que dice la fórmula con la varita.) Más bien creemos posible: "el que afirma con la varita". Así *vimen-dic* > *vindex* > *vindicta*. Cfr. Plaut. *Curc.* 212: *istoc verbo vindictam para, si amas eme* = *vindicta*, símbolo de compra (*emptio*) o adquisición.

12. Cfr. Ch. APPLETON, *L'affranchissement vindicta ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes*. *Mélanges P. Fournier*, París, Sirey, 1929, págs. 1-16.

familiar (*manus*) frente a personas (*fili, uxor, servi*), utilizando para ello el rito consistente en el acto de *vindictam imponere*. Esta acción ritual es un momento decisivo todavía de la *vindicatio* en el *agere sacramento*. No hace mucho, Kunkel ha puesto de manifiesto una aplicación de la *vindicatio* como afirmación frente a la persona del delincuente por el ofendido en virtud de la idea de venganza privada de parte de éste, que a su vez sería vista como pena por el delincuente<sup>13</sup>. Kunkel cree hallar así una confirmación de las ideas de venganza y pena que la *vindicatio* lleva consigo. Según Kunkel, esta *vindicatio* sobre la persona persistiría hasta avanzada la República<sup>14</sup>.

En las *vindicatioes* primitivas se ventilaba inicialmente un poder (*manus*) sobre personas. La aplicación de la *vindicatio* a las cosas fue producto de una evolución paralela, pero quizá más tardía. También aquí la *manus* como poder o derecho primario (*manu capere*) fue, en cuanto originado en la aprehensión de cosas, el paralelo de la *manus* respecto a personas. Las cosas y animales susceptibles de domesticación y utilización al servicio de la *domus* se adquirirían inicialmente aplicando la *vindicta* como símbolo de poder y adquisición dominical en época muy primitiva. Con el tiempo se adquirieron por compra mediante metal pesado en la balanza (*per aes et libram*), y más adelante mediante el pago de un precio con el cual se declaraba *empta* la cosa al mismo tiempo que se hacía el rito —*imaginaria venditio*— de la pesada fingida. La idea de adquisición y propiedad estaba ya en marcha y el acto —*mancipatio*— se había convertido en acto formal adquisitivo sin duda para engendrar una *auctoritas* en el adquirente. Así se crea una categoría de cosas *res Mancipi*, primero *servi, animalia quae colo dorsove domantur*, y posteriormente *servitutes, fundi in solo italico*; el núcleo de cosas fundamentales que integraban la economía agrícola de la *domus* o de la familia. Es el conjunto de adquisiciones o *mancipium* frente a los bienes raíces del grupo familiar.

Cuando se discutía sobre la pertenencia de una de estas cosas, como de una persona, a la *manus* de un jefe de familia, y surgían

13. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, págs. 111-113.

14. *Op. cit.*, pág. 107.

dos *vindicationes* contrapuestas, nos hallamos ante el *agere in rem*, del que nos ocuparemos seguidamente. Las *vindicationes rerum* debieron ir surgiendo paralelamente a las *res Mancipi*; la última, por tanto, habría sido la *vindicatio fundi*, cuyo rito de la *manum consertio*, Gayo omite porque nos muestra solamente el ejemplo de una *vindicatio servi*<sup>15</sup>.

4. *Agere sacramento*<sup>16</sup>.—Hay mucho que aclarar todavía en la historia del *agere sacramento*, que significa un primer tipo de proceso declarativo en el cual la realización de la justicia se halla vinculada a la idea religiosa del perjurio frente a la divinidad. No se trata de una ordalía o juicio divino, sino del riesgo de una *sacratio iurisiurandi* frente a *Jupiter Lapis*. Quizá pueda admitirse hoy este sentido único para interpretar las menciones de las fuentes e incluso el *sacramentum* de los soldados, que se ha creído

---

15. Que la *vindicatio* se aplicó en principio a las *res Mancipi* fue admitido por KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, SZ 68 (1951), 147 ss. Cfr. asimismo, KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1956, 224 ss., acerca de la no aplicabilidad inicial de la *vindicatio* a los fundos y el rito de *manum conserere*. Es claro que Gayo, IV, 16, nos transmite exclusivamente el modelo de ritos aplicables a una *vindicatio servi*, y de ahí que no aparezca la *manum consertio*.

16. No hemos querido prejuzgar la significación de esta *legis actio*. Siguiendo la terminología general (*legis actio: per manus injectionem; per iudicis arbitrive postulationem; per pignoris captionem; per conditionem*) quizá sería conveniente admitir en este caso *legis actio per sacramentum*, o bien *per provocationem sacramento*. (En este sentido, KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*, I Band, Breslau, Koehler, 1887, págs. 213 ss., *sacramento = ad sacramentum*.) Se trataría de una *provocatio ad sacramentum* y, por tanto, *provocare sacramento* sería dativo y no ablativo. Una expresión paralela sería, como KRÜGER (*op. cit.*, págs. 215-6) señala, la *vocatio* en caso de *manum consertio* (Varro, 6, 64: *ex iure manum consertum vocare*). La *provocatio sacramento (ad sacramentum)* constituiría la esencia de esta *legis actio = legis actio per provocationem ad sacramentum*. En definitiva, de modo abreviado, no habría inconveniente en admitir *legis actio per sacramentum*; del mismo modo Gayo (IV, 93) dice *per sponsionem agere*. Respecto a la naturaleza de dativo o ablativo de la expresión, *sacramento*, cfr. bibliografía en LUZZATO, *op. cit.*, págs. 103-4. Cfr. asimismo, sobre *sacramentum* en paralelo con *vestimentum, alimentum (sacramentum = forma o medio con la cual se realiza la sacratio)* Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Teubner, Leipzig, 1874, p. 361.



distinto: *sacramentum* es el acto que conduce a una *sacratio iurisiurandi*<sup>17</sup>.

---

17. KUNKEL, *Untersuchungen* cit., pág. 106, ha explicado la definición contenida en Festo s. v. *sacramento* (*Sacramentum dicitur, quod [iuris iurandi sacratio] ne interposita actum est*), incorporándola a las demás fuentes acerca del *sacramentum*. No se trata de que éste signifique juramento, sino que a través de un *iusiurandum* se incurre en una *sacratio*.

Así interpretada la noción de *sacramentum* adquiere sentido unitario en las fuentes: *sacramentum aes* es ya la *poena sacramenti*, último período del *agere sacramento*: Festo (s. v.): *sacramentum aes significat quod poena nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent. Qua de re... Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus divinis* (pág. 468 ed. Lindsay).

Un momento importante hacia la secularización del *sacramentum* es la institución de los *tres viri capitales*, que requiere una aclaración en relación con los *decemviri stilibus iudicandis*. La última parte del fragmento informa claramente que el *sacramentum consumebatur in rebus divinis*, debido a la escasez de medios del Erario y las numerosas obligaciones en materia de *sacra publica*. Es discutible, en cambio, la explicación etimológica que nos da, según la cual *sacramentum* está en relación con este destino a los *sacra publica*.

Varrón se refiere, asimismo, al *sacramentum* como *poena sacramenti* o apuesta pecuniaria (*de l. l.* 5.180): *Ea pecunia quae in iudicio venit in litibus, sacramentum a sacro; quis petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.*

En definitiva, el sentido unitario de la expresión *sacramentum* se ha aclarado fundamentalmente. No es un simple juramento (*iusiurandum*), sino que *sacramentum* es aquello que se realiza (*quod actum est*) interpuesta una *sacratio iurisiurandi*. Sin embargo, la expresión *sacratione interposita* quizá tenga todavía mayor densidad de contenido. Es muy posible que, originariamente, el *sacramentum* implicase dos aspectos diferenciados; de un lado una *sacratio* (originariamente, quizá de una persona, *capitis*) de algún animal o cabezas de ganado, y de otro, el *iusiurandum* a Júpiter, que no era en sí, según Paoli, más que una *execratio*. Esta idea del *sacramentum* como acto mixto de *consecratio* desde el punto de vista de los pontífices y del magistrado, y de *piaculum* desde el punto de vista de las partes, resulta sugestiva, pero sin suficientes pruebas. Que el *sacramentum* implicaba diversos ritos se deduce de Livio 10, 38, que ha de ser tenido en cuenta para una valoración unitaria del concepto. Cfr. para la relación *sacramentum-iusiurandum*, AMIRANTE,

Como acto religioso, el *sacramentum* se enraiza en el mundo de ideas religiosas primitivas de los romanos y, por otra parte, nos sitúa ante el nacimiento del proceso declarativo como acto religioso. Es probable que en época muy remota la *sacratio* afectase a la parte cuyo juramento era falso en cuanto cometía perjurio a juicio de los pontífices (Plauto, *Rudens* V.3.21: *tum meo pontifex perjurio est?*). Más tarde se haría, quizá, una *consecratio* de animales al Erario público para finalidades de sacrificio religioso, puesto que, como J. Paoli ha puesto de manifiesto, parecen darse en el *sacramentum* todos los ritos de aquella<sup>18</sup>. Que las cantidades que Gayo nos transmite como *poena sacramenti* responden a una valoración pecuniaria de cabezas de ganado es indiscutible. Asimismo, la *depositio ad pontem* nos pone en la línea evolutiva que conduce de la *sacratio iurisiurandi* a la *poena sacramenti* o apuesta sacramental. Primero, en muy remota época, quizá *sacratio capitis* por perjurio, después *sacratio iurisiurandi*, en la cual quizá junto al *iurandum* a Júpiter se hacía una *consecratio* de animales como sugiere Paoli. Más tarde se sustituye por el *aes sacramentum*, en cuya recaudación debió de comenzar a intervenir el Erario público aun cuando el dinero se dedicase, quizá, a finalidades religiosas o de culto. Entonces la parte vencida en el juicio pierde la cantidad *poena nomine* y la apuesta sacramental es una *poena sacramenti*<sup>19</sup>.

Según Kunkel, se daría, hasta muy avanzada época republicana, un *sacramentum* en procesos criminales, concretamente, en materia de proceso capital, como previo a la entrega del culpable, que habría de realizarse precisamente como *tradere sacramento*<sup>20</sup>. Este *sacramentum* era una *sacratio iurisiurandi* o juramento a *Jupiter Lapis* sin apuesta sacramental, es decir, sin *poena sacramenti*. No se trataba, pues, de un *agere sacramento in rem ni in personam*. Sin embargo, esta hipótesis choca con la afirmación de Gayo cuando parece contraponer al *agere sacramento* la *legis actio per iudicis*

<sup>18</sup> *Il giuramento prestato prima della "Litis contestatio"*, Nápoles, Jovene 1954, 174 ss.

18. Cfr. J. PAOLI, *Verba praeire*, op. cit., págs. 319 ss.

19. Aplicando la conversión de cabezas de ganado en dinero respecto a multas realizada por la *lex Aternia Tarpeya*, resultaría: 50 ases = 5 ovejas; 500 ases = 5 bueyes. Cfr. LUZZATTO, *Procedura* cit., pág. 104.

20. Cfr. *Untersuchungen* cit., págs. 103 ss.



*arbitrive postulationem* como un *litigare sine poena*. Quizá pueda pensarse que la *sacratio iurisiurandi* en materia de delito capital se ha mantenido al margen del proceso o decisión judicial en el sentido contencioso. Este sentido surge únicamente cuando se dan dos juramentos contrapuestos; es decir, dos *sacramenta* en que se afirman dos *vindicationes* antitéticas. Precisamente el mismo Kunkel nos dice que la víctima del delito tenía frente al delincuente una *vindicatio* como producto de la idea de venganza privada. Si el delincuente se oponía entraba en juego el *sacramentum*. Es probable, pues, que aquí se tratase precisamente de una aplicación del *sacramentum* en que no había lugar a la apuesta ni a la *poena sacramenti*. Kunkel piensa que por tratarse de cosa inestimable, como es la persona humana, no se llegaría a la apuesta sacramental. En nuestra opinión, la apuesta o *poena sacramenti* solamente tiene lugar ante una situación contenciosa de dos *sacramenta* contrapuestos. Así nació el *agere sacramento* desde sus raíces religiosas mismas. Por tanto, hablar de *sacramento agere* equivale a hablar de *poena sacramenti*, y puede considerarse como caso distinto la *sacratio iurisiurandi* que se le exige a un delincuente si quiere discutir la *vindicatio* a que está legitimado el ofendido en virtud de la venganza privada. Quizá ello signifique una *provocatio sacramento* unilateral, mientras el *agere sacramento* era una *provocatio sacramento* bilateral (*Sacramento te provoco... et ego te*) en virtud de que se trataba de dos *vindicationes* contrarias. Para el caso de *vindicationes* contrarias el *agere sacramento* fue una *legis actio generalis*, pero no en el sentido de que cualquier reclamación *in rem* o *in personam* fuese viable a través del mismo. Únicamente se decidía entre dos *vindicationes* y no hay lugar para un *agere sacramento in personam* que la doctrina tradicional admite. (Cfr. frente a esta doctrina tradicional nuestra opinión bajo el título: ¿Existió la denominada “*legis actio sacramento in personam*”? *AHDE* 25 (1955), págs. 543-566.)

El *agere sacramento* es el puente de enlace entre un orden de ideas sacras impregnado de la noción de justicia de origen divino (*sacratio*) contra el perjurio y la secularización del proceso —*poena sacramenti*—, aunque no total, porque queda un residuo de la sanción (*poena*) contra el que afirma sin razón. La justicia en este



sentido es consecuencia de una falta frente a la divinidad (perjurio) y no privada ni pública.

El *agere sacramento* queda circunscrito ya desde las mismas XII Tablas con el nacimiento de la *postulatio iudicis*, que implica una nueva concepción procesal en que la realización de la justicia se desliga de toda relación con la divinidad y de la idea de *poena sacramenti*; es el paso definitivo en la secularización de la justicia y, por tanto, el nacimiento del deber jurídico laico como tal en los casos de *sponsio-stipulatio*.

Quedaría el *agere sacramento* vinculado al tribunal de los *centumviri*, sobre el cual hay grandes enigmas todavía, pero cuya antigüedad hay que admitir<sup>21</sup>. También parece admisible que su competencia era general en materia de *vindicationes* y no limitada a materia hereditaria. El *agere sacramento* tuvo en este tribunal su refugio duradero. Ahora bien, es dudoso si su competencia era compatible y electiva con el *iudex unus*, como Wlassak, no sin fundamento, ha pretendido. El *iudicium centumvirale* exige todavía un estudio profundo; creemos que se trataba de un *iudicium* especial y no simplemente de un tribunal específico.

5. *Postulatio iudicis arbitrive*.—Este *modus agendi* significa una nueva concepción y un avance fundamental en la historia del Proceso romano que podemos resumir en tres puntos: *a*) desaparece la *poena sacramenti* y con ella la sanción religiosa inherente históricamente a la misma; *b*) las partes pueden pedir directamente un *iudex* o un *arbiter* en caso de *sponsio* y en otros previstos específicamente en *leges*; se instauraba un *iudicium* o un *arbitrum* para decidir el litigio, y así nació la bipartición del proceso *in jure-apud iudicem*; *c*) surge por vez primera la idea de deber jurídico específico —con base en la *sponsio*— y, consiguientemente, el concepto jurídico de *obligatio* como deber de dar (*dare oportere*). No hay afirmación de poder (*manus*) ni huella de la idea de venganza o de pena; la idea de la *vindicatio* ha quedado superada en esta nueva *legis actio*. Ahora se trata de que se ha reconocido un acto —la *sponsio*— como generador de un deber jurídico exigible *ex lege* en virtud de la

21. Recientes investigaciones se inclinan a la tesis hace tiempo sostenida de la antigüedad de los *centumviri*. Cfr. LA ROSA, *LABEO* 4 (1958), 14 ss. y KUNKEL, *Untersuchungen* cit., pág. 117.

solemne promesa verbal de las partes sobre cuya existencia y cuantía podrían decidir un *iudex* o un *arbiter* (*condemnatio*). Veamos cada uno de estos aspectos con más amplitud.

La desaparición de la *poena sacramenti* significa que el Proceso romano ha perdido toda huella de carácter sacro. No es que, dado el probable origen religioso y de juramento de la *sponsio*, no se haya podido añadir a la misma el *agere sacramento* por la dificultad de añadir un juramento sobre otro, como algunos autores piensan. Esta explicación supone el negar capacidad de progreso y evolución al pensamiento romano, aparte de que es una hipótesis fuera de la línea de ideas a que responden los *modi lege agendi*. En efecto, la *iudicis postulatio* obedece, en nuestra opinión, a la idea de que un *iudex* o *arbiter* decidan sobre los supuestos de hecho y la cuantía de una prestación nacida en virtud de un acto solemne —*sponsio*— en donde las palabras empeñadas —*verba*— obligan por sí mismas. La decisión del *iudex* o del *arbiter* constituye una valoración desligada ya de toda huella religiosa. En este sentido la *iudicis postulatio* implica la secularización definitiva del Proceso en su ámbito de aplicación y la sanción de la palabra o promesa verbal como fuente de obligación (*verborum obligatio*).

Acaso mayor innovación que la secularización aludida sea el hecho de que las partes puedan pedir directamente al pretor un *iudex* o un *arbiter*. Esta *postulatio iudicis arbitrive* es la que da un sentido verdaderamente nuevo a este *modus agendi*. Una parte de la doctrina supone que la actuación del *iudex* se extendió al *agere sacramento* por influencia de la *iudicis postulatio* porque ésta vino a introducir la bipartición del Proceso romano<sup>22</sup>. Sin embargo, en este punto existe una gama de opiniones que, a nuestro juicio, no han dado en el más aceptable enfoque de esta cuestión. En primer lugar, los que afirman que el *iudex* pasó de este *modus agendi* al *agere sacramento* no atribuyen significación a la existencia de unos *iudices decemviri* que decidían en cada caso *utrius sacramentum iustum o iniustum sit* y que son, sin duda, antiguos. En segundo lugar, el problema de la bipartición *in jure-apud iudicem* está en íntima relación con la historia del magistrado jurisdiccional, es decir, con el momento de surgimiento del pretor y la

22. Cfr. KASER, *Festschrift Wenger*, I, pág. 124.

*iurisdictio* laica. En tercer lugar, la información de Gayo en este punto contribuyó a acentuar la duda debido a la laguna del manuscrito (IV, 15) al referirse a la innovación de la *Lex Pinaria* respecto al *iudex*.

En nuestra opinión, con la *iudicis postulatio* surge por primera vez la figura del *iudex privatus* como órgano judicial admitido *ex lege*, y en este sentido surge la bipartición procesal en cuanto existe legalmente una etapa *apud iudicem*. Es posible que ante los *iudices decemviri* se desarrollase una parte del *agere sacramento*, pero éstos no hacían una *condemnatio* decidiendo directamente el asunto, como lo hacía el *iudex privatus* nombrado para el caso concreto mediante la *iudicis postulatio*. Por otra parte, desde ésta el magistrado apenas intervenía en el procedimiento, puesto que parece más bien que se limitaba a dar el *iudex* o *arbiter*, simplemente, *nominata causa* (*ex qua agebatur*, Gayo, IV, 17 a); es decir, la *sponsio o leges* que se remitiesen a dicho procedimiento. Hay un cierto automatismo en el otorgamiento del *iudex*; en todo caso, el nombramiento había de ser *statim*. El nombrar el *iudex* en el acto de comparecencia prueba la escasa intervención del magistrado, que se limita a instaurar un *iudicium* o un *arbitrum*<sup>23</sup>. En todo caso,

23. Que el *iudex* fuese dado *statim* quizá sea una característica exclusiva de la *iudicis postulatio*. No sabemos con seguridad qué ocurría con el *iudex* en el *agere sacramento* debido a la laguna de Gayo, IV, 15: *ut autem die XXX iudex daretur per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... m dabatur iudex*. Las soluciones propuestas para integrar la laguna han sido dos: a) *stati > m dabatur iudex*. La *lex Pinaria* habría introducido el término de treinta días; b) *nondum > m dabatur iudex*. En este caso se entendería que hasta la *lex Pinaria* no se habría introducido el *iudex privatus* (cfr. LUZZARRO, *Procedura*, II, cit., pág. 112). En nuestra opinión, cabe admitir todavía otra posibilidad: una referencia a los *iudices decemviri* que decidirían, probablemente, en todos los casos —y no solamente tratándose de *causae liberales*— el *sacramentum*: *Xvirum dabatur iudex*. La *lex Pinaria* vendría a sustituir los *decemviri* por el *iudex privatus* en materia de *sacramentum*. Esta posibilidad que sugerimos es una mera hipótesis. La expresión *X virum iudex* podría hallar apoyo en: *apparitor X virum* (CIL. XIV, 3492; cfr. DE RUGGIERO, *Diz. Epigrafico*, sub. v. *decemviri stilibus iudicandis*). Vid., asimismo, CATÓN, *Or. frag.* 40.3: *si trium virum sim* = uno de los tres varones. Mommsen (*Mon. Ancyranum* 1.7) ha reconstruido: *augur XVvirum sacris faciundis, VII virum epulonum*. Cfr. LEUMANN-HOFFMANN, *Lateinische Gramatik*, vol. I, München, 1963, pág. 196.



la etapa *apud iudicem* cobra aquí un sentido de segunda o ulterior parte del procedimiento.

Que la *iudicis postulatio* introdujo la bipartición en el sentido de que instauró la figura del *iudex privatus* que realiza una *condemnatio* hay que afirmarlo radicalmente frente a las antiguas hipótesis, sobre todo aquellas que atribuían a la *lex Aebutia* dicha bipartición, pero también frente a la idea de una primera época de bipartición voluntaria seguida de otra de bipartición forzosa<sup>24</sup>.

El ámbito de aplicación de la *postulatio iudicis* —como *modus agendi*— nos parece mucho más amplio de lo que en general suele admitirse. En principio, según Gayo (IV, 17 a), la *iudicis postulatio* prevista en las XII Tablas se aplicaba respecto *de eo quod ex stipulatione petitur*, es decir, a todo aquello que se pidiese *ex stipulatione*, aunque luego nos pone como ejemplo una fórmula en que se menciona la *sponsio* y, precisamente, de cantidad de dinero: *ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere*. Por otra parte, la fórmula gayana menciona juntamente el *arbiter* y el *iudex*: *te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*. Esta información de Gayo da a entender —dejando aparte la posible mención de la *stipulatio* ya en las XII Tablas— que toda obligación nacida *ex sponsione* podría invocarse como causa, tanto de la *sponsio certa* como *incerta*. El ejemplo de la fórmula se refiere a *pecunia certa* como modelo; pero nada permite afirmar que una *sponsio* de *pecunia incerta* quedase fuera de este procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta que la *postulatio iudicis arbiterve* aparece referida plenamente a la *sponsio*; es decir, que *ex sponsione* podía decidir tanto un *iudex* como un *arbiter*, y si alguna distinción cabe hacer entre ambas figuras es que el *iudex* parece decidir en casos de *pecunia certa* y el *arbiter* de *pecunia incerta*.

Creemos que a través de la *sponsio-stipulatio* la *postulatio iudicis* se convirtió en *modus agendi* de múltiples posibilidades de

---

El problema de la competencia de los *decemviri* se halla muy estrechamente relacionado con el *sacramentum* y requiere un nuevo análisis desde este punto de vista.

24. Vid., acerca de la valoración de la *lex Aebutia* por Wlassak, Girard y Wenger, la crítica de BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit., págs. 88-9. No compartimos, en cambio, la idea de Brogginini de una primera época de bipartición facultativa o fáctica. Cfr. *op. cit.*, págs. 83 ss.

aplicación, incluso para exigencia de un *incertum*. Además de la acción de división de herencia desde las XII Tablas (Gayo, IV, 17 a) y de la división de cosa común desde la *lex Licinnia* (Gayo, IV, 17 a) y de algunos otros litigios, creemos que, en general, serían varias las *leges* que se remitirían a una *postulatio iudex arbiterve*, porque bastaría, como dice Gayo (IV, 17 a): *ut ita ageretur lex iussisset*. De modo especial en los casos en que la función decisoria consistiese en una *aestimatio*, y en general respecto de toda obligación nacida *ex stipulatione* si tenemos en cuenta la vinculación histórica *sponsio-stipulatio*.

Incluso consideramos muy probable que la sanción de los delitos pudiese realizarse a través de este *modus agendi*, principalmente mediante *postulatio arbitri*. No se ha hallado todavía una explicación que satisfaga unánimemente respecto a la sanción procesal del delito. El admitir como medio de sanción la discutible *legis actio sacramento in personam* obedece a una necesidad impuesta por la exclusión de otras posibilidades (no se veía posible la sanción del delito mediante *legis actio sacramento in rem*, cosa lógica, ni mediante la *iudicis postulatio*, cuyas perspectivas se presumían, sin análisis muy profundo, limitadas) y también al hecho de pretender separar —con ideas procesales modernas— dos fases distintas en la sanción del delito: la de fijación del hecho delictivo y la de estimación del mismo. Broggin<sup>25</sup> piensa, por ejemplo, que a través de la acción declarativa —que sería la *legis actio sacramento in personam*— el *iudex* fijaría el delito haciendo una *damnatio* del delincuente<sup>26</sup> y además determinaría la suma de reparación o indemnización; el *iudex* cumpliría en materia de delitos una doble función: *damnatio* y *damni decisio* (es decir, función de *arbiter* y de *iudex*, a la vez, según dicho autor).

Aparte de que una posibilidad desconocida de aplicar el *agere sacramento* a los delitos la ha puesto Kunkel de manifiesto en materia de pena capital, como hemos visto, y no hay necesidad de pensar en la *legis actio sacramento in personam* como apuesta sacramental, el *damnum decidere* tiene que basarse en una *damnatio*

25. *Op. cit.*, págs. 105 ss. Cfr., asimismo, págs. 148 ss.

26. BROGGINI piensa que ésta sería la única misión de esta *legis actio*; *op. cit.*, pág. 105.

no realizada por un *iudex*. No vemos la posibilidad de *damnatio* como función del *iudex*<sup>27</sup>.

Ciertamente, para la fijación del hecho delictivo, si el delincuente negaba su realización, bastaría la petición de un *iudex* o *arbiter*. Más bien nos inclinamos a creer en una *postulatio arbitri*, para que fijase el hecho y estimase el *damnum*. Realizada una *in jus vocatio* del delincuente, la víctima del delito afirmaría: *AIO TE MIHI FURTUM FECISSE, ET OB EAM REM DAMNUM DECIDERE OPORTERE. ID POSTULO AIAS AUT NEGES*. Cabe imaginar formulaciones todavía más sencillas: *AIO TE MIHI (OB FURTUM, OB MEMBRUM RUPTUM, OB INJURIAM) DAMNUM DECIDERE OPORTERE* (cfr. fórmula del *furtum*, Gayo, IV, 37).

La *damni decisio* afirmada como deber —*oportere*— no puede ser muy antigua. Todavía en época de las XII Tablas nos parece prematuro hablar de *damnum decidere oportere* equiparable así al deber jurídico nacido de *sponsio*, que es una promesa solemne en que una parte empeñó su palabra en forma de *sponsio-stipulatio*. Por supuesto, si el delincuente había prometido la pena pecuniaria mediante *sponsio* tendríamos un medio de reclamación de la misma. Pero no se trata de esto, sino del hecho que la víctima del delito, llevado *in iure* el delincuente, pueda afirmar un deber: *damnum decidi oportet*. La mejor prueba de que esta posibilidad fue tardía está no solamente en el hecho de que las obligaciones *ex delicto* no son una formación originaria al lado de las obligaciones *ex contractu*<sup>28</sup>, sino también en el significativo hecho de que Gayo

27. Admitimos, con KASER, *Altröm. Ius cit.*, págs. 127 ss., que la *damnatio* puede existir sin sentencia.

28. Respecto al problema de la prioridad de la *obligatio ex contractu*, vid., principalmente, BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino, 1919; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, 13 ed. Nápoles, 1957, 287 ss.; BIONDI, *Istituzioni*, 2 ed., Milán, Giuffrè, 1952, pág. 312; SIBER, H., *Römisches Recht. II (Privatrecht)*, Berlín, Sack, 1928, págs. 158 ss. De modo especial interesa para nuestro objeto la argumentación de DE VISSCHER, *Los orígenes de l'obligation ex delicto*, *RH*, 1927, págs. 188 ss., y *Etudes de Droit Romain*, París, Sirey, 1931, págs. 257 ss., y de LAVAGGI, *Injuria e obligatio ex delicto*, *SDHI* 13-14 (1947-48), 141-98, que considera a la *obligatio ex delicto* mera creación de sistemática desafortunada.



nos presente todavía la *damni decisio* como una *intentio* distinta (tercera posibilidad) junto con las dos fundamentales de reclamación de cosas y de créditos. El *damnum decidere oportere* es el tipo de *intentio* en materia de delitos, inconfundible con las otras: Gayo, IV, 45: *quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum decidere oportere...* No hay paralelo posible procesalmente entre el *dare oportere* y el *decidere oportere* para suponer realizables ambas afirmaciones a través de una *legis actio sacramento in personam*. El *dare oportere* surgió con la *sponsio-stipulatio* por primera vez —en las XII Tablas si admitimos, con Gayo, que éstas crearon la *postulatio iudicis*— y respecto a su existencia de hecho decidía un *iudex* mediante un *iudicium*. El *damnum decidere* quizá se realizó inicialmente a través de la decisión de un árbitro privado entre ofendido y ofensor. La posibilidad de una *postulatio arbitri in iure* afirmando un *oportere* pudo haber surgido primero por *lex*, como en las XII Tablas para las *vindiciae falsae* y para los casos de composición pecuniaria aludidos en las mismas. Posteriormente, como en el caso de la *lex Aquilia*, siempre que hubiese que hacer una *aestimatio damni*.

6. *Agere per conditionem*.—Gayo (IV, 17 b) no explica el motivo de haberse introducido este *modus agendi*, último en la serie de las *legis actiones*. Por otra parte, la afirmación que atribuye al demandante equivale a la que se hacía en la *iudicis postulatio* cuando se trataba de reclamación nacida de *sponsio*: *aito te mihi sestertiorum decem milia dare oportere* (Gayo, IV, 17 b). Únicamente aparece omitida la expresión *ex sponsione*, que figura en la *iudicis postulatio*. A primera vista, por tanto, la diferencia entre ambos *modi lege agendi* consiste en la no mención de la causa —*sponsio*— del débito. Ya a un glosador del manuscrito de las Instituciones de Gayo resultó inexplicable la razón de ser de esta nueva *legis actio*, y así lo hizo constar en una glosa (Gayo, IV, 20)<sup>29</sup>. La doctrina romanística actual señala, en general, como

29. Cfr. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. italiana de Arangio-Ruiz, Sansoni, Florencia, 1946, págs. 87-88, que considera dicho pasaje postclásico. Vid., asimismo, de SCHULZ, *AHDO-RIDA* 1 (1952), págs. 557 ss., y DEFELEF, *SZ* 57 (1937), pág. 30, que rechaza *desiderare*.

característica del *agere per conditionem* su carácter abstracto frente a la *iudicis postulatio* en la que se invocaba la causa del *dare oportere* y, en efecto, esta diferencia entre ambas es muy cierta y la más notoria. Pero, en nuestra opinión, este *modus agendi* obedece, como cada uno de los anteriores, a razones históricas más profundas que conducen a este carácter abstracto del *agere per conditionem*.

La *iudicis postulatio* introduce el *iudex privatus* y la bipartición del Proceso, pero no de modo general, aunque su ámbito de aplicación haya sido muy amplio, como hemos puesto de manifiesto. La idea de causa subsistía: era preciso para el otorgamiento del *iudex* o *arbiter* que el *oportere* se basase en una *sponsio-stipulatio*, en un delito que implicase *damnatio*, o que una *lex* concreta se remitiese a la *postulatio iudicis arbitrive*. Por tanto, era necesario un paso más en la evolución del Proceso para eliminar la alusión a la causa en dos supuestos en que el tráfico crediticio lo exigía aunque no mediase *sponsio-stipulatio*.

El préstamo o entrega de dinero (*mutui datio*) convertido en operación crediticia corriente, sin mediar *stipulatio*, requería que la exigencia de devolución (*reddere*) se convirtiese en deber jurídico exigible. Este avance en el ámbito del *creditum* vino dado por la *lex Silia*, que permitió la afirmación abstracta de un *dare (reddere) oportere* en caso de existencia de una deuda de *pecunia certa* (Gayo, IV, 19). Con ello, además de la *pecunia stipulata*, exigible mediante *iudicis postulatio*, ahora, en virtud de la *lex Silia*, podría pedirse la devolución de la *pecunia mutui data*, y se sancionaba así el negocio, que luego iba a ser contrato, de mutuo pecuniario. El demandante afirmaba simplemente: *Aio te mihi sestertiorum X milia dare (reddere) oportere*. Si el demandado negaba habría que probar ante el *iudex* la existencia de la *datio mutui* previa, de una cantidad determinada —cierta— de dinero. A la *stipulatio pecuniae* sancionada ya con la *iudicis postulatio* se añadía ahora la *datio pecuniae* como nueva causa, de la cual nacía el *agere per conditionem* abstracto, puesto que la causa no era ya necesario mencionarla. Pero todavía era necesario un paso más, complementario y necesario en el tráfico de los negocios en donde las partes operaban —*fidem sequi*— intercambios y promesas de



mercancías fungibles con base en la confianza mutua, en estrecho paralelo con el crédito pecuniario, por tratarse de *res certae*, esto es, de *res quae pondere numero mensura consistunt*. El *dare* (*reddere*) de *res certa* se hace exigible mediante la *lex Calpurnia* y se completa así el ámbito del *agere per conditionem*.

No obstante, en la conformación del *agere per conditionem* como *modus agendi* quedan aspectos todavía no suficientemente claros, cuyo análisis nos llevaría muy lejos y que únicamente dejaremos aquí esbozados. Uno de ellos es el hecho de que este *modus agendi* sea constituido a través de dos *leges* complementarias, como acabamos de decir. Que ambas *leges* —*Silia* y *Calpurnia*— den lugar a un *modus agendi* unitario resulta un tanto extraño. En nuestra opinión, hay detrás de estas dos *leges* un fenómeno de transformación del Proceso romano con apertura prácticamente a un *agere per formulas* probablemente común a *cives* y *peregrini*. Que el *agere per conditionem* significa prácticamente un paso hacia el proceso formulario no es ya novedad en la doctrina romanística que ha venido restando virtualidad a los efectos de la *lex Aebutia* antaño considerada fundamental en el cambio procesal. Pero nuestro punto de vista, que ahora esbozaremos levemente, es que el *agere per conditionem* significó el reconocimiento en dos etapas —*leges Silia* y *Calpurnia*— de un antiguo procedimiento enraizado en las XII Tablas —*status dies cum hoste*— de actuación judicial frente al *peregrinus*. *Condicere autem denuntiare est prisca lingua*, nos dice Gayo (IV, 17 b). Es probable que este *condicere* o *denuntiatio* proceda del ámbito de las relaciones con extranjeros y que haya sido un *modus agendi* para *peregrini*, ante el *praetor peregrinus* más tarde, acaso en relación con la *clarigatio*<sup>30</sup>.

30. Algunos autores antiguos habían establecido el origen de la *legis actio per conditionem* en el *res repetere* internacional, Así HUSCHKE (*Richter's Jahrbücher*, 1837, págs. 801 y 892); VOIGT, *Ius naturale*, 2 (Leipzig 1859), pág. 183. Asimismo, FERNICE, *Labeo*, III, 1, pág. 233. Más recientemente Volterra (*Studi Carnelutti*, IV, págs. 245-254) se ha inclinado en el sentido de ver un cierto paralelo (siguiendo a Danz, *Der sacrale Schutz in römischem Rechtsverkehr*, Jena, 1857, págs. 181 ss.) entre la *clarigatio* y la *legis actio sacramento in rem*, si bien reconoce, en definitiva, que los orígenes de la primera son un misterio (*op. cit.*, pág. 254). Por último,



No podemos penetrar ahora en el problema de la relación entre el *agere per conditionem* y los medios procesales del *peregrinus* en Roma, cuya vinculación nos parece indudable. Incluso desde el punto de vista económico-social, prescindiendo de las líneas de evolución histórica del Proceso, parece lógico admitir que de algún modo los *peregrini* hayan tenido acceso al *agere per conditionem*, y casi nos atreveríamos insinuar que sería un *modus agendi* común a *cives* y *peregrini*. Bastaría, en efecto, pensar que el tipo de negocios sancionados en el mismo corresponde precisamente al tráfico crediticio más frecuente —*mutui datio*— de *pecunia* y cosas fungibles. El comercio con *peregrini* se nutría, sin duda, de tales negocios, en donde a su vez la *fides* jugaría un papel fundamental.

El *agere per conditionem* parece tener su esencia en la *denuntiatio ad iudicem capiendum*; concretamente en la expresión *quando tu negas in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico* (Gayo, IV, 17 b). De ahí que esta *legis actio proprie conditio vocabatur* (Gayo, IV, 18) como denominación genérica. Lo nuevo en la forma frente a la *iudicis postulatio* —en el fondo hemos visto ya que obedece a necesidad del tráfico y a razones histórico-jurídicas profundas— era la intimación al demandado —*condicere* o *denuntiare*— para que compareciese dentro de un plazo *ad iudicem capiendum*. Y esta novedad formal era también muy importante por múltiples razones; en primer lugar, se trataría de elegir un *iudex*; no se trataría ya de un *iudex datus*, sino más bien de *iudex* elegido y *addictus* por el pretor (o bien *recuperatores* si se trataba de *peregrinus*). El *capere iudicem* en el sentido de la elección es noción básica del *agere per conditionem*.

Este *modus agendi* ha significado un aumento o ampliación del *officium iudicis* en cuanto se remite al *iudex* la comprobación de la existencia de la causa del *oportere*. En la *iudicis postulatio* sería el magistrado el que, existente la causa, daba el *iudex* o el *arbiter*. Ahora las partes hacen una *denuntiatio*, un emplazamiento para el acto de *capere iudicem*. El *iudex* valorará si se ha producido una *datio* que, pensando en la *fides*, implique la exigencia de una *condemnatio*. No se ha visto el *agere per conditionem* desde este

---

DONATUTI (*Iura*, VI, págs. 31 ss.) tiende a ver el paralelo de la *clarigatio* en la *legis actio sacramento in personam* (*op. cit.*, pág. 46).

ángulo del *officium iudicis*, a nuestro modo de ver, fundamental, y uno de los motivos que colocan a esta *legis actio* como etapa de transición entre las *legis actiones* y el proceso formulario. En el fondo, si bien se mira, el *agere per conditionem* es el paso natural hacia el *agere per formulas*.

En efecto, el *agere certis verbis*, esencia de las *legis actiones* se halla en el *modus agendi per conditionem* reducido a la mínima expresión; las partes se expresan del modo más sintético posible, ni siquiera se alude a la causa. Tratándose de *pecunia certa* era valorar si el *oportere* existía o no; es decir, probablemente probar si había mediado *datio* o no, de cualquier modo que ésta hubiese tenido lugar. Luego el *iudex* debería *condemnare* a dicha cantidad. Si se trataba de *certa res* el *iudex* se vería en la necesidad de hacer una *aestimatio* pecuniaria y *condemnare a quanti ea res (tantam pecuniam dare)*. En todo caso, el *agere* formalista *certis verbis* se había reducido a un esquema sintético en que se encerraban en conceptos mínimos la actuación a la cual había de atenerse el *iudex* (*concepta verba*): *Si parat dare oportere condemna; si non parat absolve*. Con ello estamos ante el *agere per formulas*, es decir, *per concepta verba*; no por palabras rituales, sino por concreción de un esquema que se entrega al juez, que ha de llevar en definitiva el peso del *iudicium*. La labor del pretor se limita a señalar el esquema o fórmula que se encomienda al *arbitrium* u *officium iudicis*.

7. *Pignoris capio*<sup>31</sup>.—Hemos dejado para el final de nuestro estudio la denominada *legis actio per pignoris capionem* porque ya en época clásica se dudaba de su carácter de *legis actio*. Gayo (IV. 29) nos informa de que muchos estimaron que la toma de prenda era una *legis actio*, puesto que en la misma se pronunciaban palabras solemnes (*certis verbis*). Por algunos, sin embargo, no se consideraba como tal. Las razones de estos últimos eran las siguientes: en primer lugar, la *pignoris capio* se celebraba extrajudicialmente, sin la presencia del pretor, y muchas veces incluso en ausencia del adversario; en segundo lugar, podía hacerse una toma de prenda en día inhábil, es decir, un día en el cual *non lice-*

31. Cfr. una exposición de la problemática de esta *legis actio* en LUZZATTO, *Procedura*, II, cit., 78 ss.



*bat lege agere*. Así, pues, la alusión a este *lege agere per pignoris capionem* es una vacilación más de Gayo en la exposición de las *legis actiones* y quizá la prueba más clara de su concepción imprecisa en esta materia, como hemos puesto de manifiesto al principio de este trabajo. Ya supone una contradicción inicial el afirmar (IV, 16): “*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*”. Hay un contrasentido claro en esta manifestación de Gayo. Kaser<sup>32</sup> piensa que puede ser una tardía innovación la colocación de la *pignoris capio* entre las *legis actiones*.

En definitiva, la *pignoris capio*, si bien prueba la inseguridad de la información de Gayo en materia de *legis actiones*, por otra parte reafirma algunos aspectos de la noción de éstas: que se trataba de un *agere* reconocido *ex lege* (así la misma *pignoris capio* para algunos casos de las XII Tablas) y que, además, constituían un *agere certis verbis* (Gayo, IV, 29). Por último, que solamente parece posible hablar de *agere* precisamente *apud praetorem praesente adversario* (Gayo, *ibid.*). Con arreglo a esta misma información, no podemos considerar a la *pignoris capio* como una *legis actio*, y mucho menos, claro está, como un *modus lege agendi*. No se trata de una actuación judicial —*in jure*— ni, por tanto, de un proceso o forma procesal como las anteriores *legis actiones*, sino de un procedimiento ejecutivo extraordinario, como Kaser señala<sup>33</sup>.

#### Conclusiones:

A) Las *legis actiones* constituyen cada una un *modus agendi ex lege* distinto de los demás en una línea evolutiva de progreso histórico del Proceso romano: *agere per* (*manus injectionem; sacramentum; iudicis arbitrive postulationem; conductionem*). La *pignoris capio* no es un *modus agendi ex lege*, sino más bien un procedimiento ejecutivo extraordinario, puesto que no constituye actuación procesal *in jure*. Resulta discutible su encuadramiento entre las *legis actiones*.

B) *Manus* es la expresión que designa originaria y simbóli-

32. *Das altrömische Ius* cit., pág. 73.

33. *Das altrömische Ius* cit., págs. 205-6.



camente el poder o *potestas*, quizá exclusivamente en referencia al núcleo familiar. *Manus injectio* es el acto de aprehensión de una persona vinculada por *nexum* o por la realización de hechos ilícitos flagrantes, y desde las XII Tablas respecto a los *in jus vocati*, *iudicati* y *confessi*. Frente a la *manus* surge la actuación del *vindex*, que impone su *vindicta* liberadora y realiza un *manum depellere*. En principio actuó como rescatador de los *nexi* en el ambiente de dificultades de los deudores plebeyos; de ahí la aureola de vengador y liberador que se manifiesta especialmente en el lenguaje literario. La acción del *vindex* fue una *vindicatio* sobre personas (*filii*, *uxor*, *servi*) que se extendió sucesivamente a las *res mancipi*. *Vindicare* equivale al rito simbólico, acompañado de una afirmación; de *imponere vindictam*, cuyo significado se halla probablemente entre las ideas de rescate y adquisición, sentido éste que quedó en la *mancipatio* como derivación de la *vindicatio*. Cabe, según Kunkel, una *vindicatio* en ejercicio de la venganza privada en caso de pena capital.

C) Dos *vindicationes* contrapuesta sobre personas o *res mancipi* implicaban una decisión *per sacramentum*. Este era una *sacratio* que en virtud de un juramento a *Jupiter Lapis* (*sacratio iuris iurandi*) afectó quizá primero al perjurio personalmente (*sacratio capitis*) y más tarde a animales domésticos con destino a un sacrificio religioso y, por último, se circunscribió a una cantidad de dinero como *poena* (*poena sacramenti*). Procesalmente la decisión tiene cierto carácter prejudicial. Este *agere sacramento* tiene claras huellas sacras y de vinculación de la justicia a la esfera religiosa, aunque hayan intervenido para decidir los *iudices sacramenti*, cuyo ámbito de acción hay que precisar todavía. Por tratarse de una decisión entre dos *vindicationes* no cabe hablar de un *agere sacramento in personam* tal como lo admite la doctrina tradicional.

D) El *agere per iudicis arbitrive postulationem* significa una novedad en varios aspectos: a) desaparece la *poena sacramenti* y con ella toda huella sacra en el Proceso romano, que se seculariza en un extenso ámbito; b) la actuación *in jure* se limita a una *postulatio iudicis* o *arbiter* (en caso de *sponsio* y otros previstos especialmente en *leges*) y se inicia la bipartición del proceso y la instauración del *iudex privatus*; c) se sanciona la promesa verbal laica

—*sponsio*— creando así la noción de *obligatio* como deber jurídico abstracto. La idea de la *vindicatio*, en donde se centró el *agere sacramento*, quedó superada; ahora no hay afirmación de poder ni huella de venganza o pena en este *modus agendi*. Probablemente a través de éste han quedado sancionados los delitos mediante una *postulatio arbitri* e igualmente, quizá, deberes nacidos de *stipulationes* de un *incertum*.

E) El *agere per conditionem* significa la simplificación máxima del Proceso: sin invocar la causa se puede exigir un crédito de dinero (*pecunia certa*) o de *res quae pondere numero mensura consistunt*. Eran los casos de *mutui datio* más frecuentes en el tráfico crediticio. La *fides* jugaba aquí un gran papel y acaso la *condictio* se hiciese *modus agendi* común a *cives* y *peregrini*. En todo caso, es muy probable su relación con formas o procedimientos aplicables a *peregrini* (*status dies cum hoste*, *clarigatio*, etc.). Esencia del *agere per conditionem* era el *condicere* o *denuntiare ad iudicem capiendum* y, por tanto, la actuación *in jure* era mínima. El papel del *iudex* era someter a prueba el hecho de la existencia o no de la *mutui datio* como base del deber de *dare (reddere) oportere* para condenar o absolver. Prácticamente el *iudex* recibe ya un esquema con una alternativa simple (*si paret-si non paret*) que significa ya la transición al proceso formulario (*agere per formulas*). El *officium iudicis* se convierte en factor decisivo en el Proceso, en cuanto el *iudex* podría admitir la *causa credendi* (en este caso *datio*) sin necesidad de que se hubiese manifestado a través de un acto formal consistente en *sponsio-stipulatio*.

PABLO FUENTESECA





## ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCERO EN LOS GLOSADORES Y EN LAS PARTIDAS

El principio *alteri stipulari nemo potest*, cuya vigencia se había mantenido en el tardío Derecho romano, aunque no con el rigor que había conocido en época clásica, es invocado nuevamente por los juristas medievales. La Glosa procuró ser fiel al Derecho justiniano recogiendo el principio y también sus ocasionales desviaciones, pero movida quizá por las exigencias de la vida jurídica de su tiempo y alentada, sin duda, por los portillos que ya encontraba abiertos en la compilación bizantina, no se sustrajo a la tendencia de ampliar la serie de excepciones. En este movimiento que conduce a minimizar en lo posible la invalidez de la *stipulatio alteri*, jugará un papel importante el aprovechamiento de normas procedentes del *Corpus iuris*, pero circunscritas en su origen a situaciones jurídicas ajenas a la *stipulatio*. Esta labor de trasplante resultará facilitada por la nueva imagen de la *stipulatio* en trance de completa desformalización y a punto, por tanto, de ser caracterizada como una manifestación amorfa de la voluntad negocial<sup>1</sup>.

En el Derecho romano clásico, la única quiebra segura que presenta la regla *alteri stipulari nemo potest* es la derivada de situaciones de dependencia, como la del *filius* o la del esclavo. Tanto el uno como el otro, meros instrumentos de la actividad jurídica

---

\* El presente escrito guarda relación con los trabajos para los cuales fue concedida ayuda con cargo al crédito destinado al fomento de la investigación en la Universidad.

1. V. las observaciones de WESENBERG, *Zur Behandlung des Satzes Alteri stipulari nemo potest durch die Glossatoren* en *Festschrift Fritz Schulz II*, Weimar 1951, pp. 260-262, sobre este fenómeno y su entronque con la conocida evolución de la *stipulatio* en el Derecho romano tardío; cfr. TRIFONE, *La stipulatio nelle dottrine dei glossatori*, en *Studi in on. Besta, I*, Milán 1939, pp. 174-175.

del *paterfamilias*, podían celebrar *stipulationes* que repercutían directamente en este último. Algunos autores estiman que ya en época clásica se admitieron además otras excepciones fundamentadas en que el estipulante tuviese interés en el cumplimiento<sup>2</sup>, aun cuando en estos casos la acción surgida de tal *stipulatio* —una *actio incerti*— no sería ejercitable por el tercero, sino por el estipulante<sup>3</sup>. Otras excepciones que se contienen en la compilación justiniana no fueron probablemente conocidas en el Derecho clásico y han de ser atribuidas a los juristas bizantinos<sup>4</sup>.

Cuando en el Occidente medieval comenzó a estudiarse de nuevo el Derecho romano justiniano, se aceptó lo que en éste se expresaba, es decir, se admitió el principio *alteri stipulari nemo potest* junto con los fallos que éste comportaba. Pero la fidelidad de los juristas medievales al punto de vista justiniano no tuvo un carácter absoluto, pues pronto se dejaron llevar por una ten-

---

2. Así, entre otros, BONFANTE (*I contratti a favore di terzi*, en *Per il XIV centenario de la codificazione giustiniana* I, Pavia 1934, pp. 210-249); ALBERTARIO (*I contratti a favore di terzi*, en *Fest. Koschaker* II, 1939, pp. 16-48 = *Studi di dir. rom.* VI, pp. 279 ss.); BIONDI (*Contratto e stipulatio*, Milán 1953, p. 352); KASER (*Das romische Privatrecht*, I, Munich 1955, p. 453). Otra corriente de opinión tiende a imputar a los juristas justinianos este criterio del interés. V. a este respecto la monografía de COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autri en droit romain*, Nancy 1957, pp. 207-208, con referencias a la literatura que se orienta en esta dirección. Para este autor el criterio justiniano del interés arranca de aquellos casos en que al estipulante se le concedía una *actio incerti... in id quod interest*; los clásicos subrayarían, sobre todo, la imposibilidad de estipular para otro cuando la estipulación versase sobre un *dar*, pero se manifestarían, en cambio, menos tajantes cuando versase sobre un *hacer*.

3. El contenido de Ulp. D.45.1.38.20 y ss. parece sustancialmente genuino. Los casos que se tratan son: 1) *stipulatio rem pupilli salvam fore* celebrada con cotutor; 2) promesa de construir una casa para un tercero que previamente había contratado con quien ahora es el estipulante; 3) estipulación a la que también ha precedido un negocio de cuyo incumplimiento se deriva una pena para el estipulante; 4) arrendamiento de obra en supuesto análogo a 2); 5) estipulación de dar a otro cuando interese al estipulante, y 6) estipulación en favor de acreedor o de *procurator* del estipulante.

4. Caso de la *stipulatio* para devolución de la dote a persona distinta del constituyente (D.13.7.13. pr.) (cfr. C.5.14.7); caso de la *stipulatio* del liberto en favor del patrono (D.45.1.126.2 in fine). V. BIONDI, o. c. p. 353; KASER, o. c. II, Munich 1959, p. 248.

dencia, más o menos intensa, según los casos, a restringir el alcance del principio mediante la admisión de nuevas excepciones<sup>5</sup>.

Ya en *Lo Codi* —la *Summa Codicis* provenzal de mediados del siglo XII donde se reciben las doctrinas de la Glosa<sup>6</sup>— la tendencia al ensanchamiento de las excepciones es patente, lo que no impide que se recuerde expresamente la invalidez del *stipulari alteri*:

VIII, 29 (Cui persone potest esse facta promissio, et que persona potest se obligare per stipulationem).

§ 5: Ille homo qui petit promissionem debet illam dimandare ad opus suum, et aliter non valet, quoniam nullus potest dimandare convencionem ad opus alterius, et si hoc facit, non valet, nisi in eo casu de quo lex dicit: sicuti si aliquis dimandat promissionem ad opus patris sui vel avi in cuius potestate ipse est, quoniam tunc lucratur illam promissionem patri, similiter si servus dimandat promissionem, illa erit adquisita domino. eadem ratio est, si servus facit sibi promittere donare aliquam rem illi homini qui est in potestate domini sui: ipse lucratur illam obligationem domino suo, et valet ita illa obligatio sicuti si dimandasset illam promissionem ad opus suum. eadem directura est, si dominus facit promittere aliquem hominem ut donet vel ut faciat aliquid servo suo, quoniam ipse lucratur eam obligationem ad opus suum, et ita poterit dimandare illud quod fuit promissum, sicuti si fuisset promissum sibi ipsi.

Pero estas excepciones, basadas en vínculos familiares o dominicales, y no extrañas, por tanto, al Derecho romano clásico y justiniano, resultan ampliadas en el siguiente título. En él vemos que con el aprovechamiento de ciertos puntos de apoyo que el *Corpus iuris* ofrecía se tiende a socavar en mayor grado el principio de invalidez de la *stipulatio alteri*:

5. Esta inclinación de la Glosa fue ya puesta de manifiesto por WESENBERG, *Zur Behandlung* cit. pp. 258 ss. Como el propio Wesenberg señala, los Glosadores se esforzaron en limitar el principio, siguiendo la pauta justiniana, mediante la acción ya de una "crítica inmanente", ya de una "crítica trascendente". La primera tenía lugar a través de la admisión de *actiones utiles* allí donde era imposible una *actio directa*. La segunda aceptando para la *stipulatio* casos de repercusión en favor de terceros que concretamente aparecían referidos a otra figura jurídica.

6. Me remito a la versión latina de Ricardo Pisano editada por FITTING, Halle 1906. Sobre la influencia concreta de las doctrinas de la Glosa, v. especialmente las pp. 2-16 de las observaciones preliminares.



Si ego dimando aliquam stipulationem ad opus procuratoris mei, bene valet illa stipulacio, id est illa promissio, sicuti in hoc exemplo: "Petre, promittis michi quod tu dabis X sol. tali homini qui est procurator meus?" et tu dicis: "Promitto" vel "Dabo" vel "Faciam"; ego potero ita dimandare istos X sol, sicuti si su promisses donare illos michi. eadem ratio est, si ego dimando alii isto modo: "Petre, dabis X sol. Martino quos sibi debeo?" et ipse respondit: "Dabo", cosimilis ratio est si tutor vel curator facit sibi promittere donare vel facere aliquid illi qui est in sua bailia, id est pupillo vel adulto. eadem directura est, si procurator facit promittere alicui homini quod ipse dabit aliquam rem illi cuius ipse est procurator: sicuti est si tu facis placitum meo precepto vel sine meo precepto et dimandasti illi cum quo tenebas placitum talem promissionem: "Promittis michi quod tu dabis Martino pro quo ego facio istud placitum illud quod iudex iudicabit?" et ipse respondit quod faciet. Certe in omnibus casibus supra dictis bene valet illa stipulacio, id est promissio, et ille cui fuit facta stipulacio ita poterit dimandare per illam promissionem, sicuti si ipse dimandasset eam ad opus suum, quoniam suum proficuum est qui dimandavit illam promissionem. set alio modo non potest aliquis dimandare promissionem ad opus alterius, et si hoc fecerit, nichil valebit.

Dejando a un lado la validez de las estipulaciones hechas en favor del *procurator* o del acreedor del estipulante, que responden a lo dispuesto en la compilación justiniana (v. supra nota 3), llamamos la admisión de estipulaciones hechas por el tutor o el curador en beneficio del pupilo o del sometido a curatela<sup>7</sup>. Notoria ampliación y hasta desviación del supuesto concretísimo de la *stipulatio* celebrada con el cotutor a quien se cede la administración, o bien generalización del supuesto específico de la *stipulatio iudicatum solvi* celebrada por el tutor en beneficio de su pupilo. Algo análogo ocurre con la admitida validez de las estipulaciones del

---

7. En obras anteriores a *lo Codi* y que parecen haber influido en éste (v. FITTING, o. c., p. 13 de las observaciones preliminares), como son la *Summa Codicis* de Rogerio o las *Petri exceptiones legum romanarum*, no hay sino un acatamiento al viejo criterio del interés del estipulante. Rogerio (*Summa* 8,30) se remite a él a través de sus conocidas aplicaciones del acreedor, del *procurator* y del pupilo en el supuesto de la cotutela. En las *Exceptiones* (4.59) hay sólo una referencia escueta a la regla: "Cum tamen alteri quis stipuletur, valet in quantum interest stipulantis."

*procurator* en favor de su principal<sup>8</sup>. En estas dos nuevas excepciones no sólo se admite la validez de las correspondientes estipulaciones, sino que se llega a aceptar que el tercero gozará de acción para exigir el adecuado cumplimiento.

Esta actitud de *Lo Codi* no constituye un fenómeno aislado. Placentino en su *Summa Codicis* (C. 8, *De inutil. stipul.* [42] 38) volverá de nuevo sobre el tema reconociendo la validez de las estipulaciones del *procurator* en favor del *dominus* y la de las celebradas por tutor o curador en favor de los sujetos a su guarda. Junto a éstas mencionará además la *stipulatio* del *servus publicus* en favor del pupilo. Este último caso tiene su origen en un texto de Ulpiano (D.46.6.2) donde se indica que la *stipulatio rem pupilli salvam fore* puede ser celebrada por un esclavo si el pupilo está ausente o es un *infans*. Si el pupilo carecía de esclavos propios se recurría entonces a un *servus publicus* para que celebrase dicha estipulación. Placentino no señala, sin embargo, esta aplicación concreta, como tampoco alude a límites específicos cuando trata de las excepciones que se refieren al *procurator*, al tutor o al curador:

Sed et si stipuletur procurator domino: dominus non procurator agit: nisi casualiter. ut ff. de damn. infecto l. damni § ult (= D. 39.2.18.16). Sed et tutor, pupillo: curator, adulto: servus publicus, pupillo, stipulantes...

Por otra parte, no resiste a la tentación de tratar del tema más allá de los límites de la *stipulatio*, mencionando otras convenciones o contratos cuya validez se admite aun cuando se concierten en beneficio de terceros<sup>9</sup>. Pero tras este inciso se centra de nuevo en la *stipulatio* para señalar otras excepciones al principio de invalidez:

---

8. En el Digesto (D.46.7.3.1) se trata, en efecto, de la validez de las *stipulationes indicatum solvi* celebradas por *procurator*, tutor o curador. En *lo Codi* la conexión con este pasaje se hace patente a través de la ejemplificación "Promittis michi quod tu dabis Martino... quod iudex iudicabit?" Pero se aprecia una evidente tendencia a la generalización al situar el supuesto específico enfocado en el Digesto como uno de los ejemplos posibles.

9. sed et in deposito (ut C. ad exhibend.) et in donationibus (ut C. de donat. quae sub modo) et in pignore, quod venditur per creditorem. Vel alter alteri etiam simpliciter paciscens acquirit actionem utilem. Item si pecunia credita fuerit sua, sive cuius nomine credit, actionem directam etiam quaerit.

Item institutor, praeponenti: actor, reipublicae: oekonomus, ecclesiae stipulando, vel alias contrahendo: et si in iudicio obtinent, actiones adquirunt<sup>10</sup>.

Parecidas tendencias se observan en una obra cronológicamente no muy alejada de la *Summa* de Placentino. Me refiero a la *Collectio Codicis Chisiani* editada por Haenel en sus *Dissensiones dominorum*<sup>11</sup>. También aquí hallamos la inevitable aseveración inicial según la cual la *stipulatio alteri* carece de validez:

§ 121. *De stipulationibus*. Dicunt Quidam, ubi quis specialiter stipulatur alteri, ex ordine et naturali iure nec sibi, quia non vult, nec alteri, quia non potest, quaeri actionem (ut C. 4.50.6).

Para después entrar en la enumeración de excepciones, entre las que de nuevo encontramos los casos del *tutor*, *curator*, *actor*, *institor* y *procurator*<sup>12</sup> junto con los fundados en relaciones de

10. En otra obra de Placentino, la *Summa de varietatibus actionum* (cap. 46, pp. 64-65 de la edición de WAHRMUND de 1925, reeditada en Aalen en 1962), y al tratar de la clasificación de las acciones *ex stipulatu* en directas y útiles, se dice: "Utilis competit ex stipulatione filii, servi, tutoris, curatoris, procuratoris, institoris, magistri navis, orphanotrophi, sindici (ut D.46.5.5; D.39.2.18.16 et D.14.3.1.2)". Esta facilidad para la concesión al tercero de acciones útiles hace pensar inmediatamente en la postura de Martinus (v. infra p. 10). No se olvide que Placentino, si no fue formalmente discípulo suyo, desde luego no puede contarse entre sus adversarios. V. KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938, pp. 87-88.

11. HAENEL, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig 1834 (reimpres. Aalen 1964), pp. 125 ss. Haenel (p. XV) cree que la referida *Collectio* fue escrita a fines del siglo XII.

12. La referencia a todos estos posibles contratantes fundamentada no muy rigurosamente en D.3.3.28, D.19.1.13, D.39.2.18.16, D.42.1.4 y D.45.1.79—va curiosamente precedida de una alusión aislada al *procurator* y a la posibilidad de obtener acción el principal por la estipulación celebrada por aquél. El autor del texto no parece sentirse aquí muy seguro acerca de la eficacia general que para el *dominus* pueda tener la actividad estipulatoria del *procurator*: "Sed si procurator meus sibi quid stipuletur, maxime praetoria stipulatione (ut D.46.5.5) vel emat, aut per sententiam obtineat, mihi actio utilis competit quae directa praefertur" (para corrección del texto transcrito me atengo a HAENEL, *o. c.*, p. 214, nota m). De todas maneras nótese que no se parte de una expresa *stipulatio alteri*, sino que el *procurator* estipula para sí.



dependencia familiar o servil y los admitidos por razón del interés del estipulante. Como para Placentino, tampoco constituye preocupación para el autor del *Codex Chisianus* la simultánea exposición de supuestos de validez de contratos a favor de terceros que no eran *stipulationes*, dando a entender con ello que las normas específicas establecidas para cualquiera de esos contratos son perfectamente transferibles a la *stipulatio*<sup>13</sup>.

La exposición de Azón en su *Summa Codicis* coincide *grosso modo* con las precedentemente examinadas en la tendencia a ensanchar el campo de inaplicación de la regla *alteri stipulari nemo potest*, pero presenta también ciertos rasgos diferenciales.

También, bajo la rúbrica *De inutilibus stipulationibus* (*Summa Cod.* 8.39), alude Azón en primer término (§ 10) a la nulidad de la *stipulatio alteri*, salvo en los casos de personas dependientes o cuando exista un interés para el estipulante. En este último supuesto la *stipulatio* será válida, pero su cumplimiento sólo podrá ser exigido por el propio estipulante<sup>14</sup>. Pero, a continuación, son expuestos otros casos en los que también falla el principio de nulidad, y entre ellos hay algunos en los que el propio tercero resulta capacitado para exigir el cumplimiento de lo prometido.

In casu tamen ex mea stipulatione experitur ille, cui dari pactus sum: ut si tutor pupillo, vel curator furioso, vel actor universitati sit pactus (ut D. 13.5.5.9). Secus dico in procuratoribus si paciscantur domino (ut D. 13.5.5.6).

§ 11. Ex stipulatione tamen mei procuratoris praesentis concepta in personam suam datur mihi utilis actio (ut. D. 45.1.79). Si autem esse concepta in personam domini nulla esset stipulatio omnino: ut si dicat: "Promittis domini meo X, vel promittis procuratori meo X?" Secus si concipiam in personam meam: puta ita: "Promittis mihi quod dabis illi rem?" tunc agam ex ea, et ad

13. En algunos casos se introduce expresamente la mención de la *stipulatio*, aun cuando los textos romanos que servían de base no se refiriesen a ella: "Sed si quis paciscatur alteri vel stipuletur depositum reddi, vel quod a se datum est, alteri restitui post tempus actionem alteri quaerit (ut C.3.42.8 et C.8.55.3) (§ 121 cit., HAENEL, *o. c.*, p. 214).

14. En el mismo sentido el *Codex Chisianus* (l. c.), donde, como en Azón, está presente la preocupación de distinguir los casos en que la acción sólo puede ser ejercitada por el estipulante de aquellos otros en que puede ser esgrimida por el propio tercero.

interesse, si mea intersit illud dari. Item et ex stipulatione mei procuratoris absentis datur mihi utilis actio illo non existente solvendo (ut D. 14.3.1). Forte et in praetoriis, vel iudicialibus stipulationibus datur etiam illo existente solvendo (ut D. 46.5.5).

Como puede verse, la admisión de la *stipulatio alteri* para los casos del *tutor*, *curator* y *actor* se apoya en D.13.5.5.9, un texto que en realidad no se refería a la *stipulatio*, sino al *constitutum* y a la correlativa posibilidad de ejercitar la *actio de pecunia constituta* como *utilis* por parte del tercero (pupilo, *furiosus* o *universitas*, según los casos). Igualmente se apoya en el régimen del *constitutum* la negativa a que se aplique análoga reglamentación cuando sea el *procurator* quien estipule para el *dominus*<sup>15</sup>. El radio de acción de que goza aquí el *procurator* es más bien reducido. Azón admite que la estipulación en favor del principal sólo será válida si éste estuvo presente cuando se celebró el contrato, tal como rezaba D.45.1.79; pero, además, el maestro boloñés parece no considerar suficiente el requisito de la presencia y añade, junto a las exigencias de forma en la pregunta que ha de pronunciar el estipulante, el elemento del interés. Como está última exigencia vendría a hacer irrelevante que quien recibiese la promesa tuviese o no la calidad de *procurator*, hemos de suponer que Azón, cuando se refería al criterio del interés no estaba ya tratando del *procurator* presente. Por último, menciona otros supuestos en que la presencia conjunta de *procurator* y *dominus* no es requerida: 1) Cuando el *procurator* hubiera dejado de existir; 2) Cuando las estipulaciones se hubieran celebrado en el marco del proceso.

En las lecciones de Azón, recogidas por su discípulo, Alejandro de S. Egidio<sup>16</sup>, se insiste en la validez de las estipulaciones celebradas por el tutor, curador y *actor universitatis* y en el posible ejercicio de la acción por parte de tercero. También se admite que valga la estipulación *alteri* si el estipulante tiene interés en el cum-

15. Para el Derecho romano v. las observaciones de ROUSSIER, *Le constitut*, en *Varia, Etudes de Droit romain* III, Paris 1958, pp. 77 ss.

16. *Azonis ad singulas LL.XII libr. Cod. Just. Commentarius et magnus apparatus nunquam ante in lucem editus ex Bibl. Ant. Contii JC.*, Paris apud Nivellium sub Cinoniis 1577. Cfr. SAVIGNY, *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter*, V (2.<sup>a</sup> ed. 1850), pp. 17 ss., y MEIJERS, *Etudes d'Histoire du droit*, III, Leyde 1959, p. 240.

plimiento, aunque entonces será éste último y no el tercero quien dispondrá de la acción. Y por último, se añade a la lista de excepciones la del *procurator* presente, con el reconocimiento de que aquí sí podrá el tercero (el *dominus* representado por su *procurator*) dirigirse contra el promitente valiéndose para ello de una *actio utilis*<sup>17</sup>.

Una presentación conjunta de todas las excepciones que pueden producirse en materia de *stipulatio alteri* se halla en la glosa *Nihil agit* a I.3.20.4. Esta glosa no sólo contiene las *fallentiae* relativas a la estipulación a favor de terceros, sino que también aparecen en ella otros contratos o simples convenciones celebrados *alteri*, indicio claro de la relajación de los límites estrictos entre los viejos tipos contractuales romanos, con la consiguiente posibilidad de extensión de reglas concebidas originariamente para una concreta figura. El fenómeno no es nuevo, pues ya hemos visto cómo se manifiesta previamente en Placentino y en el *Codex Chisianus*, pero la glosa *Nihil agit* tiene un especial interés porque, como ya señaló Wesenberg<sup>18</sup>, constituye el cuadro más rico en materia de excepciones a la invalidez de la *stipulatio alteri*. El texto es el siguiente:

Et est ratio: quia inventae sunt: I. 3.19.19; D. 45.1.38.17. Fallit tamen in casibus XVI. In primis: ut si stipulantis intersit, quia sit tutor eius cui stipulatur rem pupilli salvam fore. Secundo, quia procuratori stipuletur dominus. Tertio, si stipuletur creditori: I. 3.19.20. fin. D. 45.1.38.20 Quarto fallit in omnibus praetoriis stipulationibus, D. 46.5.5, et damni infecti, D. 39.2.18.16. Item iudicatum solvi et similis, D. 3.3.27.1. Item fallit in procuratore praesentis, D. 45.1.79, D. 3.3.38. Item fallit in actore municipum: ex cuius pacto queritur municipibus. Item in curatore furiosi et consimilium personarum et tutoribus, D. 13.5.5.9. Item fallit in intitore nam sibi actio quaeritur: D. 14.3.1 fin. D. 14.3.2. Item fallit in iudice et notario vel simili persona publica: D. 46.6.2.3.4. Item fallit in creditore ex cuius facto quaeritur debitori: D. 13.7.13. Item fallit si avus paciscatur dotem reddi nepti, quam in potestatem non habet: D. 24.3.45. Item fallit in procuratore vendentis: D. 19.1.13.25. Item fallit in deponente si paciscatur alii rem restitui: C. 8.53.3., 3.42.8. Item fallit in commodante faciendo simile pactum: D. 16.3.26. Item fallit in donante simile pactum:

17. El tema se aborda con ocasión de la rúbrica *De inutilibus stipulationibus*, C.8.39 (p. 648 de la ed. cit.).

18. WESENBERG, o. c., p. 264.



D. 16.3.26. in eventum alicuius conditionis: C. 8.53.3, C. 3.42.8. Item fallit si pater stipuletur vel alii posito sub sua potestate post mortem suam scil. patris. Nam et filio quaeritur, licet haeres non sit: D. 45.1.45.2.

Si vero pure et non post mortem: ipsi stipulanti quaeritur: D. 45.1.39. His enim casibus ex pacto vel stipulatione alterius alteri quaeritur: non aliis: C. 4.27.1 cum enim sint speciales, non sunt trahenda ad consequentias: D. 1.3.14. Sed M(artinus) dicebat hos casus facere regulam: at si quis casus esset contra illud, speciale esse at quod hic regulariter dicitur: I. 3.19.19.; C. 4.27. dicebat iure directo non valere, sed utiliter acquiri posse. Et sic secundum eum semper ex pacto alterius quaeritur. Quod falsum est, cum parum interesset, directo an utiliter queretur: D. 45.1.45.2.

Los textos hasta aquí examinados muestran todos ellos, a pesar de sus ocasionales contrastes, el propósito de mantener el viejo principio, según el cual *alteri stipulari nemo potest*. Pero al lado de este testimonio de fidelidad al *Corpus iuris* se acusa la simultánea tendencia de reducir el ámbito de vigencia de dicho principio mediante el acopio de excepciones. El intento más audaz y extremado de salvar esta tensión entre la obediencia al principio tradicional y el deseo de abrir paso a la validez de contratos a favor de terceros, fue, sin duda, el de Martinus, quien, como nos recuerda la glosa antes transcrita, quiso encontrar la solución partiendo de la vieja diferencia entre acciones útiles y acciones directas<sup>19</sup>. Llevando este criterio a los últimos extremos la *stipulatio alteri* hubiera sido siempre válida al admitir la posibilidad de que el tercero ejercitase una *actio utilis*. Pero la tesis no prosperó, pues la diferencia entre acciones útiles y acciones directas, que ya en Derecho justiniano apenas pasaba de ser una reminiscencia puramente formal, resultaba para los glosadores medievales absolutamente vacía de contenido y, sobre todo, acarreaba prácticamente una eliminación demasiado drástica del veto a la *stipulatio alteri*. Al no abrirse paso la tesis martiniana florecieron entonces las tímidas y casuísticas construcciones que observamos en la generalidad de las fuentes de la época. En

19. V. otras menciones a la postura de Martinus en AzÓN, *Summa Cod.* cit. a propósito de C.2.3 (De pactis) § 28, y en la gl. "Quaecumque... inanem actum nostrum" en D.44.7.11. Sobre las tendencias doctrinales de Martinus, v. KANTOROWICZ, *Studies in the glossators* cit., pp. 87-88.

síntesis cabría afirmar que para la jurisprudencia bajomedieval, que arranca de los glosadores boloñeses, no sólo debe aceptarse la validez de las *stipulationes alteri* en los casos en que haya una vinculación familiar o dominical entre el estipulante y el tercero o cuando aquél tuviera interés en el cumplimiento de la prestación prometida (es decir, los supuestos abiertamente admitidos en el *Corpus iuris*), sino también cuando quien recibe la promesa es representante idóneo (*procurator, actor, institor, curator, tutor*) de aquella persona física o jurídica en favor de la cual se celebra la estipulación.

Si dirigimos ahora nuestra atención al Código de Partidas podremos observar cómo, al lado de su fidelidad a los esquemas anteriormente expuestos, existen matices peculiares en el tratamiento del tema. Este aparece abordado en las leyes 7-10 (Partidas, V, 11) y se inicia inevitablemente con la declaración de que no es posible estipular para otro:

Un home non puede rescebir promisión de otro en nombre de otra tercera persona so cuyo poderio non estodiese...

A continuación se enfocan las situaciones de dependencia (fijo-padre, siervo-señor, religioso-mayoral<sup>19bis</sup>), añadiéndose la de los “judgadores et los escribanos de concejo que escriben con ellos” cuando recibieran la promisión “en nombre de algunt huerfano, prometiendol el guardador que lealmente guardase a la persona del huerfano et sus bienes, o si la rescebiesen en juicio de la una parte en nombre de la otra sobre algunt pleyto que hobiesen antellos, o si la rescebiesen tomando tregua de uno en nombre de otro o sobre otro pleyto semejante destos”.

La inclusión en la ley 7 de estos casos referentes a *judgadores* y *escribanos*<sup>20</sup> aparece justificada mediante la curiosa declaración de que los terceros se encuentran bajo el poder y guarda de estos “oficiales”, los cuales, además, son “como siervos públicos de los del concejo do viven”. Aparece ya operada, por tanto, la transfor-

---

19 bis. Para la relación religioso-mayoral, recuérdese la situación paralela *oconomus-ecclesia* que ya citaba Placentino (*supra* p. 6).

20. Como puede observarse, el antecedente fundamental de estas hipótesis excepcionales se encuentra en las *stipulationes rem pupilli vel adulescentis salvam fore* reguladas en D.46.6.

mación del *servus publicus* en escribano, lo mismo que en la *gl. Nihil agitur* antes transcrita dicho *servus publicus* ha dejado paso al “notarius”<sup>21</sup>. Pero el texto romano (Ulp. D.46.6.2) que suscitó la norma medieval, ha dejado su huella formal en la mención del *servus publicus* aprovechada ahora para explicar la aproximación de “judgadores” y “escribanos” a los casos de personas dependientes.

Las restantes *fallentiae* en cuanto al principio de invalidez de la *stipulatio alteri* se refieren, o bien a estipulaciones (ahora “promisiones”) celebradas por *procuratores* (ahora “personeros”) en beneficio de sus representados, o bien a “promisiones” en las que intervienen tutores o curadores. Pero el esquema quedaría incompleto si no mencionásemos también la excepción derivada de aquella estipulación a favor de tercero, el cual se había constituido previamente en acreedor del estipulante.

Tanto este caso como el relativo a los tutores y curadores, se encontraban ya claramente expuestos, tal como hemos visto, en *lo Codi* (8.30), en el *Codex Chisianus* (§ 121), en Placentino (*Summa de actionum varietatibus*, 46), en Azón (*Summa Cod.* y *Lectura*, C.8.[39] 38) y en la *gl. Nihil agitur* a I.3.20.4. El supuesto de la *stipulatio creditor* es aceptado, además, en las Partidas (P.5.11.10) con el mismo alcance que tiene en el *Codex Chisianus*, en la *Summa Codicis* azoniana y en la *Lectura* de Azón-Alejandro de S. Egidio, es decir, sin posibilidad de ejercicio de acción por parte del tercero.

Mayor atención merece el tema del *procurator* (el “personero” de las Partidas), tratado con desigual talante por unos y otros tex-

---

21. Con razón señaló ya WESENBERG, *Zur Behandlung* cit., p. 265, que la representación notarial no es, como creía BUSSI (*La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune* (1937), p. 308), una creación de Bártolo, sino que resulta ya de escritos anteriores. Además de la *gl. Nihil agitur* antes transcrita, pueden verse también la *gl. Servum publicum* a D.46.6.2 y la *gl. Aliquem* a D.46.6.3, donde se habla de *tabelliones*. Junto a estos textos Partidas 5.11.7, confirma la mayor antigüedad de este tipo de representación. La caracterización de los escribanos como “servientes” aparece también en P.3.2.17.

22. Placentino omite, sin embargo, la hipótesis de la *stipulatio creditor*, que, por el contrario, aparecía recogida en obras anteriores, como la *Summa Codicis* de Rogerio o las *Exceptiones Petri* (v. supra p. 4, nota 7).



tos medievales. Vimos ya cómo en *lo Codi* parece insinuarse un reconocimiento general de validez respecto de las estipulaciones celebradas por el *procurator* para su *dominus*, el cual quedaba legitimado para ejercitar la acción por sí mismo. En el *Codex Chisianus* (supra p. 6) también se acepta esta posibilidad procesal, aunque montada sobre la hipótesis de que el *procurator* ha estipulado para sí, dando a entender con ello que si hubiera estipulado expresamente para su principal el negocio hubiese sido nulo. Por su lado Placentino no parece encontrar obstáculos importantes a la validez de la *stipulatio domino* celebrada por el *procurator*, pues la expresión *nisi casualiter* en su *Summa Codicis* parece aludir a supuestos excepcionales que no desvirtúan el principio fundamental<sup>23</sup>. Esta actitud contrasta con la de Azón. Este adopta un criterio francamente restrictivo, pues no sólo establece unos requisitos formales en orden a la pregunta y la respuesta, cuya inobservancia acarreará la invalidez, sino que parece atenerse también a la alternativa exigencia de que el principal esté presente o bien de que el estipulante tenga interés en el cumplimiento. Sólo tratándose de estipulaciones celebradas en el marco del proceso, o si luego falta el *procurator*, podrá ejercitar el *dominus* las correspondientes acciones, aunque no hubiera estado presente cuando se celebró el contrato.

Por último, en el largo elenco de la gl. *Nihil agit* a I.3.20.4, sólo hay dos menciones al *procurator* que contrata: la que se refiere a aquel que estipula en presencia de su principal y la que alude al *procurator vendentis*.

El personero de las Partidas, según se deduce de las leyes 8 y 9, tiene un más amplio radio de acción. Dejando aparte al "personero del rey o del común de alguna cibdat o villa o de alguna tierra", de que se habla al comienzo de la ley 8, y que no es sino la versión castellana del *actor universitatis* o *actor municipum* de que tratan las fuentes arriba mencionadas, fijémosnos únicamente en los casos de personería que implican una relación privada. Y entonces

---

23. Cfr. supra p. 5. Quizá Placentino quería aludir simplemente no a supuestos de invalidez, sino a aquellas hipótesis en que la acción no era utilizable por el principal, sino que habría de ejercitarla el mismo *procurator*-estipulante.

veremos que, con independencia de aquellos supuestos excepcionales ya recogidos en las fuentes antes vistas (presencia conjunta de *procurator* y principal en el momento de la *stipulatio*, celebración en el marco del proceso o remisión a bienes propios del representado, es decir, los tres casos considerados en la ley 9) las Partidas llegan prácticamente a un reconocimiento general de la validez de la *stipulatio alteri* siempre y cuando se realice el contrato dentro de los límites de la personería. Si el personero, una vez celebrada la promisión, otorga poder al representado, este mismo podrá exigir el cumplimiento (ley 8). Si, por el contrario, el representado no recibe tal poder, nada podrá demandar al promitente, lo cual no quiere decir que la promisión sea inválida, sino que la acción está sólo en manos del personero. Pero ni siquiera esta variedad de efectos —según haya o no otorgamiento de poder— tiene demasiada importancia, pues el representado puede presionar eficazmente al personero para que le otorgue poder y quedar así legitimado para dirigirse contra el deudor. Como en la misma ley 8 se expone, la negativa del personero puede producir un embargo de bienes de éste en beneficio de su principal y, si no hubiera bienes, se concede al representado la facultad de demandar sin necesidad de otorgamiento de poder. Con ello queda abierto un amplísimo portillo a la validez de las promisiones en favor de tercero, pues no se olvide que el personero tiene en las Partidas una esfera de actuación que va más allá de la de un mero representante procesal<sup>24</sup>.

JUAN ANTONIO ARIAS BONET

---

24. Según Partidas 3.5.1: "Personero es aquel que recabda o face algunos pleytos o cosas ajenas por mandado del dueño dellas, et ha nombre personero porque parece o está en juicio o fuera del en logar de la persona dotri." Cfr. Partidas 3.18.97. Análogo radio de acción parece tener el *procurator* que se observa en las fuentes canónicas medievales. V. BUSSI, *La formazione dei dogmi* cit., p. 298. Esta evidente tendencia que las Partidas acusan en pro de la representación voluntaria directa y que el Ordenamiento de Alcalá recogerá decididamente, ha sido subrayada entre nosotros por NÚÑEZ LAGOS en su excelente trabajo *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá* (discurso leído con motivo de su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid 1950.

# LOS GASTOS DEL PROCESO EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. *La transcendencia jurídica y sociológica de los gastos del proceso.* 2. *La atención al problema por parte de la legislación y la doctrina histórica.* 3. *La historiografía.*—I. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO. 1. *La terminología:* A. La terminología de conjunto. B. La terminología de aplicación parcial. 2. *El concepto:* A. El concepto estricto. B. El concepto amplio.—II. EXTENSIÓN, CÓMPUTO Y DETERMINACIÓN. 1. *La extensión:* A. La retribución del órgano judicial. B. La retribución del órgano burocrático. C. La retribución del órgano ejecutor. D. La retribución de la representación y defensa procesal. E. El resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso. F. Las penas procesales. G. Otros gastos. H. La proporcionalidad entre los distintos gastos. 2. *El cómputo:* A. El sistema sintético. B. El sistema analítico. 3. *La determinación.*—III. CRITERIOS JURÍDICOS DE IMPUTACIÓN DEL GASTO EN EL PROCESO DECLARATIVO. 1. *El criterio de compensación de costas o distributivo:* A. Su aplicación por la escasa entidad de los gastos procesales. B. Su aplicación por reacción contra el criterio objetivo. C. Procedimientos de corrección de este criterio. 2. *El criterio objetivo o de imputación automática:* A. Por integración del gasto procesal en el sistema penal. B. Por transposición de la responsabilidad moral al Derecho. C. Por proveer al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica. D. Por necesidad objetiva. 3. *El criterio subjetivo o de imputación condicionada:* A. Su origen en el Derecho romano como corrección del criterio de compensación de costas y sustitución del sistema penal procesal. B. Tendencias a la transformación del criterio subjetivo en un correctivo de la solución objetiva. C. La adopción de los principios romanos en el Derecho visigodo. D. La resurrección del criterio subjetivo en las escuelas italianas. E. El triunfo del criterio subjetivo en los territorios hispánicos. F. El mantenimiento del criterio subjetivo en la codificación española.—IV. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO PROCESAL EN LOS PROCEDIMIENTOS IMPUGNATORIOS DE SENTENTIA. 1. *La imputación del gasto en la primera impugnación.* A. Las penas procesales en el sistema de integración del gasto en el sistema penal. B. La confirmación del criterio objetivo en un sistema de transposición de la responsabilidad moral al Derecho. C. La conversión del criterio subjetivo en objetivo. D. El mantenimiento del criterio subjetivo. 2. *La imputación de*



*gasto en las sucesivas impugnaciones de sentencias.* A. Sistema de penas procesales. B. El mantenimiento del sistema subjetivo.—V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DEL CRITERIO GENERAL DE IMPUTACIÓN. 1. *Circunstancias modificativas derivadas de la condición general de las partes:* A. El litigante económicamente débil. B. El litisconsorcio. C. Las costas del Ministerio Fiscal. 2. *Circunstancias modificativas derivadas de la actuación procesal de las partes:* A. El desestimiento. B. La contumacia. C. Defectos en el modo de excepcionar. D. Defectos en el modo de probar. E. La "plus petitio".

## INTRODUCCION

### 1. LA TRASCENDENCIA JURÍDICA Y SOCIOLÓGICA DE LOS GASTOS DEL PROCESO

Una de las primeras y más profundas impresiones que experimenta el recientemente graduado en la Facultad de Derecho al asomarse al ejercicio de la procelosa profesión de abogado es la de la enorme importancia que ofrece el gasto procesal. Cuando se acerca al Juzgado comprende que no le es posible dar ningún paso importante sin que haya de satisfacer derechos de orden pecuniario. Las más de las veces el nuevo abogado, y aun el que lleva largos años de profesión, no conoce el origen de la obligación, y su natural timidez le impide interrogar sobre ello al que se los exige. Frecuentemente no puede justificar debidamente los pagos que hace, porque no se le extiende un recibo explicativo, contentándose muchas veces con los números que el empleado judicial ha trazado sobre un papel común. Por su parte, el cliente desea conocer por anticipado qué es lo que le puede costar el litigar, tanto si pierde como si gana, siéndole extremadamente difícil al abogado el hacerle el cálculo correspondiente, hasta el punto de optar frecuentemente por sugerir el resultado de aplicar un tanto por ciento de la cuantía del pleito. Sólo al final de todo, practicada lo que se llama en el actual lenguaje forense "tasación de costas", conocerá el abogado una parte, la oficial, de lo que le ha costado a su cliente el litigio, cantidad que, por otra parte, puede oscilar entre límites algo separados, como consecuencia, precisamente, de lo que él o sus compañeros de profesión hayan querido minutar.

Con el tiempo, el abogado se familiariza con los gastos del proceso, y llega a considerarlos como algo natural, lo que es producto

de su formación o de su deformación profesional. No ocurre así, sin embargo, con sus clientes, que, salvo los litigantes profesionales, se acercan a la Justicia con conciencia virgen. Si creen tener razón, lo que suele ser normal, no comprenden que hayan de pagar porque se la otorguen, y, en consecuencia, según la satisfacción mora! y material que les pueda producir la hipotética victoria, persisten en la idea de litigar o desisten de ella.

En las reacciones expresadas se refleja la trascendencia jurídica y sociológica del gasto procesal. El gasto procesal ha de ser justificado por el Derecho, de una parte, y ha de ser moderado, de otra, si se quiere que incida de una manera o de otra en la Sociedad.

La justificación del gasto procesal embarga la atención del teórico del Derecho, al que su función pensante le libera de la deformación profesional a la que antes se hizo alusión. Por ello, los procesalistas le atribuyen la condición de pena, o lo fundamentan en la necesidad de resarcir daños, o lo ligan a la culpa aquiliana, o lo asimilan a un cuasicontrato judicial, o lo basan simplemente en una necesidad puramente objetiva<sup>1</sup>, o en la responsabilidad del proceso<sup>2</sup>.

La moderación del gasto procesal preocupa al legislador. En nuestra sociedad de hoy se recuerda constantemente la maldición gitana del "pleitos tengas y los ganes", y esto no pertenece solamente a nuestro tiempo. En el siglo xvii, Castillo de Bovadilla, refiriéndose al corregidor u Oficial residenciado que era absuelto, juzgaba no ser razonable condenarle en costas, porque con frecuencia era tal su cuantía que no se podía denominar victorioso al que había de soportarlas<sup>3</sup>, y a principios del siglo xviii, las

---

1. Vid. Manuel de la PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 611-614, quien cita a Lesona como representante de la tendencia que lo fundamenta en la culpa aquiliana, y a Dalloz como quien piensa en el cuasicontrato judicial.

2. Esta es la postura de Piero PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milán, 1959.

3. "... porque acaece ser tantas las costas, que no se puede llamar victorioso al que las ha de pagar...". Ldo. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1775, 2.º tomo, libr. V, cap. II, núm. 103, págs. 620-621.

Cortes catalanas exponían a Felipe V que las cantidades exigidas por los Abogados gravaban extraordinariamente a los litigantes, que por no poder soportar los gastos de los pleitos habían de dejarlos con gran perjuicio de sus haciendas<sup>4</sup>.

Acertadamente, Scialoja declaró como gran problema no resuelto el de evitar los innumerables juicios y, por otra parte, el hacer posible el litigar<sup>5</sup>. Así es, en efecto. La Sociedad debe evitar que se litigue en exceso, atemorizando al profesional del pleito o al que utiliza la Justicia como "chantage" frente al que teme las veleidades o las molestias de aquélla. Por otro lado, sin embargo, debe cuidar que el efecto conseguido no sea distinto del buscado, constituyéndose en un obstáculo para que utilice el medio judicial quien debe verse asistido por los órganos encargados de aplicar el Derecho. Conseguir la ecuación entre estos dos términos es la gran tarea del legislador.

## 2. LA ATENCIÓN AL PROBLEMA POR PARTE DE LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA HISTÓRICA

Siendo un problema de tan gran trascendencia jurídica y sociológica, la legislación y la doctrina jurídica, en general, le ha prestado la debida atención. En el derecho romano, punto de partida obligado para el estudio del derecho histórico de los pueblos hispánicos, los principales juristas como Labeo, Juliano, Marcelo, Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo, etc., han opinado o consultado sobre él. y la legislación imperial con Gordiano, Valentiniano y Valente, Honorio y Teodosio, León y Antemio, Zenón, Anastasio y Justiniano, no es escasa.

Dentro del derecho visigodo, de una forma o de otra, el problema se encuentra en todas las redacciones legislativas conocidas (Código de Eurico, Breviario de Alarico, Liber Iudiciorum), en las atribuidas dudosamente (Edicto de Teodorico), en las fuentes

---

4. "... ab que restan los litigants sumament gravats, y molts per no poder suportar los grans gastos dels plets, han de deixarlos en grave perjudici de sas haziendas...". *Constitutions y altres drets de Catalunya*, Barcelona, 1704, vol. 1.º, IV, 6, 4.

5. Vittorio SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, página 273.



accesorias (fórmulas), en la doctrina jurídica (San Isidoro) y aún da lugar a alguna ley de carácter ciertamente excepcional, como la de Teudis.

En la Edad Media, la Glosa acomete el estudio de los gastos del proceso con el mismo entusiasmo que el resto de los problemas jurídicos, siendo continuada con la misma dignidad por parte de los postglosadores o comentaristas. Civilistas y canonistas rivalizan en el tratamiento. Durantis, con el capítulo "De expensis" en su "Speculum iuris"; Jacobus de Arena, con su "De expensis in iudicio factis"; Andrés y Baldo, en las adiciones a Durantis; Lanfrancus de Ariadno, con su "De expensis", etc.<sup>6</sup>, son nombres destacados en una larga serie de grandes y brillantes juristas. Grandes canonistas como Inocencio III e Inocencio IV legislan como Papas en la línea de Gregorio IX.

Con la penetración de esta doctrina en los reinos de la Península Ibérica, a través de juristas como el Maestro Jacobo, Vidal de Canellas, etc., el Fuero Real y las Partidas en Castilla; los Fueros y Observancias, en Aragón, y los "Furs", en Valencia, establecen un criterio de distribución de los gastos procesales, que no difiere del que a través de la práctica forense se abre paso en otros lugares, como Cataluña. Una doctrina muy universalista, como la de Molino, Bardají, Portolés, en Aragón; Covarrubias, Gregorio López, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Yañez Parladorio, en Castilla; Peguera y Ripoll, en Cataluña, etc., solidifica este criterio hasta hacerlo casi incommovible, mientras una abundante legislación se ocupa de los órganos de fijación, procedimiento de exacción, recursos, etc. Tan sólido aparece ese movimiento que mientras Francia cambiará de criterio casi en redondo, viniendo así a coincidir casi con las legislaciones germánicas que siempre partieron de otros principios, las codificaciones procesales españolas se mantendrán en la línea que marcara la Glosa, interpretando acertada o erróneamente el ordenamiento romano.

### 3. LA HISTORIOGRAFÍA

Con la trascendencia del problema y con el interés prestado por la legislación y la doctrina, contrasta la postura de la historiogra-

---

6. Vid. José CHIOVENDA, *La condena en costas*. Madrid, 1928, pág. 27.

fia. Se observa que el gasto procesal despierta el interés como cuestión viva, pero no como cuestión muerta o del pasado.

La indicada postura letárgica no es absolutamente predicable del derecho romano. Henneman, Weber, Waldner, cuyas actitudes han sido recogidas por Chiovenda, se han empeñado en descifrar el verdadero criterio romano sobre el gasto procesal, y aún reciente, relativamente, alguna tesis doctoral, como la de Jules Paoli, ha incidido sobre fenómeno muy relacionado<sup>7</sup>. En cambio, sí que es absolutamente predicable del estudio sobre los derechos europeos, al menos, del español y de los más inmediatos a éste. Incluso obra tan característica sobre la historia del Derecho procesal, como es la de Salvioli<sup>8</sup>, se limita a dedicar unas cuantas líneas de una página, en desproporción notable con las que aplica a las restantes cuestiones del proceso. En España, donde la historia del derecho procesal es un tema prácticamente virgen, pues sólo ha sido hollado por algunos artículos monográficos de muy desigual valor y, en consecuencia, no existe ninguna obra de conjunto, el abogado que necesita antecedentes históricos o el profesor que ha de explicar el proceso histórico español, ha de recurrir directamente a las fuentes.

Intencionadamente se ha tratado de aludir en forma abierta a una figura, que merece aquí destacar, que es la del gran procesalista italiano José Chiovenda. Por influencia, probablemente, de su maestro, el gran romanista Vittorio Scialoja, el tema del gasto procesal, es obsesivo para él. Autor de diversos artículos sobre el mismo<sup>9</sup>, la indicada obsesión cristaliza en una obra capital, de la que se cuenta con una buena traducción y adaptación al castellano<sup>10</sup>.

---

7. Jules PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Tesis doctoral, París, 1933.

8. Giuseppe SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia del Diritto Italiano*, bajo la dirección de Pasquale del Giudice, vol. III, parte segunda, Milán, 1927.

9. *Le spese nel processo civile romano*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, 1896, y *La condanna nelle spese di lite*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1896, refundidos en la obra cit. en la nota 6.

10. La traducción es de Juan A. de la Puente y Quijano, y las notas y concordancias del que fue catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Barcelona, J. R. Xirau.

El hecho de que la obra proceda de un procesalista no debe hacer creer que carezca de valor historiográficamente. El propio autor declara que ha procurado investigar con amplitud las vicisitudes históricas del problema, y que la solución de la imposición de las costas al vencido fue conocida por el derecho romano, si bien este principio no fue siempre entendido del mismo modo<sup>11</sup>. Chiovenda no pretende dar unos antecedentes históricos al uso, esto es, como signo de mera erudición, sino que mucho más ambiciosamente lo que aspira es a desentrañar cuál es históricamente el concepto del gasto procesal y quién debe soportarlo en el proceso en cuanto ello determinará el criterio actual, que pretende estar concorde con su génesis histórica. Ello le conduce a un estudio riguroso del derecho romano en sus diversos períodos; de los derechos de los pueblos germánicos, y, entre ellos, del derecho visigodo; de la Glosa y, en general, del Derecho común; del derecho estatutario y, finalmente, de las posturas de la codificación procesal en los diversos países. Lo que no hace Chiovenda, ni se le podía exigir, es escudriñar en el derecho de los pueblos españoles, que se va forjando desde la caída de la monarquía visigoda, y esto es lo que justifica el presente trabajo.

Lo que se pretende aquí es llenar uno de los muchos huecos que ofrece la historia del derecho procesal en España, que representan casi toda aquélla. Aunque no sin espíritu crítico, se aprovecha el ingente trabajo de Chiovenda sobre el derecho romano, el derecho canónico, la Glosa y los comentaristas, etc., pues una reelaboración o una investigación directa, independientemente de la falta de preparación para ello, no hubiera resultado útil. Sobre el resto, y dada la ausencia de bibliografía, se ha recurrido al examen directo de las fuentes normativas y de la doctrina jurídica a través de los representantes más destacados de ésta. No se descarta la posibilidad de examinar algún día otras fuentes, como las actuaciones de los pleitos donde puedan discutirse cuestiones planteadas por los gastos del proceso, pero en principio se ha prescindido de esas fuentes por creer que no han de añadir nada verdaderamente esencial si se tiene en cuenta que la doctrina jurídica suele recoger ya las inquietudes surgidas en la práctica forense.

---

11. *Op. cit.*, prólogo, pág. 23.



## I. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

### 1. LA TERMINOLOGÍA

La terminología es variada, debiéndose distinguir la de conjunto, es decir, la que sirve para expresar el fenómeno total de los gastos procesales, de la de aplicación parcial, sólo utilizable para determinados gastos del proceso. Como nota general, no exenta de excepción, puede señalarse la utilización de los términos en plural, consecuencia de que, aunque teóricamente el proceso es una unidad, prácticamente es el resultado de la integración de una serie de fases y de situaciones, cada una de las cuales da origen a gastos independientes.

#### A. *La terminología de conjunto*

En la terminología de conjunto pueden señalarse tres grupos: a) el radicalmente latino y latinizante, cuyo término más importante es, quizá, el de "expensas", acompañándole "impensas", "sumtus", "dispendia" y formas derivadas; b) el castizamente castellano de "costas", y c) el vacilante y complementario de "misiones".

El último grupo, el menos importante desde el punto de vista de vitalidad histórica, puede calificarse de vacilante y complementario en cuanto suele acompañar a términos de los otros grupos. En forma aislada puede encontrarse el término en la Cataluña del siglo XIII, pero sin que aquí pueda otorgársele demasiada trascendencia en cuanto aparece en algún formulario notarial, y, en consecuencia, puede pensarse que se trata de un término de la práctica documental e instrumental, y no de la práctica procesal<sup>12</sup>. Más importancia, como forma aislada, puede atribuírsele a su presencia

12. Vid. un Formulario notarial del siglo XIII, procedente seguramente del Panadés, en AHMB., fol. 1 v.º. Se trata de una fórmula de reconocimiento de deuda, en la que Berenguer de Bas, de Martorell, se declara deudor a Pedro Pellipar y los suyos, de Villafranca, por la cantidad de cien sueldos, renunciando a la excepción "non numerate pecunie", pues se declara bien pagada. Conviene pagar en la próxima fiesta de San Andrés sin dilación, daño ni gasto, renunciando a los beneficios de las Constituciones de Cataluña, y transmite sus bienes al acreedor para que por su sola autoridad pueda pignorar hasta recuperar "cum omnibus missionibus quas inde forte feceris ad recuperandum predictum debitum".

en el ordenamiento normativo navarro, en la forma de "mesiones"<sup>13</sup>, y en el valenciano, donde es utilizado por el Rey Martín en 1403, como "missions"<sup>14</sup>.

Fuera de estos casos, como se ha dicho, parece tener carácter complementario o alternativo de términos de los otros dos grupos. En Cataluña, y en los usos y costumbres de la Seo de Urgel recopilados en 1470, designa lo mismo que "despeses", si bien el hecho de que este término aparece en las rúbricas y el otro en el texto puede hacer pensar que "missions" es término más arcaico<sup>15</sup>. En la misma Cataluña, pero en Tortosa, aparece como "messio" en forma alternativa con "cost"<sup>16</sup>, de la misma manera que algunas veces en Castilla, en la obra del Maestro Jacobo<sup>17</sup> y en las Partidas<sup>18</sup>, en la forma de "misiones".

No preocupando aquí el problema filológico, por más que se estime fundamental, sino el jurídico, es preciso destacar una vez más la falta de vitalidad del término. Es cierto que su área es extensa, pues se encuentra en Castilla, Levante y Navarra, aquí con la exclusión sorprendente de Aragón, pero como término procesal siempre en forma alternativa.

Los otros dos grupos son los verdaderamente importantes, siendo el primero el de más antigüedad y el de carácter erudito, en tanto el segundo es el más popular y de mayor vitalidad histórica.

El primero, como latino, arranca del derecho romano, en sus diversas formas de "impensae", "expensae", "sumptus", "impendia" y "dispendia". La diversidad de formas no ha dejado de preocupar a los romanistas, en cuanto que podía reflejar distintas

---

13. *Amejoramiento* de 1330, cap. 8.

14. *Fori Regni Valentiae*, 1547 (en adelante, F.R.V.), IX, 1, 6.

15. Vid. Francesch CARRERAS Y CANDI, *Les usances o privilegis de la Seu d'Urgell*, *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona* (en adelante, Bol. R. A. B. L. Barc.), vol. XI (1924), págs. 265-292, cap. 89. Vid. también en cap. 68: "sens messió de les parts".

16. Código de las Costumbres de Tortosa, en Bienvenido OLIVER *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, tomo IV, Madrid, 1881, VII, 2, 6: "...sens cost e messio de les parts...".

17. *Doctrinal*, lib. V, cap. 7, en Rafael de UREÑA Y SMENJAUD y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*, Madrid, 1924: "...faziendoles fazer grandes costas & misiones...".

18. *Partidas*, III, 22,8: "...faziendoles fazer grandes costas, e misiones...".

cosas, pero no se ha obtenido en este camino un gran resultado. Frente a Maynz, Chiovenda no creía que "impensae" significara gastos en la cosa, y "expensae", gastos con motivo de la cosa, pues también se aplica el primer término a los gastos judiciales, sino que "expensae" era el término preferido por las constituciones, mientras "impensae" era propio de los juristas clásicos<sup>19</sup>. Por la aplicación que destacaba Chiovenda queda descartado que "expensae" fuera término procesal, frente a "impensae", como término de derecho sustantivo. Filológicamente cabe registrar que el término "expensae" ha tenido mayor vitalidad, como consecuencia de ser el término empleado en las constituciones imperiales, que han sido recopiladas por Justiniano, donde, a veces, aparecen aún más tecnicados en la forma de "litis expensis"<sup>20</sup>.

Desde luego, y como argumento de apoyo a la opinión de Chiovenda, es preciso destacar que no es raro la utilización de términos alternativos, como se ha visto en el caso de "misiones" con el de "expensas" o el de costas". Dentro del derecho imperial romano hay que considerar el caso del término "sumptus" o del término "dispendia", presentes el primero, por ejemplo, en constituciones de Honorio y Teodosio o de Valentiniano y Marciano, y el segundo, en las de los últimos emperadores citados<sup>21</sup>, sin que parezcan expresar conceptos jurídicamente distintos.

Este lenguaje es común al derecho visigodo, especialmente en el Breviario de Alarico, donde se recoge el Código Teodosiano, y en el que el término más empleado es el de "sumptus", alternando con "impensas" y "expensas". Max Conrat parece haber traducido "impensas" por "gastos" (Ausgaben) y "sumtus" por "costas" (Kosten), pero, independientemente de que no ha obtenido consecuencias de ello, y mal pueden obtenerse cuando de los dos términos traductores uno no es propiamente alemán, esto es inseguro, pues unas veces se dice "impensas sumtusque litis", y otras "sumtus et expensas litis"<sup>22</sup>. En todo caso, el término pro-

19. CHIOVENDA, op. cit., nota 2, en pág. 35.

20. Código de Justiniano (en adelante: C.), VII, 51: "De fructibus et litis expensis".

21. C. VII, 51, 3: "...super sumtuum repetitione...". C. VII, 51, 4: "...post dispendia, post sumtus...".



cesal lo sería el de "expensas", en tanto "sumptus" sería término más genérico, como lo demuestra su mayor utilización, y, sobre todo, la expresión "sumptus per litis expensas" contenida en una fórmula visigoda<sup>23</sup>.

Naturalmente, la terminología romana es heredada por la Glosa, el Comentario y el Derecho canónico, con claro predominio del término "expensas"<sup>24</sup>. A través de los juristas agentes de la denominada "recepción", el término en forma inalterada se introduce en el lenguaje normativo del siglo XII, como en los Decretos de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188<sup>25</sup>, y de los siglos posteriores, como en las Costumbres de Lérida<sup>26</sup> y en los fueros aragoneses<sup>27</sup>. Cuando las colecciones se vierten a los lenguajes hablados, el término se romancea, y adopta la forma de "espesas" en el Fuero de Molina de Aragón<sup>28</sup> o de "despeses" en los usos y costumbres de la Seo de Urgel<sup>29</sup> y en la "Costum" valenciana<sup>30</sup>.

Si algunos ordenamientos normativos han adoptado este término de "expensas", tan poco popular, con más razón lo han preferido los juristas, profesionalmente inclinados a los tecnicismos y a un lenguaje especial y erudito. En Aragón, lo utiliza Bardají<sup>31</sup>, y

---

22. Vid. Código Teodosiano (en adelante: C. Th.), IV, 161, en Max CONRAT (Cohn), *Breviarium Alaricianum. In systematischer Darstellung von*. Leipzig, 1903, págs. 498-499.

23. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 143-144. La fórmula visigoda 35 conmina al demandado que no comparece con "sumptus per litis expensas nobis satisfacere".

24. Vid. loc. cit. en nota 6.

25. Vid. los citados Decretos de Tomás MUÑOZ Y ROMERO, *Fueros municipales*, Madrid, 1847, págs. 102-106: "...et solvat insuper espensas, quas fecit mezclatus in eundo et redeundo...".

26. *Costumbres de Lérida*, publicadas por Pilar LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO. Barcelona, 1946, pág. 68: "De expensis non restituendis".

27. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Publicados por Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, tomo I, Zaragoza, 1866, pág. 257: "Ut victus victori in expensis condemnetur" y "Quod succumbens in exceptione in expensis condemnetur".

28. Vid. la nota 466.

29. Vid. loc. cit. en nota 15.

30. F.R.V., IX, 1, 6.

31. Ibando de BARDAXI, *Commentarii in quatuor Aragonensium Fororum libros*, Zaragoza, 1592, fol. 411.

todo un párrafo de Portolés lleva el título de "Expensae"<sup>32</sup>. En Cataluña, donde el ordenamiento normativo general, esto es, el de las constituciones, parece eludir toda terminología en esta cuestión, la doctrina, representada por Peguera, por ejemplo, habla eruditamente de "litis expensas"<sup>33</sup>. Incluso en Castilla, donde el ordenamiento normativo adoptará una denominación castiza para el gasto procesal, el Maestro Jacobo habla en alguna obra de "despesas"<sup>34</sup>, y los humanistas, como Covarrubias<sup>35</sup>, Gregorio López<sup>36</sup>, Juan Gutiérrez<sup>37</sup> y Yáñez Parladorio<sup>38</sup>, lo hacen siempre de "expensas".

Al margen de este lenguaje técnico y erudito, es en Castilla donde, salvo una esporádica forma levantina de las Costumbres de Tortosa<sup>39</sup>, se forja un término de indudable raigambre popular, destinado a triunfar, quizá por esa raigambre, y que es el de "costas". En el Fuero Viejo se encuentra en la forma con la que ha debido de comenzar y de irse abriendo paso, esto es, como expresión adverbial, derivada de un verbo tan castizo como es el de "costar"<sup>40</sup>. En el Fuero Real es donde lo encontramos substanti-

32. Jerónimo PORTOLÉS, *Scholia, sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Aragonum*, Zaragoza, 1587, segunda parte, págs. 652-655.

33. Luis de PEGUERA, *Praxis civilis*. Añadida con decisiones de diversos Consejos por Acacio de Ripoll e ilustrada nuevamente con ejemplares, fórmulas y observaciones por Pedro de Amigant. Barcelona, sin fecha (La dedicatoria de Amigant a Don Melchor de Navarra es de 1673), rúbrica 30: "De litium expensis, et illarum taxatione".

34. Maestro Jacobi, *Los Noue tienpos de los Pleytos*, Tempus. ix us, en edición citada de Ureña y Bonilla, págs. 389-390.

35. Diego COVARRUBIAS DE LEYVA, *Practicarum Quaestionum*, con índice de José Berní y Catalá, tomo II, Valencia, 1775, pág. 149: "Cap. XXVII. De expensis, & earum condemnatione, hoc in capite traduntur multa".

36. Vid. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848, con la glosa de Gregorio López a *Partidas* (en adelante, *Part.*), III, 22,8.

37. Juan GUTIÉRREZ, *Tractatus tripartitus, De Iuramento confirmatorio, & aliis in Iure variis resolutionibus*, Frankfurt, 1606, pars. III, cap. V, números 21-22.

38. Juan YÁÑEZ PARLADORIO, *Rerum quotidianarum*, Madrid, 1603, capítulo final, 5.ª parte, par. 18.

39. Vid. la nota 16.

40. *Fuero Viejo de Castilla*. Publicado por Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ, Madrid, 1847, III,2,8: "... e el Fiel develes ir rescivir aquel logar a costa de amas partes".

vado y sirviendo ya de rúbrica para un título<sup>41</sup>. Después se encuentra ya en casi todas las colecciones normativas, como Partidas<sup>42</sup>, Leyes del Estilo<sup>43</sup>, Ordenamiento de Alcalá<sup>44</sup>, Nueva y Novísima Recopilación<sup>45</sup> y Ley de Enjuiciamiento civil vigente<sup>46</sup>. La doctrina también la utiliza cuando no se mueve en un plano erudito, como sucede con el Maestro Jacobo, pese al empleo también de la palabra "despesas", como se ha dicho<sup>47</sup>, y varios siglos después, con Castillo de Bovadilla, todavía en época de renacimiento humanista<sup>48</sup>. Cuando este renacimiento pasa, y cuando se afianza el Derecho municipal frente al Derecho común para llegar a desembocar en el Derecho nacional, el triunfo del término "costas" es absoluto.

#### B. *La terminología de aplicación parcial.*

En tanto la terminología anterior responde al proceso como conjunto, se desarrolla otra en los distintos ordenamientos que responde a un proceso desintegrado en distintas fases y con una unidad ficticia. En el Derecho romano se hace patente esto con las denominadas "sportulae", que se desarrollan y proliferan en las "extraordinarias cogniticiones"<sup>49</sup>, y que son los derechos pecuniarios a satisfacer a los oficiales que intervienen en las distintas fases de incoación, prueba, ejecución, etc.

Ya dentro del Derecho particular de nuestra Península merece citarse por su rareza el término "tangantes" o "tagantes", que apa-

---

41. *Fuero Real*, III, 14, en *Códigos antiguos de España, publicados por Marcelo ALCUBILLA*, Madrid, 1885: "De las costas".

42. *Part.* III, 22, 8: "Como el judgador deue condenar en su iuyzio al vencido en las costas que fizo su contendor".

43. Ley 164: "Como el que se alza si es vencido, ha de pechar las costas".

44. *Ordenamiento de Alcalá*, tit. II, ley 1.<sup>a</sup>.

45. Vid. *Novísima Recopilación*, XI, 19: "De las costas y su tasación".

46. *Ley de Enjuiciamiento civil* (en adelante L.e.c.), I, 11: De la tasación de costas".

47. El maestro Jacobo utiliza "costas" en las *Flores del Derecho* y en el *Doctrinal*, mientras emplea "despesas" en los *Nueves tiempos*.

48. Ldo. Castillo de BOVADILLA, *Política para Corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1775, tomo 2.<sup>o</sup>, lib. V, cap. 3.<sup>o</sup>, núm. 50.

49. Vid. SCIALOJA, op. cit., pág. 373.



rece en el Fuero de Avilés para designar generalmente derechos debidos al órgano ejecutor, como es el merino, y que, según el parecer de Fernández Guerra, ha de derivar del verbo latino "tangere" o tocar <sup>50</sup>.

De mayor importancia por su extensión es el término que aparece como "arences" o "arienços" en la última redacción del Fuero de Jaca <sup>51</sup> con motivo de la práctica de ordalías, como la del hierro caliente, y que en la última forma citada se encuentra en el Código de Huesca para designar derechos debidos a los sayones en casos de homicidio <sup>52</sup>. Como consecuencia de filiación que parece clara, los derechos del sayón aparecen denominados como "arentago" o "arentadgo" en el Fuero de Logroño <sup>53</sup>.

En Cataluña, y en la Edad Moderna, los gastos originados por la actuación de abogados y procuradores reciben el nombre específico de "palmarium" <sup>54</sup>, y determinados derechos de escribanía reciben el nombre de "morabitus" <sup>55</sup>. Mucho más importante por la generalidad de su aplicación y su duración en el tiempo es el término "averías", con el que se denominan determinados derechos de los órganos judicial, burocrático y ejecutor en las composiciones de los delitos, es decir, en las cantidades exigidas a los delincuentes para redimir una pena, generalmente corporal <sup>56</sup>.

Esta terminología, que aquí se ha denominado de aplicación parcial, tiene indudablemente su importancia, en cuanto si bien ha

50. *Fuero de Avilés*, publ. por Aureliano FERNÁNDEZ-GUERRA Y ORBE. Madrid, 1865, cap. 26: "et si si cremar, pectet illo aver cum suas novenas al don del aver, et solidos X per las tangantes al maiorino", y cap. 41: "... X solidos al Rei per suas tagantes". Vid. la opinión de Fernández-Guerra en pág. 181.

51. Vid. *Fuero de Jaca* (última redacción), publ. por José María RAMOS Y LOSCERTALES. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1927, cap. 316.

52. Vid. Gunnar TILANDER, *Los Fueros de Aragón, según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund, 1937, lib. VIII, cap. 323.

53. Vid. el *Fuero de Logroño* de 1095, en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 334-343, con la forma "arentago", y la variante de Llorente con la forma "arentadgo".

54. RIPOLL, op. cit., núms. 65-67.

55. Op. cit., núm. 71.

56. Vid., p. e., CARRERAS CANDI, op. cit., cap. 68: "... les quals averies...".

denominado partes del gasto procesal conjunto o del proceso como unidad, ha destacado dentro de él, hasta el punto de que en ocasiones haya tenido un cierto tratamiento independiente.

## 2. EL CONCEPTO

Ni en el Derecho romano ni en el Derecho histórico particular español existe una definición del gasto procesal. En el primero puede no parecer extraño si se admite la opinión común de que es enemigo de generalidades o de abstracciones, lo que, por otra parte, hay que poner en duda si se tiene en cuenta que un buen número de las mejores definiciones, como jurisprudencia, testamento, etc., proceden de él. El que el Derecho histórico español coincida con el Derecho romano no sólo en su aspecto normativo, sino en el doctrinal, conduce a pensar que no se ha estimado nunca necesario por su propia diafanidad. Cada época se ha preocupado después de llenar de contenido ese concepto que no se ha creído necesario definir. No obstante, algunas veces se le ha deslindado de otros conceptos vecinos, y se ha tenido una idea más o menos amplia de lo que lo constituía.

### A. *El concepto estricto*

Un concepto estricto de los gastos procesales es aquel que considera como tales los invertidos en remunerar los elementos personales que, con independencia de las partes, hacen posible con su actuación el desarrollo del proceso. Estos elementos componen los órganos judicial, burocrático y ejecutor de la justicia, a los que hay que unir los que integran la representación y defensa procesal de las partes. En sus formas más puras e ideales, el órgano judicial declara el Derecho; el burocrático, lo documenta; el ejecutor, lo aplica, y la representación y defensa procesal asiste a las partes en forma totalitaria.

El que el concepto estricto integre esos elementos no significa que sea siempre obligada su presencia cuando se trate de apreciar jurídicamente el gasto procesal, y apreciar jurídicamente debe entenderse como intención de imputarlo a alguien, para que lo soporte económicamente. El órgano judicial puede actuar gratuitamente en determinados períodos; puede faltar el órgano burocrá-

tico cuando el procedimiento es verbal, y puede asimismo faltar la representación y defensa procesal cuando el procedimiento no es técnico, pero si no sucede así no se duda de que las distintas actuaciones citadas dan lugar a gastos procesales, y, por otra parte, cualquier otro gasto que no sea de los mencionados suscita dudas sobre la licitud de su inclusión.

Por ello mismo, no constituyen gastos procesales en sentido estricto los que realizan las partes para acudir al proceso, aunque esta actividad es presupuesto básico para aquél, y aun se castiga si no se realiza. En la doctrina castellana esto se refleja en la distinción de las costas en procesales y personales. Hevia Bolaños, apoyándose en las Partidas y en la Glosa de Gregorio López, manifiesta que aunque la "condenación de costas" se puede hacer por las procesales y personales, en la duda se entienden sólo las procesales, si no se expresa otra cosa<sup>57</sup>, y Yáñez Parladorio declara que las "personales expensae" sólo se acostumbra a exigir en los altos tribunales reales<sup>58</sup>.

Una distinción similar, quizá menos nítida, se ofrece en la doctrina catalana, donde Ripoll diferencia los daños "intrínsecos" o necesarios para la litis, como gastos de abogados y procuradores, informaciones, memoriales, gastos de proceso, notarios, escrituras, itinerario, navegación y alimentación, de los daños "extrínsecos", como si yendo el litigante al lugar del juez es detenido por ladrones o muere su caballo, concluyendo que siempre que se condena en daños se entienden los intrínsecos<sup>59</sup>. Aunque es dudoso a qué gastos de itinerario, navegación y alimentación se refiere el jurista catalán, parece que, en general, los gastos "intrínsecos" coinciden con los "procesales", como a su vez lo hacen los "extrínsecos" con los "personales".

De cualquier manera, como puede verse, la doctrina, en una época avanzada de la evolución, se ha inclinado por un concepto estricto del gasto procesal, hasta el punto de que, a veces, ha tenido que corregir exageraciones en este sentido, como sucede con la "Declaración sobre la condenación de expensas" que hace Car-

57. Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, 1783, tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

58. YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.ª parte, par. 18, núm. 11.

59. RIPOLL, op. cit., núm. 27.



los I en Zaragoza en el año 1519, según la cual, y a fin de aclarar dudas, siempre que el Vicecanciller, el Regente de la Cancillería o, en su caso, el Asesor del Gobernador o los Lugartenientes de Justicia condenaran en las expensas, dicha condena debía comprender el derecho de sentencia que el colitigante hubiera pagado, de forma que el condenado debía pagar todas las expensas, así del proceso como los derechos por la expedición de sentencia<sup>60</sup>. No debe sorprender esto demasiado, en cuanto estos derechos de sentencia no se refieren propiamente al fallo en sí, sino al interés en que éste se haga en forma pública, como más adelante se explicará, pero no deja de ser sintomático que haya de ser declarada expresamente la inclusión de unos gastos derivados directamente del proceso, que ni la doctrina castellana hubiera podido calificar de "personales" ni la catalana de "extrínsecos".

#### B. *El concepto amplio*

Frente al concepto estricto, el amplio incluye absolutamente todos los gastos que se realizan por las partes como consecuencia lógica del proceso, y que de no mediar éste no se hubieran producido. Con la primera condición se quieren excluir aquellos gastos que accidentalmente se han producido como consecuencia del proceso sin responder a la previsión normal, como los que ya se han citado como incluidos por Ripoll en su doctrina de los daños "extrínsecos": caso del litigante que yendo al lugar del Juez es detenido por ladrones o muere su caballo. Con la segunda, se quieren excluir los gastos que no pueden llamarse propiamente "procesales", por cuanto el proceso no es condición "sine qua non" para su nacimiento, y hubieran tenido lugar aunque el proceso no se hubiera celebrado. Los gastos que no pueden ser incluidos dentro de un concepto estricto, pero que sí pueden serlo dentro de un concepto amplio, pueden agruparse bajo dos rúbricas: a) gastos de resarcimiento del injustamente perjudicado por el proceso, y b) penas procesales.

En principio, puede haber una parte que no resulte perjudicada por el proceso, sino que solamente obtenga beneficios de él, como es el caso de que reclame algo que no le corresponda y lo consiga.

---

60. *Fueros de Aragón*, lib. VII, pág. 258.

pero esto es la consecuencia de la falibilidad humana, al producirse lo que el Derecho no quiere, pero tampoco puede evitar. Normalmente el proceso perjudica a ambas partes: a una, porque además de no serle reconocida su pretensión ha de soportar gastos e incomodidades, y a la otra, porque a pesar de que se le reconozca ha de haberlo conseguido a costa también de gastos y esfuerzos. Los gastos del primero no preocupan al legislador, ni al jurista en general, porque se estiman que son justos por razones que son obvias, pero sí preocupan los del segundo. A éste no siempre se le considera perjudicado injustamente, pues merced a los gastos del proceso ha podido dejar esclarecido un derecho, que de otra forma aparecía dudoso, y, en consecuencia, la Justicia no le ha reintegrado a su posición anterior, sino que le ha situado en un puesto mejor, de la misma forma que el operado al que le han seccionado el tumor maligno no se encuentra como antes y no puede considerarse perjudicado por el pago de la operación. Si impera este criterio, el legislador no arbitra ningún medio para resarcirle, y ha de soportar los gastos que se le han ocasionado.

Otras veces, sin embargo, impera el criterio contrario de que por ser verdadero titular de un derecho y haber sufrido la desgracia de que alguien lo haya querido ignorar, es un perjudicado injustamente por el proceso. Si se le trata de compensar con arreglo a un concepto estricto del gasto procesal se conseguirá liberarle de la parte que pudiera corresponderle en la retribución de los órganos judicial, burocrático y ejecutor de la justicia, y de su representación y defensa procesal, pero no se llega a un verdadero resarcimiento de sus gastos, pues no se trata de gastos personales, sino de gastos de los órganos del proceso, por más que puedan recaer sobre él en todo o en parte. Un verdadero resarcimiento es el que tiene por objeto los aludidos gastos personales, que son los que pudiéramos calificar: *a)* de desplazamiento de las partes, y *b)* de daños ocasionados por las actuaciones procesales.

En primer lugar, se encuentran los citados "gastos de desplazamiento", es decir, los originados para las partes por el hecho de tener que acudir al lugar de celebración del proceso, a veces, en sentido distante, y la subsiguiente residencia en lugar distinto de



la propia. El hecho registrado por Yáñez Parladorio<sup>61</sup> se explica por sí solo. No suelen exigirse esos gastos en los tribunales o curias encargadas de la primera instancia, porque suelen estar ubicados en el mismo lugar de residencia de las partes, o muy próximamente. Por el contrario, suelen exigirse por los Tribunales de la Corte, en cuanto éstos son los que dan lugar a los grandes desplazamientos. En la Edad Media hay que acudir adonde se encuentra el rey, inconveniente que se procura paliar con la movilidad de aquél. En la Edad Moderna, su sedentarismo está ampliamente compensado con el funcionamiento de las Audiencias, pero, no obstante, éstas se encuentran muchas veces lejos de los litigantes, y el hospedaje en las ciudades donde se encuentran no ha debido ser muy barato.

En segundo lugar, se encuentran los daños ocasionados por las actuaciones procesales, que, normalmente, afectan al que tiene razón en la pretensión substantiva, pero que puede afectar también al que suponiéndose puede tenerla, se desconoce por no haber dado lugar a la declaración del derecho. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de quien habiendo dado lugar al emplazamiento de la parte contraria no se presenta después a formalizar su demanda. Hay que suponer que el origen de esta conducta está en la falta de fundamento de su pretensión substantiva, que le impide seguir impulsando el órgano judicial después que le ha fallado el efecto intimidatorio que él esperaba del emplazamiento, confiando, quizá, en la timidez del contrario. No obstante, puede haber sido así, y de hecho, cuando se le condena a un resarcimiento de los daños experimentados por el emplazado, se prescinde de cuál haya sido el origen de su conducta contradictoria procesalmente, para atender sólo a la existencia de unos daños que se han producido a causa de una actuación procesal, que no hubieran tenido lugar sin esta actuación.

Estos daños, históricamente, suelen tener expresión aparte e independiente de los gastos en sí. En los fueros aragoneses, dados el uno por el futuro Juan II, Lugarteniente General de su hermano Alfonso V, en Alcañiz en 1436, y el otro, por Fernando el Católico, en Monzón en 1510, por ejemplo, se distingue la condena de

---

61. Vid. nota 58.



expensas y la de daños doblados<sup>62</sup>, y aún en la actualidad sucede lo mismo en el Derecho canónico, donde, como dice el Cardenal Miguel Lega, los cánones distinguen "damnorum refectionem ab expensis iudiciis", pues los daños se deben aun sin temeridad y fluyen del "lucro cessante", de "impensis emergentibus" o con ocasión del juicio, pero no del juicio mismo<sup>63</sup>. Esto es así porque, como se ha dicho, generalmente se atiende a un concepto estricto del gasto procesal, pero no hay duda que son también un gasto procesal, en sentido lato.

A este respecto, hay que destacar que los daños citados pueden en algunas ocasiones confundirse o no distinguirse bien de los daños substantivos, es decir, de aquellos que proceden del simple desconocimiento de un derecho con independencia de la mediación de un proceso, y como así es históricamente, se dedicará después a ello un tratamiento especial, pero en otras ocasiones la distinción es neta, puesto que se trata de daños que no nacen de ese desconocimiento del derecho, por cuanto no puede saberse si ha habido tal desconocimiento, sino que nacen de una actuación procesal, que es la que entonces adquiere un rango substantivo o independiente. En el caso citado, del que ha producido un emplazamiento y no formaliza la demanda, o en el que la parte que no comparece indemniza a la que sí lo hace, y que, como se verá más tarde, es frecuentísima en nuestro Derecho histórico, no se sabe si el condenado al pago tendrá o no razón en el aspecto substantivo, es decir, en el de la relación jurídica debatida, pues no se ha llegado a dictar sentencia, e, incluso, lo más probable es que no llegue a dictarse nunca. Si la parte indemniza a la otra es porque ésta ha sufrido un perjuicio de naturaleza exclusivamente procesal, es decir, se ha dado lugar a un gasto procesal, que, jurídicamente, tiene

---

62. En el primero, ed. citada de los *Fueros de Aragón*, pág. 257, se prevé el supuesto de que el demandante no presente después la demanda contra el citado, en cuyo caso el Rey, el Regente de la Gobernación o el Justicia deben "condemnar á aquel á cuya instancia la citación fue emanada en las expensas, é daños in duplum". En el segundo, inserto en el Libro IX, se condena en expensas y daños doblados al acusador que sucumbe, a no ser haya tenido justa causa de litigar.

63. Michæle Card. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. III, Roma, 1950, págs. 56-57.

que ser apreciado, esto es, tiene que ser imputado a alguien para que éste lo soporte económicamente. Puede ser que el condenado rectifique su falta, reanude el juicio y triunfe en el debate sobre la relación jurídica que dio lugar al proceso, y, no obstante, seguirá siendo deudor del gasto a que dio lugar la actuación procesal mal impulsada por su parte.

Por tratarse, al contrario, de gastos o daños que se hubieran producido aun sin la mediación del proceso, quedan fuera de los gastos procesales los intereses de la cosa litigiosa, que, como señala Ripoll, eran objeto frecuente de condena en causas de espolio, en la forma de restitución de los frutos percibidos y que hubieran dejado de percibirse, citando una causa entre Bernardo de Cardona, archidiácono mayor de la catedral de Gerona, y algunos labradores de Llisá de Munt, en la que actuó Pedro Soler, como ponente<sup>64</sup>. Si la cosa no hubiera sido espoliada, los intereses hubieran sido percibidos por el propietario de aquélla, que los hubiera seguido poseyendo. Si el que espolia se ve condenado a pagarlos no experimenta un nuevo gasto como consecuencia del proceso, pues lo que abona nunca le correspondió.

Al lado de estos gastos de desplazamiento y gastos derivados de actuaciones procesales, que integran los gastos de resarcimiento del injustamente perjudicado por el proceso, se encuentran las penas procesales, es decir, las sanciones que el órgano judicial impone a aquellos litigantes que entorpecen más o menos deliberadamente la administración de justicia. Tampoco éstas se incluyen dentro de un concepto estricto, y así puede verse en el fuero de Molina de Aragón, donde la cantidad a pechar al Conde por intentar que una causa fallada se vea otra vez no está incluida en las expensas<sup>65</sup>, pero en sentido lato son gastos procesales, originados por las partes por la exclusiva presencia del proceso, sin el cual no hubieran nacido. Históricamente, como se expondrá más adelante, estas penas suelen ir unidas, casi componiendo un todo, con los daños de resarcimiento del injustamente perjudicado. Conceptualmente, es

---

64. RIPOLL, op. cit., núms. 25-26.

65. *El Fuero de Molina de Aragón*, publicado por Miguel SANCHO IZQUIERDO, Madrid, 1916, cap. 22: "Qui ouiere juyzio antel Conde et despues otra vegada fuere con aquel juyzio ante el Conde, peche cinco maravedís et las espesas".

obligada su distinción, en cuanto los citados daños van destinados a la parte contraria, y tiene, por decirlo así, un destino privado, en tanto lo que aquí se denomina pena procesal es pagado al órgano judicial o ejecutor que lo impone, y tiene, dentro del lenguaje citado, un destino público.

Finalmente, dentro del plano del Derecho histórico, es difícil, aunque no imposible, proyectar la diferenciación que, según el Cardenal Miguel Lega, existe entre expensas y tasas judiciales<sup>66</sup>. Algunas de éstas pueden ser excluidas de los gastos procesales en un sentido estricto, si se tiene en cuenta que hay "sportulae" debidas por funciones realizadas por los distintos oficiales, a cuyo pago está obligada la parte que las encomienda, con independencia del resultado final del proceso. Actualmente, se considera que cuando una de las partes realiza gastos innecesarios o desproporcionados en relación al fin perseguido, no deben ser soportados por la parte contraria aunque resulte vencida y condenada. En último término es aplicable a esto lo dicho anteriormente sobre aquellos gastos que no se aprecian jurídicamente, esto es, que el Derecho no se cuida de imputarlos a alguien para soportarlos económicamente. No obstante, en el presente trabajo no se mantendrá esa diferencia que, históricamente, no ofrece demasiada importancia, sino que, por el contrario, se utilizará incluso la palabra tasa judicial para expresar el gasto procesal consistente en la remuneración del órgano judicial.

## II. EXTENSION, COMPUTO Y DETERMINACION

### 1. LA EXTENSIÓN

Como ha podido deducirse de lo expuesto, el elemento determinante del concepto del gasto procesal, no de su naturaleza, lo es la extensión del mismo, es decir, que es lo que se ha de entender incluido en él. Estudiándose un período determinado puede suceder que sólo se precise considerar la mínima extensión, por predominar en él el concepto estricto. Estudiándose a través de todo el derecho histórico es obligado atender a todo lo que puede

---

66. Cardenal LEGA, *op. cit.*, págs. 51-52.



integrarse bajo un concepto amplio, lo que significa examinar: A) la retribución del órgano judicial; B) la retribución del órgano burocrático; C) la retribución del órgano ejecutor; D) la retribución de la representación y defensa de las partes; E) el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso; F) las penas procesales, y G) los gastos diversos que no puedan incluirse en los apartados anteriores. De todos ellos, aunque no siempre sea el más trascendente, parece lógico comenzar por el estudio de la retribución del órgano judicial, declarativo o resolutorio, en cuanto se encuentra en la cúspide del proceso.

#### *A. La retribución del órgano judicial*

La retribución del órgano judicial, desde el punto de vista del gasto procesal, se traduce en la tasa judicial, término también aplicable a la retribución de los órganos burocrático y ejecutor, aunque en sentido más lato. El término "tasa" no está aquí empleado en el sentido de limitación, aunque normalmente implique también este fenómeno, sino en el hacendístico de remuneración de la actuación del órgano público por el particular a quien interesa esa actuación. Si no existe la tasa, la retribución del órgano judicial no da lugar a un gasto procesal, y así sucede en algunos períodos. La remuneración se efectuará por el Rey, por el Señor, por los súbditos, por los contribuyentes, etc., y, de no ser ejercida la justicia gratuitamente, da lugar a un gasto, pero que no tiene la condición de procesal por no ser soportado por ninguna de las partes del proceso en forma directa. Puede hablarse, entonces, de gasto judicial, pero no de gasto procesal.

Por su parte, la tasa judicial puede ser: *a)* indeterminada; *b)* fija, y *c)* proporcional. Aunque la prohibición de la percepción de la tasa judicial tiende a anularla, no debe pasarse por alto su estudio, pues los aspectos negativos perfilan como los aspectos positivos. En último término, la prohibición de la tasa judicial está mucho más cerca de ésta que la simple ausencia de tasa judicial.

##### *a) La tasa judicial indeterminada*

La tasa judicial indeterminada significa la sumisión de su determinación al arbitrio judicial. En principio, hay que admitir que

como todo sistema tiene sus ventajas e inconvenientes, pero que son más éstos que aquéllos. Para que el sistema sea ventajoso tiene que contarse con un órgano judicial dotado de un altísimo concepto de la responsabilidad. Si aquél es así, el sistema es ventajoso, porque puede corregir la iniquidad de la equidad, esto es, las desigualdades que arrastra la rigidez de unos aranceles. Como a un órgano humano no es posible exigirle demasiadas virtudes, el sistema se ofrece defectuoso, y por ello no es frecuente.

Dentro de los ordenamientos históricos de la Península Ibérica, únicamente parece haber sido el visigodo el que lo ha utilizado. En otros momentos, como la Alta Edad Media, por ejemplo, ha podido ofrecerse también, pero como abuso, contra el que se han dictado precisamente las prohibiciones de tasas judiciales o las fijaciones de aranceles. Sólo en el ordenamiento visigodo, por otra parte, en forma brumosa como tantos otros aspectos del derecho, parece que ha tenido consideración legal.

La consideración legal de la tasa judicial indeterminada en el ordenamiento visigodo parece deducirse de la conocida Ley de Teudis, del año 546<sup>67</sup>, y de un texto del "Liber Iudiciorum"<sup>68</sup>. Las

---

67. Vid. *Lex Theudi Regis de litium expensis et commodis iudicum et executorum inserta Codici Theodosiano Lib. IX tit. XVI*, en *Monumenta Germania Historica. Leges Visigothorum*, a cargo de Carlos ZEUMER, Hannover-Leipzig, 1902, págs. 467-469.

En el "Proemio. IV. De lege theudiana", págs. XVIII-XXIV, y, más concretamente, pág. XIX, de la publicación de la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Legis Romanae Wisigothorum. Fragmenta ex Codice Palimpsesto Sanctae Legionensis Ecclesiae*, Madrid, 1896, se da como fecha de promulgación la de 24 de noviembre del año 545, habiendo intervenido en este prefacio las relevantes figuras de Aureliano Fernández Guerra, Francisco de Cárdenas, Fidel Fita y Colomer, Manuel Danvila y Collado, Juan de Dios Rada y Delgado, Marcelino Menéndez y Pelayo, y Eduardo Hinojosa y Naveros. Esto es confirmación de lo manifestado por Francisco de CÁRDENAS, en *Noticia de una ley de Teudis desconocida, recientemente descubierta en un palimpsesto de la Catedral de León*, *Boletín de la Real Academia de la Historia* (en adelante: *Bol. de la R. A. H.*), tomo XIV, junio 1889 (págs. 473-491), pág. 476, y de lo manifestado también por Fidel Fita en una carta a Cárdenas, que éste publica como apéndice en el trabajo últimamente citado, pero con la diferencia de que en éstos se dice año 546, que parece ser la data segura, recogida por TORRES LÓPEZ en la *Historia de España*, dirigida por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, Espasa Calpe, tomo III,

dificultades para la interpretación son muchas, derivadas: a) del carácter fragmentario de la Ley de Teudis en su primera parte, que es donde se debate la cuestión relativa al órgano judicial, y b) de que el texto del “*Liber Judiciorum*” aparece como ley enmendada.

La Ley de Teudis parece reflejar un momento de gastos desproporcionados para los litigantes, siendo el único caso conocido de que un monarca visigodo ordene la inserción de una disposición aislada suya en una recopilación que no le es debida a él, como el Breviario de Alarico, sin que, por otra parte, parezca posible albergar dudas sobre el fenómeno denunciado y el remedio aplicado afecta a todos los componentes étnicos y políticos de la Monarquía visigoda, es decir, a visigodos y a hispanorromanos<sup>69</sup>. Los indicados gastos desproporcionados conducen al hundimiento de una parte de ellos<sup>70</sup>, entre los que se comprenderían, probablemente, algunos de los triunfadores en la litis, máxime si se tiene en cuenta el sistema subjetivo de distribución del gasto procesal entre los visigodos, que más tarde se detallará.

Una de las causas de estos gastos desproporcionados se encuentra en la estimación arbitraria de los mismos, por lo que Teudis tiene que advertir que esa estimación no puede realizarse por él

---

Madrid, 1940, págs. 94, aunque, seguramente por error de imprenta, se dice 548 en la pág. 256 de la misma obra. El manuscrito fue descubierto por D. Juan Eloy Díaz Jiménez y D. Rodolfo Baer.

68. *Liber Iudiciorum* (en adelante, *Lib. Iud.*), II, 1, 26.

69. “*Flavius Theudis rex... universis rectoribus et iudicibus... Cognovimus provinciales adque universos populos nostros...*”. La territorialidad de esta ley ha constituido uno de los argumentos más sólidos del Profesor García-Gallo a favor de la vigencia del Breviario de Alarico. Tan reconocida es la indicada territorialidad que en el citado proemio de la edición del Breviario por la Real Academia de la Historia, pág. XXI, se supone que la ley se agregó también al Código de Eurico, puesto que aquélla se ordena para todos los jueces, también los visigodos que conocían todas las causas, tanto de romanos como de visigodos.

70. “*Cognovimus provinciales adque universos populos nostros... litium sumptibus vel expensis... contritos qui se vim talibus in... sponte sua non feratur in preceps. Cog. audi principibus... ferum faciat largitor tamen... possessionis malum nostri... et pro ea re temporibus comprehensos... mus periturus obcubat...*”



libre arbitrio, sino mediante el examen razonado de la norma<sup>71</sup>. Es decir, Teudis viene a distinguir entre tasa judicial indeterminada y tasa judicial arbitraria, consagrando así la primera, y sin admitir que la segunda haya podido tener carácter legal en ningún momento. La consagración de la tasa judicial indeterminada aparece clara por el hecho de que a continuación procederá a la fijación de unos aranceles para el elemento ejecutor, es decir, los sayones, sin que esa misma fijación se haga para el órgano judicial<sup>72</sup>.

La otra causa de la desproporción de los gastos se halla en una prestación sobre la que se carece de información, y que es la de unos "sufragii", que complementarían la retribución del órgano judicial. La única senda para presumir su carácter es la que otorga el Concilio de Tarragona del año 516, perspicazmente citado ya por los que prepararon la edición de los fragmentos del palimpsesto leonés del Breviario de Alarico<sup>73</sup>, en el que se ordenaba que ningún obispo o clérigo se atreviera a recibir regalos por la protección dispensada al modo de los jueces seculares, exceptuadas las oblaciones gratuitas en la Iglesia, amenazando con la degradación como si se tratara de prestamistas o usureros, si se probara<sup>74</sup>.

Poniendo en comunicación ambos textos, parece que los "sufragii" han sido regalos ofrecidos por los litigantes a los administradores de la justicia como agradecimiento por su actuación. Aunque haya una lógica tendencia a ver en ello un precio, hay que rechazar, sin embargo, su calificación incondicionada de soborno.

---

71. "... examussim inquire, et ut racionabiliter reddi perpendiritis, veridica extimatione decernite; quoniam iustum est, non pro expontis arbitrio, sed iusta ratiocinantis examine normam sumptuum extimari."

72. Así lo advierte CÁRDENAS, op. cit., pág. 485, al mismo tiempo que dice que las exacciones arbitrarias de los jueces eran frecuentes entre los bárbaros, citando varias leyes (págs. 483-484).

73. Vid. pág. xxii del prólogo citado a la edición del Breviario de Alarico por la R. A. H.

74. "... more saecularium iudicium". Los textos del Concilio de Tarragona pueden verse en *Concilios visigóticos e hispano romanos*, ed. preparada por José VIVES, con colaboración de Tomás MARÍN MARTÍNEZ y Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ, Barcelona-Madrid, págs. 4-5 y 36-37. Vid. también el Concilio de Lérida en págs. 56-57.

como lo hizo en su día Zeumer<sup>75</sup>. Para que exista soborno, el sobornado tiene que prescindir del carácter justo o injusto de la actuación que ofrece o que se le pide y acometerla en base a la cantidad que se le ofrece como precio, y no, en base a ninguna otra consideración. En los "suffragii" estas circunstancias no han debido darse siempre, pues el Juez visigodo, teóricamente, ha debido dictar sentencia sin hacerlo en consideración a los sufragios, como lo prueba el que según el texto de Teudis no han sido pedidos, sino dados, y esos sufragios han debido de ser dados, teóricamente, no para obtener una sentencia favorable, sino una sentencia justa. En este sentido hay que rechazar toda idea contractual, en lo que ésta tiene de vinculante<sup>76</sup>, y pensar más en la ofrenda u oblación, en una época en la que la administración de justicia tiene un cierto carácter patriarcalista, es decir, en la que no se presta como un deber, sino se otorga como una prebenda. Nuestra sociedad, tan distante de aquélla en todos los aspectos, no puede tampoco escandalizarse, si reflexiona sobre los regalos que se hacen a los funcionarios públicos, desde el modesto guardia encargado de la circulación, al que, como se sabe, se obsequia públicamente por los conductores de vehículos en la Navidad, hasta el alto empleado de un departamento ministerial, al que se obsequia cuando se ha tomado interés en un determinado asunto. En todos estos casos, teóricamente, no se piensa que con el regalo se pague el favor, ni que el interés se haya prestado por aquél o por la presunción de que será hecho, sino que se entiende que es una "atención" o agradecimiento porque el obsequiado ha hecho lo que debía de hacer, sin apartarse del camino recto.

Naturalmente, esto, a su vez, no debe conducir a pensar que el sufragio haya estado bien considerado en el pueblo visigodo, y

---

75. Karl ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, págs. 161-162.

76. Así, la tesis del "contractus suffragii" en el trabajo con este título de José Manuel P. MUÑOZ DE ARRACÓ, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* (1960), vol. IV, núm. 7, págs. 135-147. No me parece acertada la comparación que se hace con la promesa de entrega de oro o bienes para gestionar cosas ante el Emperador, pues aquí hay retribución para una actuación de mediación, mientras que los sufragios de la ley visigoda se perciben por la prestación de un servicio directo.

prueba de ello es que ha tendido a eliminarlo, como también en la actualidad se ha dictado alguna disposición contra los regalos a los funcionarios. Los Concilios, como se ha dicho, han emprendido la lucha contra esos sufragios en la jurisdicción eclesiástica, donde se ha entendido que era equivalente a la usura, en cuanto al grado de reprobación, y se ha continuado por Teudis, en la jurisdicción secular, prohibiendo terminantemente que fuera de la estimación de la tasa judicial con arreglo a las normas de la razón se admitan los sufragios.

En realidad, y bien mirado, la Ley de Teudis no demuestra por sí sola la existencia de tasas judiciales, en el sentido de retribución del órgano judicial, ya que el aludido examen con arreglo a las normas de la razón es aplicable al gasto procesal general. Podría pensarse entonces, y la hipótesis hubiera sido muy aceptable, que el órgano judicial había actuado gratuitamente, como sucederá en otras épocas y se verá más adelante, recibiendo solamente los mencionados sufragios. Lo que conduce a abandonar esa hipótesis y conformarse con la de una tasa judicial determinada por el propio órgano judicial es el segundo de los textos visigodos citados, es decir, el del "Liber Iudiciorum".

Según el citado texto, el Rey manifiesta haber conocido muchos jueces que, por codicia, intentaban tomar la tercera parte de la cuantía de las causas, por lo que con esa ley aparta esa codicia estableciendo que ningún juez intente aceptar por su trabajo y causa juzgada más de un sueldo por cada veinte, según lo establecido en ley anterior, perdiendo todo lo que debiera tener legítimamente, si por fraude intentara tomar más de la cantidad aludida, pagando el duplo a aquél de quien lo tomara <sup>77</sup>. Como Chindasvinto, y Ervigio después, condicionan la restitución de la cosa al previo pago de

---

77. "Cognovimus multos iudices eo, quod, per cupiditatis occasionem supergredientes legum ordinem, ex causis sibi tertiam presumant tollere partem. Propterea nunc presenti lege constituitur, ut hec talis iudicum cupiditas auferatur et non amplius iudex pro labore suo et iudicata causa hac legitime deliberata, quam sicut constitutum fuerat in lege priori, vicensimum solidum presumat accipere. Quod si quacumque fraude quisquam super hunc numerum plus auferre temptaverit, omnia, que legitime debuerat accipere, perdat. Illut vero, quod iniuste contra huius legis ordinem super vicensimum solidum tulerit, duplum illi exsolvat, cui hoc auferri precepit..."



los gastos del juez y del sayón<sup>78</sup>, no hay duda de que el juez no ha ejercido su cargo gratuitamente, sino que ha percibido sus derechos.

Como puede verse, la disposición de Chindasvinto no desmiente, sino que confirma, el sistema de tasa judicial indeterminada, y no para el período anterior, sino para el posterior, pues la disposición no reprueba el arbitrio judicial, sino que lo limita, de forma que el juez puede determinar lo que le corresponde, sin poder superar una determinada proporción.

La determinación del sistema visigodo ofrece dos problemas que, por el momento, son insolubles, no pudiendo sino emitirse conjeturas. Estos problemas son: *a*) la génesis del precepto del "Liber". y *b*) la desproporción entre el abuso judicial y el máximo preceptivo.

El texto del "Liber" está atribuido a Chindasvinto, pero con la condición de ley "enmendada", lo que inmediatamente lleva a pensar que aquel monarca haya corregido una ley procedente del Código de Eurico o del Código de Leovigildo. Sin embargo, un análisis del mismo no conduce a estas atribuciones.

El texto no parece del Código de Eurico, pues el lenguaje no es el de este monarca, si se tiene en cuenta, por ejemplo, la existencia de un exordio o justificación del precepto. Además, todo parece indicar que Teudis ha sido el primer monarca que ha reaccionado contra el arbitrio judicial como situación de hecho y contra la recepción de sufragios, por lo que el pago del duplo por parte del juez que toma más de los derechos que le son debidos no parece que pueda imputarse a Eurico como monarca anterior a Teudis, máxime si se considera que Eurico no parece muy riguroso con el verdadero soborno judicial, que es la figura contenida en la "antiqua" II, 1, 21<sup>79</sup>.

El texto no parece ser del Código de Leovigildo, pues en cuanto a la fijación de una tasa para los jueces se refiere ya a una ley anterior a él, cuando, sin embargo, la Ley de Teudis no puede ser esa anterior, al no señalar la tasa, ni puede pensarse en una

---

78. "... Quam datam commodi summan ex lege tam iudex quam saio de restitute rei conpositione conquirat...".

79. ZEUMER la considera de Eurico, en op. cit., pág. 160.

ley de un monarca situado entre Teudis y Leovigildo, demasiado reciente para que este último monarca hubiera podido escandalizarse de su incumplimiento.

No siendo de Eurico ni de Leovigildo, la ley parece que tiene que ser forzosamente de Chindasvinto. La estructura de la ley, larga, con exordio o justificación de la parte dispositiva, abona esta teoría, y, si acaso, la única dificultad que existe en este aspecto es la brevedad o simplicidad del exordio. El que se exija rigurosamente no superar determinados límites de cuantía está de acorde con la legislación de Chindasvinto, si se recuerda la tendencia de su obra legislativa y la de su hijo en derecho de familia y sucesiones. La alusión a una ley anterior, que para la atribución a Leovigildo es un grave inconveniente, no lo es para Chindasvinto, pues esa ley anterior sí que puede haber sido de Leovigildo, como así lo creyó Zeumer. Finalmente, el único inconveniente serio que se ofrece, y que es el de la condición de ley "enmendada", puede salvarse si se considera que las leyes "Quoniam" y "Pragma", a las que se tiene por promulgadoras de las redacciones recesvindiciana y ervigiana del "Liber", denominan "enmendadas", al parecer, a todas las que componen éste, o, quizá, en un sentido más estricto, a las que ellos mismos han tenido que corregir<sup>80</sup>.

Naturalmente, si difícil es conjeturar la génesis del precepto en cuanto a su conjunto, más lo es todavía en cuanto a sus detalles. Salvo el señalamiento del máximo de los derechos del juez, que está asignado en la ley anterior, cualquier otra de las partes de la ley ha podido ser enmendada o corregida. No es fácil que lo haya sido el tanto por ciento del órgano ejecutor, que guarda cierta proporción con el del órgano judicial, por lo que ha podido serlo la redacción, quizá, abreviando el exordio, que en Chindasvinto sería más largo, y la última parte, en cuanto será objeto de nuevas enmiendas o correcciones en la redacción "vulgata".

El segundo de los dos problemas que ofrece el texto es el de la desproporción existente entre lo que se considera abuso, es decir, la percepción de la tercera parte de lo demandado, y el máximo preceptivo, que es la vigésima parte, pues no es probable que nin-

---

80. *Lib. Iud.* II, 1, 5 y II, 1, 1: "De tempore, quod debeant leges emendate valere".

gún legislador se atreva a enfrentarse con lo que más o menos ilícitamente es una realidad. Para paliar esta desproporción, y en tanto no pueda conjeturarse algo mejor, debe suponerse que esa tercera parte pretendida por los jueces no ha debido ser destinada exclusivamente a la satisfacción de sus derechos, sino también los del órgano ejecutor, al menos. En ese caso, frente a un treinta y tres por ciento como abuso contra el que reacciona Chindasvinto, lo que se ha permitido, de conformidad con los límites que en otro tiempo señalaría Leovigildo, es un quince por ciento, descompuesto en un cinco por ciento para el órgano judicial y un diez por ciento para el órgano ejecutor. Puede concebirse que el legislador reduzca los ingresos a la mitad, pero no puede concebirse que los reduzca casi a la séptima parte.

Una última observación cabe hacer sobre este régimen de tasa judicial indeterminada del pueblo visigodo, y es la existencia de un límite máximo antes de la supuesta disposición de Leovigildo, recogida por Chindasvinto, concretamente, en la ley repetidamente citada de Teudis. Zeumer ya lo vio así, siendo lamentable que su visión fuera empañada siempre por la idea de soborno. Declarar que la ley de Teudis permitía cierto soborno en los jueces hasta la cuantía del litigio, al mismo tiempo que afirmar que Leovigildo atenuaba la sanción para los jueces en el cohecho<sup>81</sup>, resulta contradictorio. Hay que insistir en que los sufragios no se consideraban soborno hasta su prohibición expresa por Teudis, y hay que evitar la idea de que aquél haya permitido sufragios o cualquier otra clase de ese supuesto soborno hasta la cuantía del litigio. Lo que Teudis permite es que los gastos del litigio puedan ascender hasta la cuantía del mismo<sup>82</sup>, pero entendiendo como gastos los totales del proceso, de los que la tasa judicial es una parte, y, precisamente, prohíbe entonces los sufragios que pueden significar el que los gastos totales excedan de la cuantía del litigio, dándose, entonces, la circunstancia anómala de que lo que se conceda en la sentencia sea menor de lo que se pidió en la demanda<sup>83</sup>.

---

81. Vid. loc. cit. en nota 75.

82. "...Quod si intra modum dicta causa extimata non fuerit, saltem ad coequationem petita veniant facultatis...".

83. "...Tunc enim redempta non creditur fuisse iustitia, quandoque minor sunt commoda quam petita facultas...".



## b) La tasa judicial fija

La tasa judicial fija, es decir, aquella consistente en una cantidad determinada e inamovible, es casi inexistente. Cuando se ofrece obedece a tratarse de un ordenamiento primitivo, o a no exigirse por la resolución del litigio, sino por una actividad que pueda facilitar aquélla. Al primer caso responden los ordenamientos de Sepúlveda, Belorado, Navarra, etc., y al segundo, el de Jaca.

En la confirmación y adición del Fuero de Sepúlveda por Alfonso VI, en el año 1076, se prevé que el juez recorra anualmente las distintas colaciones, recibiendo entonces cinco sueldos por cada homicidio<sup>84</sup>. Tiene, como se ve, un carácter como de dieta, en un procedimiento criminal.

Una situación similar es la que ofrece el derecho de Belorado, recogido en el Libro de los Fueros de Castilla. Los alcaldes de esta localidad tienen unos derechos fijos en especie, y como elemento complementario, independientemente de las caloñas de sus paniaguados, etc., tienen también cinco sueldos de los homicidios en los que conocieran<sup>85</sup>.

Unos veinte años después de la confirmación aludida del Fuero de Sepúlveda, algunos conflictos entre judíos y cristianos en materia criminal (homicidios, heridas, etc.) se resuelven a través de la batalla de bastoneros, en la que el vencido, si es judío, paga cincuenta sueldos a la justicia del Rey y cincuenta a su contrincante, en tanto si el vencido es cristiano, paga los cien sueldos a la justicia del Rey<sup>86</sup>. Aunque esta "caloña" no haya de entenderse destinada enteramente al juez, el hecho de que en su totalidad sea

---

84. "... et de cada homicidio accipiat V. sólidos". Vid. *F.º de Sepúlveda* en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 281-286.

85. Vid. *Libro de los Fueros de Castilla*, publ. por Galo SÁNCHEZ. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. Barcelona, 1924, cap. 43: "Et de cada omesidio que ellos apreçieren o testiguaren, çinco sueldos cada uno...".

86. "... et tamen si fuerit suus bastonarius de illo Judaeo venzutus per ipsam calumniam, quam demandaverit ad ipse. Christiano pariat sueldos L. ad partem Regis, et alios L. illi cui demandaverit ipsam calumniam. Si autem ipse Christianus, aut bastonarius llius fuerit venzutus, in ipsa vice pro ipsa voce pariat totam calumniam ad partem Regis". Vid. *Karta inter Christianos et Judaeos de foros illorum*, en MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 89-95.

cantidad fija, hace suponer que las partes distribuidas de la misma han debido tener también carácter fijo.

Por lo que se refiere a Navarra, la tasa judicial fija se ha calculado en especie, bien por superar los cambios de valor de la moneda, bien por tratarse, y esto es lo más fácil, de una economía casi natural. En los pleitos entre villanos de realengo, efectuada la pesquisa y tomado el correspondiente "ferme", el vencido ha debido pagar un cañiz de trigo al alcalde y al merino<sup>87</sup>.

En cuanto a Jaca, como se ha indicado anteriormente, el supuesto es distinto, en cuanto la cantidad fija está establecida para actividades que no son la resolutoria. Es el caso, por ejemplo, de que la parte a quien se ha prescrito llevar el hierro en la ordalía del hierro caliente no quiera o no puede tener un hombre que lo lleve en el plazo de diez días, en cuyo caso debe dar diez sueldos al alcalde, que le puede dar una prórroga de diez días mediante la entrega de otros diez sueldos, de los que el alcalde recibe cuatro sueldos, en tanto que el señor recibe tres sueldos y cuatro dineros, y el reptado, tres sueldos cuatro dineros<sup>88</sup>. Aparte de esto, el sistema de Jaca ha de ser incluido en el sistema de tasa judicial proporcional.

### c) La tasa judicial proporcional

De estar autorizada la tasa judicial, el sistema proporcional es el más perfecto y, en consecuencia, el más frecuente. Es el más perfecto en cuanto responde a deseos de equidad, puesto que si bien el trabajo del juez puede ser el mismo en una cuestión de cuantía elevada que en una cuestión inferior, independientemente de que no suele ser así, es indudable que la trascendencia que para los litigantes tiene la resolución es distinta desde el punto absoluto, ya que desde el punto de vista relativo esto puede fallar algunas veces. Todo el mundo encuentra lógico que el que ha litigado sobre ciento pierda más que el que ha litigado sobre diez, pese a que el

---

87. "... et pague un cañiz de trigo al alcalde, et al merino por lo que es vencido, et el que tiene dreyto non deve pagar trigo ninguno". Vid. *Fuero General de Navarra*, ed. Pablo ILARREGUI y Segundo LAPUERTA. Pamplona, 1869, lib. II, tit. V, cap. X.

88. *F. de Jaca*, cap. 348.

juez haya trabajado más en el segundo caso, o que diez represente para el segundo litigante más que cien para el primero.

El sistema puede presentarse en forma variada, dado que por ser proporcional puede variar el objeto y la cuota o cuantía de la proporción. Ante todo hay que diferenciar el proceso penal del proceso civil, pues en el primero la proporción se establece sobre la cuantía de la pena o valoración económica de la misma, mientras en el segundo se establece sobre la cuantía discutida en el proceso. Dada la prelación en el tiempo del proceso criminal, la proporción sobre la pena es general en los primeros siglos de la Reconquista, más concretamente, sobre la técnicamente denominada "calumnia"<sup>89</sup>. El otro tipo de proporción se encuentra en épocas posteriores, siglo XIV en adelante, en Cataluña o en Navarra, por ejemplo.

Aparte de esa diferenciación fundamental, existe la también citada de la variedad de cuotas, que en relación a la "calumnia" va desde la novena parte hasta la mitad o el todo, en tanto cuando se trata del proceso civil, computable sobre la cuantía del litigio, lo más frecuente es la confección de verdaderas escalas o aranceles, en los que la cuota alícuota se sustituye por cantidades fijas de tasa judicial exigibles por períodos o partes más o menos amplias de cuantía litigiosa.

a') Sistema de la novena parte. Este sistema puede ser antiguo en nuestro Derecho si tiene razón Alvaro d'Ors al suponerlo en el Código de Eurico, como existe en la Ley de los Bávares<sup>90</sup>. Sin embargo, esto no parece muy probable, y sólo está asentado en el conocido influjo del primero sobre la segunda, argumento flojo, si se tiene en cuenta que ese influjo no ha sido demasiado fuerte como para que en la cuestión del soborno el Código

---

89. Según PORTOLÉS, op. cit., pág. 296, se llama "calonia" porque se impone, no por el crimen ciertamente y probado concluyentemente, sino por la presunción del crimen, inducido de conjeturas, pues se impone al contumaz en presentarse al juicio, e igualmente porque se impone antes de la condena de muerte, por la sola "calumniae praesumptionem", que el Juez puede concebir rectamente contra el que huye, o rehusa responder de la acusación de homicidio.

90. Alvaro d'ORS, *Estudios visigóticos. II. El Código de Eurico*. Edición. Palingenesia, Indices. C.S. I.C. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1960.



de Eurico haya prescrito la devolución del tanto, mientras la Ley de los Bávamos ha prescrito la devolución del duplo<sup>91</sup>. Menos puede admitirse la afirmación del referido profesor al opinar que la Ley de Teudis aumentó notablemente esa proporción, puesto que este monarca visigodo legisló, por el contrario, en sentido restrictivo. El error está en creer que Teudis autorizó una tasa judicial equivalente a la cuantía del litigio, cuando lo que hizo es limitar a esa cuantía la totalidad de los gastos procesales y prohibir los sufragios. No parece muy adecuado pensar que un monarca que legisla como consecuencia de las perturbaciones que produce la elevada cuantía de los gastos procesales haya permitido todavía su elevación.

El sistema aparece vigente en una serie de fueros importantes que cristalizan en los siglos XII y XIII, dentro de lo que hoy denominaríamos proceso criminal. Ahora bien, dentro de éste se manifiesta en diversas formas: *a)* ligado a una ordalía; *b)* para todos los delitos, o, al menos, los más importantes, y *c)* limitado a un tipo de delito.

Al grupo primero pertenecen textos tan alejados entre sí desde el punto de vista actual de agrupación de fueros, como Jaca, Salamanca y Cuenca. En Jaca, y al practicarse la ordalía del hierro caliente en villa de frailes u otros barones o religiosos, la justicia que pronuncie el fallo en cuyo poder se firme la batalla, debe tener las novenas<sup>92</sup>. En Cuenca, el convicto de hurto o latrocinio es despenado, pero en el no convicto se distingue según la cuantía de forma que si el hurto es superior a veinte mencales el sospechoso ha de jurar con doce vecinos para exonerarse o jurar con uno solo responder a riepto, en cuyo caso si es vencido paga el doble de la demanda, y las novenas a la justicia real<sup>93</sup>. En Salamanca, las dos ordalías descritas como aisladas en Jaca y Cuenca, aparecer uni-

---

91. Vid. loc. cit. en nota 75.

92. "Si algun leua ferr calt en uila de frayres o daltres barons o religios la iusticia qui dara lo iudizi en cuy poder sera fermada la bataylla deu auer las nouenas". *F. de Jaca*, cap. 137.

93. "... Si pugnaverit, et uictus fuerit, pectet petitionem duplata, et palacio nouenas". *Fuero de Cuenca*, ed. crítica con introducción, notas y apéndice por Rafael de UREÑA Y SMENJAUD, Madrid, 1935, XI, 17.

das, de forma que se proclama el derecho del juez a llevar novenas por el hombre que lidia y cae y por el que lleva el hierro y se quemaba<sup>94</sup>.

En el segundo grupo, es decir, en el de los ordenamientos donde las novenas aparecen más generalizadas, puede citarse a Logroño y a Miranda de Ebro. En éste, dado por Alfonso VI en 1099, todos los homicidios y calumnias se dividen en dos partes, de las que una es de la Cámara del Rey y la otra se subdivide de forma que los alcaldes tienen la novena parte, subdividiéndose aún el resto entre el señor que tiene la villa en nombre del Rey, el perjudicado por el delito y los pobladores para las obras del puente y muro de la villa<sup>95</sup>. En el de Logroño, del mismo monarca y cuatro años anterior, se prohíbe a los alcaldes el tomar la novena del poblador perjudicado, pero es el señor de la villa el que lo satisface a aquéllos, como también satisface al sayón su derecho<sup>96</sup>. Junto a éstos puede colocarse por el fondo, aunque no por forma, a Teruel, pues al juez se le debe allí la novena parte de las "colonias" correspondientes a homicidios, heridas con armas prohibidas, mujer corrompida o forzada, encerramiento en alguna casa, casa quebrantada, movimiento de concejo o mercado, sacar armas prohibidas en mercado o concejo, bando, reptamiento de juez, alcaldes o escribano, asalto en yermo o en poblado, etc.<sup>97</sup>.

En el tercer grupo se encuentra el Código de Huesca, el Libro

94. *Fuero de Salamanca*, par. 277, en Américo CASTRO y Federico de ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes*, Madrid, 1916.

95. "Et omnium istorum homicidiorum, et calumniarum, medietas sit remissa pro Camara Regis, et alia medietas dividatur, sic ut alcaldes habeant novenam partem, et de residuo habeat tertiam partem dominus qui mandaverit villam sub Regia potestate, et aliam tertiam partem habeat qui injuriam aut damnum recepit, et aliam tertiam partem habeant populatores pro opere ponte et muris villae". *Fuero de Miranda de Ebro* en MUÑOZ ROMERO, op. cit., (páginas 344-353), pág. 351.

96. "Et alcaldes, qui fuerint in ipsa villa non accipiant novena de ullus populator, qui calupniam fecerit; similiter saione non accipiant inde, nisi senior qui fuerit de ipsa villa, ipsi eis paget de novena, et de arentago". Loc. cit. en nota 53.

97. "...Mas es assaber que todas estas colonias, sacado el noueno del iúdez, deuen seer partidas en tres partes; zo es assaber la primera part al querelloso, et la segunda part a palacio, e la tercera part al conceio...". *El Fuero de Teruel*, publ. por Max GOROSCH, Estocolmo, 1950, cap. 54.



de los Fueros de Castilla, y también los que se han citado en el primero. La diferencia está en que en el Código de Huesca está referido al homicidio<sup>98</sup>, mientras en los demás lo está al hurto, concretamente al de ganado en el Libro de los Fueros<sup>99</sup>; al no convicto, en Cuenca<sup>100</sup>, y al sometido a la ordalía del hierro caliente, en Jaca, en lugares de señorío, pues si lo es en lugares del Rey, las novenas son para el dueño de la cosa hurtada<sup>101</sup>.

En relación con estas novenas hay que hacer algunas observaciones. En primer lugar, sufren en algunas ocasiones deducciones, como ocurre en Teruel, donde el juez está obligado a dar anualmente a su colación el diezmo de su soldada<sup>102</sup>. En segundo lugar, que no siempre que esta retribución está referida a un delito ha debido limitarse al mismo, debiendo tener presente la génesis de estos textos. Lo que quiere decir es que en un momento dado ha existido interés por señalar esa proporción en ese delito, bien porque fuera el más importante y el más frecuente, bien porque exis-

---

98. Vid. el *Código de Huesca* en TILANDER, op. cit., lib. VIII, cap. 323, que lleva por rúbrica: "Como deue ser partida la calonia". Dice que toda "calonia" de homicidio debe ser del Rey, sacada lo novena parte de la justicia y sacados los "arienços, ço es de XII dineros tres meallas, que deuen seer dadas a los sayones". En los casos en que se dan sesenta sueldos de "calonia", si el demandante es infanzón, debe tener cuarenta sueldos, y el señor de la villa que le obligó, veinte sueldos. Si el demandante es de servicio o de señal del Rey, tiene veinte sueldos, y el señor de la villa, cuarenta. En cualquier caso, "deuen auer la nouena part la iusticia, e los sayones los arienços".

99. "... Et sy comprar çinco cabeças o dende arriba con auctor o las compró antes dos omnes buennos e le fueren demandadas e non pudier dar auctor, que sea quito del furto et quelas peche con sus nouenas... Et si non compró el ganado ante dos omnes buennos, deue pechar el ganado con sus nouenas e seer quito del furto...". *Libro de los Fueros de Castilla*, cap. 11.

100. Vid. nota 93.

101. Vid. nota 92. Recuérdese que no tratándose de villa de frailes, barones o religiosos, la justicia lleva una cantidad fija, según se indicó en la nota 51.

102. "...Empero, assaber es que el iúdez de Teruel deue dar a su collacion cada anno el diezmo de su soldada...". *Fuero de Teruel*, cap. 70. Esto mismo han de hacer escribanos y almotacaf; "...Et otrosi, el escriuano e los alcaldes cada uno por fuero dé el diezmo a su collación, et el almotacaf X sueldos a la collacion dont fuere el iudgado, segunt el fuero". Esto podía ser dados los buenos sueldos de unos y otros, pues el juez gana mil sueldos (capítulo 69); el escribano, cien sueldos (cap. 89) y el sayón, sólo sesenta (cap. 132).



tiera alguna duda. El sistema de acarreo, tan frecuente en los fueros, ha llevado a éstos el precepto aislado, dando también la impresión de ser aislada la referida cuota. En tercer lugar, hay que tener en cuenta que el señalamiento de esta cuota ha estado determinado por la existencia de más o menos coparticipantes en la "caloña", como Rey, señor, perjudicado, etc. Finalmente, hay que hacer notar que cuando ha recaído en materia de hurto se ha acercado a lo que podríamos denominar solución civil, pues no ha recaído tanto sobre la "caloña" como sobre la cuantía de lo hurtado. Esto es lo que sucede en Cuenca, donde de una parte se declara que la "calumnia" del hurto es toda del palacio, y de otra, que por el hurto convicto se paguen las novenas al palacio y el duplo de lo hurtado al perjudicado<sup>103</sup>.

b') Sistema de la séptima parte. Puede citarse como modelo el Fuero de Alcalá de Henares. En el hurto a vecino de la población, tratándose de cuantía de dos maravedíes, se permite salvarse con el juramento de dos vecinos, prescribiéndose para cuantía superior la pesquisa o el cojuramento de seis vecinos, que con el sospechoso hacen siete, obligando al juramento de mancuadra al demandante. En el caso de ser vencido el sospechoso, se le condena a pagar el duplo al demandante y las "setenas" a palacio<sup>104</sup>.

Cabe destacar que la aplicación de estas "setenas" tiene lugar en el caso más corriente de aplicación de las "novenas", como es el del hurto, acompañado, al igual que en Cuenca, del abono del duplo de lo hurtado al perjudicado<sup>105</sup>.

c') Sistema de la cuarta parte. Este sistema se encuentra en Cuenca, alternando con el ya indicado de las novenas. Puede decirse que el sistema de las novenas es el excepcional, aplicable sólo al hurto no convicto, en tanto el sistema de la cuarta parte es el general, aplicable a la generalidad de los delitos. Estos

103. "...Palacii est tota calumpnia furti; quia si quis de furto fuerit conuictus, habet palacio soluere nouenas, et querimonioso furtum duplatum. *Fuero de Cuenca*, I, 21.

104. *Fuero de Alcalá*, cap. 19.

105. Sobre el pago de las novenas al poder público y, en general, lo relativo al delito de hurto, vid. Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo*, Coimbra, 1947.

delitos son homicidio, allanamiento de morada, violencia contra la mujer, propiedad violentada, raptó y lesiones, lesiones con armas, bandas, desafío injusto de jueces, alcaldes o notarios, injuria de los mismos en la curia o actuando en su oficio, prendimiento injusto, quebrantamiento de posesión en despoblado o en cualquier otro sitio y algún otro. De todas las "calumnias" exigibles por estos delitos, una cuarta parte la recibe el querellante; la segunda, el concejo; la tercera, el juez y los alcaldes, y la cuarta, el palacio, o sea, la representación del Rey. En realidad, juez y alcaldes reciben dos cuartas partes, pero sólo una de ellas lo es para su retribución, pues la otra la reciben como componentes del concejo. Queda la duda de algunos hechos, como injurias o reptación que no sea de las citadas, esto es, de juez, alcaldes o notario, en las cuales, desde luego, el palacio no recibe la cuarta parte, pero parece que ello no excluye la cuarta parte de juez y alcaldes. La exclusión del palacio parece tener su fundamento en que se trata de delitos de carácter privado, sin gran trascendencia pública, y en los que es posible que la cuarta parte que en otros llevaba el palacio la llevara el querellante <sup>106</sup>.

Como indudablemente ha de sorprender la gran diferencia que separa las dos cuotas proporcionales aplicadas en el Fuero de Cuenca, esto es, entre la novena y la cuarta parte, hay que volver a insistir en que la base de computación de ambas es muy dife-

---

106. "In quibus calumpniis ius habeat palatium. Palatium non predat quartum nisi de homicidio, et de domi uiolatione, et de muliere ui oppressa. Palacium non recipiat partem nisi de istis calumpniis tantum, cum euenerint, uidelicet de calumpnia homicidii cum dominus domus fuerit interfectus aut vulneratus, uel cum armis prohibitis percussus. In dehonestacione autem, neque in impulsione, neque in reptatione quicquam palacium habet... Habeat etiam partem in calumpnia domine uiolate uel ui oppresse, domini cum armis prohibitis inclusi, domi uiolate, plaga domini, percussione domini, in citacionis fori et concilii et in armorum prohibitorum, si in foro aut in concilio uel in tota ciuitate ad percuciendum fuerint extracta; in percussione domini cum armis, in calumpnia bandi, reptationis iudicis, uel alcaldum, siue notarii, si iniuste fuerint reptati, aut dehonestati in curia existentes, siue extra pro iudicio quod iudicauerint ad portam iudicis, uel alibi, in captione domini iniusta, et in assaltu domini tam in heremo quam alibi. Omnes iste calumpnie diuidantur in quatuor partes, excepta calumpnia furti que tota est palacii. Primam partem accipiat querimoniosus, et de compositione similiter; secundam, concilium; terciam, iudex et alcaldes; quartam palatium. *Fuero de Cuenca*, I; 21.



rente también. La novena parte del Fuero de Cuenca, como la del Libro de los Fueros, y como las "setenas" del Fuero de Alcalá, se entiende sobre la cuantía de lo hurtado, en tanto la cuarta parte recae sobre el importe de la "calumnia" impuesta por los correspondientes delitos. Por otro lado, la diferencia entre la novena y la cuarta parte no se encuentra propiamente en la justicia integrada por juez y alcaldes, sino en los derechos de palacio, como se pudo ver en momento oportuno.

d') Sistema de la tercera parte. Este sistema responde a un reparto de las "calumnias" entre el órgano judicial, el Rey o su representante y el querellante. Recuerda el sistema del Fuero de Cuenca en el que hubiera sido eliminada más veces la parte del concejo, y otras, la del Rey, acumulándola por partes iguales a los otros elementos. Así puede verse en la zona de Medinaceli, Guadalajara y Brihuega, y también en Soria y Zamora. Sin embargo, Soria se aparta de ello en cuanto a limitarlo a un hecho delictivo.

Por lo que se refiere a Zamora, se atribuye a los jueces la tercera parte de las "calumnias" correspondientes a los delitos de rapto, homicidio, hurto, heridas con armas y muerte de hombre, así como en el "homicidio" exigido en los casos de riña tumultuosa, siempre compartiéndolo con el merino y el querellante<sup>107</sup>. En Guadalajara, los alcaldes reciben la tercera parte de las "calonnas" a que, en general, da lugar la presentación de querrela, compartiéndolo con el querellante y concejo<sup>108</sup>, lo mismo que en los casos concretos de homicidio, negativa a dar fiadores delante de alcaldes y jurados, corte de árboles y de viñas y responsabili-

107. "Ede todas estas calonnias hu rancuroso houier, aya el merino ela tercia parte e los yoyzes ela tercia parte, e el rancuso ela tercia; e hu rancuroso non houier parta el merino con los ioyzes por medio." *Fuero de Zamora*, par. 1.

"E deste omezio ("buelta conocida") aya tercia parte el merino del rey, e la otra tercia elos iuyzes, e ela tercia elos parientes del muerto." Id. par. 19.

108. "... e de estas calonnas fagan tres partes: una al rancuroso, otra a los alcaldes e otra al conçejo." *Fuero de Guadalajara*, ed. por Hayward KENISTON, Princeton-Paris, 1924, pág. 19.

109. "Destas calonnas la terçia parte al rencoroso e la terçera al sennor e la terçera al conçejo." Id. cap. 91.



dad del “juguero” o “collaço” a su señor, con la diferencia de que la parte del querellante se atribuya aquí al señor<sup>109</sup>, y en los de mutilaciones, donde el querellante acumula los dos tercios en que en los otros casos pueden corresponder al merino y al concejo<sup>110</sup>. En Brihuega se verifica el compartimento en la forma más normal, es decir, con el titular de la jurisdicción, que en este caso es el arzobispo, y con el querellante, en el caso de homicidio, heridas, detención o deshonra por hombre del palacio<sup>111</sup>, pero siempre percibe su tercera parte, es decir, cuando el delito se comete contra hombre de palacio, pues la diferencia es que entonces el arzobispo se atribuye dos terceras partes<sup>112</sup>. En el supuesto de matarse a vecino, morador o “atemplant”, el fuero prescribe el pago de 107 maravedíes, de los que, deducidos los siete, que son para el arzobispo, los cien restantes se dividen como es normal por tercias entre arzobispo, alcaldes y querellante<sup>113</sup>. Como es natural, lo que

---

110. “... E destas calonnas de los miembros sean las dos partes del quereloso e la tercera de los alcaldes.” Id. cap. 92.

111. “... esta calonna partas por tercios, et sea el un tercio del Arçobispo, et el otro de los Alcaldes, et el otro del querelloso.” *Fuero de Brihuega*, publ. por Juan CATALINA GARCÍA, Madrid, 1887, pág. 126.

112. “... destas calonnas aya el Arçobispo las dos partes, et el querelloso la tercera.” Id. íd.

113. “... e estos viij morabetinos sean del Arçobispo et de los c. morabetinos, sea el un tercio del Arçobispo et el otro de los Alcaldes et el otro del quereloso...” Id. págs. 126-7.

114. Caso del que acoge a hombre extraño que quisiera mal a uno de Salamanca y aquél hiriera o matara a éste, sin que el que le ha acogido pueda demostrar mediante lid que no lo acogió ni salió de su casa cuando hirió o mató, conduce a que peche el coto y salga enemigo: “... e tome el ferido o parientes del muerto el una tercia, e el otra tercia el conceyo, e el otra tercia elos alcaldes.” *F. de Salamanca*, par. 22.

“De calonas”. “Et de ccc soldos e de mil soldos e de D soldos tomen conceyo las dos partes; e el quereloso elos parientes del morto, la tercia. E si ouieren los alcaldes quereloso e calona saccaren, tome el conceyo dos tercias; e el quereloso, la otra tercia.” *F. de Salamanca*, par. 113.

Caso del lego que desafía a clérigo conduce a pechar 300 sueldos: “... la tercia parte al quereloso e la tercia al bispo e la tercia a los alcaldes.” *F. de Salamanca*, par. 312.

“De C. soldos”. “De CCC soldos e de C soldos e de C morauis e de LX soldos e de L soldos prenda conceyo la una tercia e los rancurosos la otra tercia, e alcalldes la otra tercia. Et se ouieren los alcalldes querelloso e

se predica de Zamora puede hacerse en forma similar de Salamanca y de Ledesma <sup>114</sup>. Por lo que se refiere a Medinaceli, está previsto especialmente la distribución por tercias partes entre Rey, querellante y alcaldes para los sesenta sueldos y una meaja de oro con que se sanciona el homicidio <sup>115</sup>, distribuyéndose las demás en forma variable, pero correspondiendo siempre la tercia a los alcaldes.

El Fuero de Soria también utiliza este sistema, aunque aparentemente lo reserva para el caso de detención ilegal <sup>116</sup>.

El sistema de la tercera parte es también el observado en Jaca para el supuesto de "calonia" impuesta a través del procedimiento de batalla, y en combinación con el sistema de cantidad fija, que rige en el de la ordalía del hierro caliente o cuando hay avenencia antes de firmar la batalla. Habiendo "calonia" por el citado procedimiento de batalla, una tercera parte es del rey, la otra es del señor que tiene la villa en nombre del rey y la otra es de la justicia, más los "arienços", de los que se habló en momento oportuno <sup>117</sup>. El Fuero insiste en que todo el que sea justicia por el Rey tiene por fuero la calonia llamada "arienços" de toda batalla que se firme en su poder, tanto de hierro como de otras cosas o de campeones, debiendo, además, tomar el tercio de la "calonia" que correspondiera por la batalla, recordando que para que toda batalla sea firmada en mano de la justicia hay lugar

---

calonia sacaren, prenda el conceyo e los alcaldes las dos partes e el quereloso, la tercia." *F. de Ledesma*, par. 61.

115. "... et una meayla de oro, la tercera part al rey, et la tercera al rencuroso, et la tercera a los alcaldes..." *F. de Medinaceli*, en MUÑOZ ROMERO, op. cit. (págs. 435-443), pág. 435.

116. Por apresar sin juicio o sin derecho se pecha veinte maravedies y si se hace transnochar al apresado cien maravedies por cada noche. "Et desto aya la tercera parte del Rey, & el otro tercio el quereloso, & el otro tercio los alcaldes". *Fuero de Soria*, publ. por Galo SÁNCHEZ, cap. LII.

117. "Com se deu partir calonia de bataylla... e la una deu estar del rey et laltra del seynnor qui ten aquela vuila per honor et laltra sua con los arienços segont for". *F. de Jaca*, cap. 320. Vid. también nota 51.

118. "... prenda per for a ses ops la calonia que es clamada arienços, et deu prendre encara lo terç de la calonia que escat per la bataylla". *F. de Jaca*, cap. 321.

a sesenta sueldos de "calonia" y seis sueldos y seis dineros por "arienços" <sup>118</sup>.

Lugar aparte, por no limitarse a la cuestión penal, sino extenderse a la civil, merece el derecho visigodo, en el que debe recordarse que Chindasvinto constata la costumbre de tomar los jueces codiciosamente la tercera parte, lo que ataja fijando el máximo de un sueldo por cada veinte <sup>119</sup>. El tercio, y en lo civil, se observa también en las Costumbres de Lérida <sup>119 bis</sup>, en las que no debe desdeñarse el influjo visigodo.

e') Sistema de la mitad. Como se recordará, cuando no toda, la parte del Rey se ha llevado la mitad de la "calumnia" originada por raptos, heridas, homicidios, etc., entre cristianos y judíos, y determinada o impuesta a través de la batalla de bastoneros <sup>120</sup>. Casi un siglo antes, en el Concilio de León de 1020, esa parte del Rey, representada por el merino, se lleva la mitad de la "calumnia" por homicidio, en los casos en que siendo el homicida un hombre dependiente de la Iglesia, ésta no pudiera hacer la justicia por sí misma <sup>121</sup>. En el primer caso se trata del ejercicio de la función judicial en propiedad, y en el segundo, de actuación en forma supletoria.

Con carácter penal también aparece este sistema en el Fuero de Soria, aplicado concretamente a un delito contra la administración de justicia, compartiendo con el querellado la sanción impuesta a quien interpone querrela sin razón <sup>122</sup>. Con carácter más civil, pero aún en la misma línea penal, se ofrece en los Fueros de Aragón que caerán en desuso, para el supuesto de negar la existencia de un censo, que después fuera probado, en cuyo caso

119. Vid loc. cit. en nota 68.

119 bis. "De tertia iudici danda. Si quis fuerit nobis debetor aut fideiussor, et in termino nolit paccare, si clamor uenerit ad curiam de illo cogatur totum ei reddere debitum, et tantum de suo proprio curie dare quantum fuerit illius debiti pars tertia". *Costumbres de Lérida*, ed. cit., páginas 21-22.

120. Vid. nota 86.

121. "... dividataque per medium calumniam homicidii". Vid. MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 60-72, cap. V.

122. "Et por que la querella puso tuerta pecha C mr. la meytad aaquel que puso en la querella & la otra meytad a los alcaldes". *F. de Soria*, página 526.



se impone una "calonia" de sesenta sueldos, que es repartida entre el demandante y el Juez <sup>123</sup>.

f) Sistema de escala o arancel. Este es el sistema propio de la tasa judicial en el procedimiento civil cuando es permitida, y que se observa en Cataluña a través del derecho de las constituciones.

Pedro IV, en las Cortes de Perpiñán de 1351 establece que el veguer, baile, Juez ordinario o asesor al que le corresponda recibir salario de decretos perciba tres sueldos por cincuenta libras barcelonesas; cinco sueldos hasta cien libras, y diez sueldos si la cuantía sobrepasa de las cien libras, percibiendo diez sueldos si sobrepasa, y tres sueldos cuando la cuantía es incierta. Asimismo se establece que Juez ordinario, asesor u oficial que conozca de partición o distribución, perciba seis dineros por libra hasta la cuantía de cincuenta libras, y si sobrepasa, tres dineros por libra, sin que en ningún caso el salario pueda exceder de mil sueldos <sup>124</sup>.

El mismo monarca, en cortes de Monzón de 1363, fija en cuatro dineros por libra el salario de vegueres, bailes, etc., en la venta de bienes o distribución por ejecución u otra causa, así como en procesos de paz y tregua, somatén y procesos de grandes cuantías, prohibiendo recibir nada por la declaración, composición, remisión o ejecución. En otros procesos autoriza el salario de ocho dineros por libra hasta la cuantía de diez libras; seis dineros hasta cuantía de cincuenta libras; cuatro dineros por cada libra que exceda, sin que el salario pueda superar cincuenta libras por cada parte. En las mismas cortes impone el límite de dos sueldos en las sentencias condenatorias sobre ventas de censales muertos y violarios hasta de mil sueldos de renta, sin poder percibir nada más cuando exceda <sup>125</sup>.

Fernando I, en cortes de Barcelona de 1413, señala salario de jueces, relatores, árbitros y otros, por cognición, relación o noción, indicando tres dineros por libra en primera instancia y dos dineros por libra en segunda o tercera suplicación o apelación, sin que en ningún caso pueda sobrepasar las setenta y cinco libras en la pri-

123. "... quorum medietas erit petentis, & reliquia Iudicis". *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL y PENÉN, lib. III, pág. 104.

124. *Constitutions*, IV, 8, 4-5.

125. Id. IV, 8, 6-7.

mera instancia, ni las cincuenta libras en la segunda o tercera apelación o suplicación, haciéndose cuatro partes, que corresponden: una, al período de contestación o acto por el que se considerara hecha aquélla; otra, al período de testimonios, y otras dos, al período de sentencia, debiéndose prestar caución en estas últimas <sup>126</sup>.

Según testimonio de Peguera, en virtud de la constitución 24, de Fernando el Católico, en las cortes de Barcelona de 1503, válida tanto para la corte real como para la de los barones, según el capítulo 2 de las cortes de 1599, el salario del Juez o Asesor se fija a razón de real por libra hasta una cuantía de diez libras; a razón de sueldo por libra, hasta la cuantía de cincuenta libras, y a razón de seis dineros por libra cuando la cuantía excede de cincuenta libras, siempre que el salario no exceda a su vez de las setenta libras <sup>127</sup>. Como puede verse, se sigue un sistema de proporción regresiva, esto es, conforme mayor va siendo la cuantía menor va siendo la cuota, sin duda porque se piensa que el trabajo del órgano judicial no aumenta ni aún siquiera la responsabilidad en la forma que ha aumentado la cuantía, cuando, sin embargo, el mínimo de retribución al magistrado ha sido ampliamente asegurado.

Sin embargo, el sistema dejaba paso a una interpretación favorable a la natural codicia de los jueces, que Peguera rechaza, y es la de no exigir la cuota única que correspondiera por la totalidad de la cuantía, sino distintas cuotas por las distintas cuantías en que se podían considerar dividida la cuantía total. Si la causa excedía de cincuenta libras, los jueces exigían diez reales hasta las diez libras; un sueldo por libra desde diez libras hasta las cincuenta, y seis dineros por la suma que excediera de las cincuenta libras. La Audiencia, siempre según el testimonio de Peguera, rechazó esta interpretación, entendiendo que si la cuantía excedía de diez libras no podía pedirse más que sueldo por libra del todo, lo mismo que cuando la cuantía era superior a cincuenta libras, aunque sucediera que de menor cantidad se podía exigir mayor salario, pues cuando se pedían quince libras sólo se podían exigir quince sueldos, y si se pedían sólo diez libras se exigían diez reales, que eran

---

126. Id. IV, 8, 10.

127. PEGUERA, *op. cit.*, rúbr. 30, núm. 2.

veinte sueldos. Desde luego, esta interpretación fallaba en este punto, pero Peguera manifiesta que había que atenerse a ella, máxime cuando las constituciones sobre salarios de los jueces, notarios, escribanos, porteros y otros oficiales de la Audiencia debían observarse en todas las curias ordinarias de los barones del Principado, salvo alguna universidad que tuviera privilegio en contrario, según lo indicado en constitución 24 de Felipe II en cortes de Barcelona de 1564 <sup>128</sup>

El sistema, aunque con alguna imperfección como la apuntada en virtud de una interpretación quizá no acertada, era bastante completo, y se completaba aún más con la determinación de los casos en que no era debido salario, y los casos en que sólo se exigía parte.

Por lo que se refiere a los primeros, se consideraba que no había lugar a exigencia de salario: *a*) cuando la cuantía era menor de cincuenta sueldos; *b*) cuando el deudor confesaba inmediatamente la deuda y pedía tiempo para pagar; *c*) en juicios en que las partes accedían sólo para seguridad del pago, como sucedía frecuentemente con tutores y administradores; *d*) en causas verbales declaradas por el Canciller o el Regente de la Cancillería, a no ser declaraciones en causas de suplicación de provisiones hechas interponer por ellos; *d*) por la provisión de liquidación si fue exaccionada por anterior liquidación, y *e*) por el decreto de ejecución <sup>129</sup>.

Por lo que se refiere a los segundos, sólo se exigía la tercera parte del salario: *a*) tratándose del precio del censal o violario por modo de causa o incidentalmente; *b*) declaraciones de Canciller o Regente de la Cancillería en causas de suplicación de provisiones hechas interponer por ellos; *c*) por provisión de liquidación hecha después de sentencia; *d*) por decreto de ejecución cuando existía contradicción; *e*) en causas de suplicación de provisiones; *f*) en otros incidentes después de sentencia; *g*) en reconvencción, dudándose cuándo tiene lugar por reclamación de dote o esponsalicio, si el tercio lo es por el salario de la cantidad de la dote y esponsalicio o sólo de la cantidad reconvenida, y *h*) en general, por

---

128. Id. id. núm. 3.

129. RIPOLL, op. cit., núms. 106 y 109-113.



todos los intermedios incidentes y emergentes antes de sentencia siempre que se hiciera provisión formal en proceso <sup>130</sup>.

Cuando después de sentencia había contradicción por cualquier provisión se exigía el salario a razón de dos dineros por libra de lo que fuera controvertido <sup>131</sup>, habiendo otros casos en que lo exigido era la tercia de la tercia, es decir, la novena parte, como alguna vez sucedió en provisión de secuestro, siendo ricos los pupilos <sup>132</sup>, y en salario de provisión de tasación de alimentos de pupila <sup>133</sup>.

En extremo interesante es señalar que este sistema es aplicable en materia civil, pero sin que comparta otro en lo criminal, pues los jueces en causas criminales no podían exigir salario, ni tampoco podían hacerlo las Salas de lo Civil cuando entendían en suplicación de sentencias criminales, ni cuando se declaraba duda sobre si una causa era civil o criminal, al igual que tampoco se exigía por la declaración del Canciller en las causas de contenciones eclesiásticas <sup>134</sup>. La exigencia de tasa judicial en lo penal, propio de los primeros siglos de la Reconquista, y la exigencia de tasa judicial en lo civil en las épocas posteriores implica todo una diferenciación de conceptos sobre el papel de la justicia y una organización distinta de las finanzas. La transcendencia pública de la justicia criminal y la posesión de recursos económicos permite

---

130. Id., núms. 107, 112, 114, 116, 125-127. El autor considera muy discutido si por declaración a hacer por la Audiencia para ejecución de sentencia arbitral es debido al salario íntegro o sólo la tercera parte (núm. 83). También deben tenerse en cuenta dos constituciones de Fernando, el Católico en cortes de Barcelona de 1481 y 1493. En la primera se dice que los Jueces toman tercia por cada una de las declaraciones o interlocutorias que dictan y "apres no resta per pagar cosa alguna per la sententia diffinitiva", por lo que se ordena tomar sólo una sentencia. En la segunda, moderando los salarios de los Jueces de reclamos y otros de ejecución de censales o de escrituras de tercio, declara no haber salario si no hay oposición. Vid. *Constitutions*, IV, 8, 11-12.

131. RIPOLL, op. cit. núm. 114.

132. RIPOLL, op. cit., núms. 121-123. Esto, en una sentencia en la que actuó Benito Angllassell como ponente, pues en otra en la que actuó Magarola se exigió tercia.

133. Id. núm. 124. En este sentido hubo provisión de Jerónimo Astor en 1628.

134. Op. cit., núms. 129-131.

que aquélla sea gratuita en un proceso adelantado, mientras que el carácter privatista y la escasez de recursos en un proceso primitivo hace que la carga de la justicia recaiga sobre el propio condenado, y que esa carga sea parte, y a veces no la menos importante, de la sanción. Como se comprenderá, existe una íntima conexión entre pena y gasto procesal, que luego se desligará, dando lugar a conceptos y fundamentaciones distintas del gasto procesal, sobre el que se ha de insistir más adelante.

Naturalmente, la aplicación de estos aranceles da lugar a cuestiones procedimentales derivadas, como son: *a)* momento de petición; *b)* objeto de cómputo; *c)* garantías; *d)* ejecución, y *e)* momento de distribución.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Juez no puede pedir salarios después de publicada la sentencia, si la promulga sin la previa constitución de depósito, ni puede actuar para suplemento <sup>135</sup>.

Por lo que se refiere a la cuestión *b)*, según decreto común y derecho municipal, se considera que el salario de los jueces no se satisface según la cuantía de la condena, sino según la cuantía de la petición en juicio <sup>136</sup>.

En cuanto a la cuestión *c)*, diversas disposiciones regulan las garantías. Según constitución del Príncipe Felipe en las Cortes de Monzón de 1547, para que los salarios de provisiones intermedias no se puedan recibir sino con la sentencia definitiva, se depositan en la banca de la Ciudad, salvo que las partes se concertaran o dejaran la prosecución de la causa por tres años <sup>137</sup>. Otra constitución dada por Felipe II, en cortes de Barcelona de 1564, ordena que el salario de los jueces ordinarios se deposite en depositario o clavario de la ciudad o villa donde se trate de la causa, y en la banca cuando se trate de Perpiñán <sup>138</sup>, lo que complementa Felipe V,

---

135. Op. cit., núm. 86.

136. Op. cit., núm. 63. Vid. también núm. 84, donde se trata el caso especial de la graduación y concurso de causas por distribución y graduación del precio o del dinero entre acreedores, en que es dado al Relator el salario íntegro, tasado, no por la cantidad de lo pedido, sino por la cantidad de lo distribuido.

137. *Constitutions*, IV, 8, 22.

138. *Constitutions*, IV, 8, 25.

en cortes de 1702, disponiendo que por haber banca en casi todos los sitios, los salarios se depositarán en aquélla, y donde no la hubiera, en el depositario o clavario de la ciudad o villa<sup>139</sup>. Si la causa es sobre cosa no estimada, antes de sentencia se deposita el salario al arbitrio del juez o del Relator, o de las dos Salas si es muy difícil, constatando Ripoll no haberse practicado las constituciones 17 y 18, de las que la primera prevenía que habiendo controversia lo arbitrara el Rey<sup>140</sup>.

Garantía importante de recepción lo constituye en Cataluña la retención de sentencia, que el Juez puede disponer hasta que se pague el salario o se deposite, salario que es debido aunque no haya Juez si se pronuncia sentencia<sup>141</sup>.

---

139. Op. cit., IV, 8, 31. Vid. la práctica del depósito de salarios en RIPOLL, op. cit. núms. 87-89. Si el salario a depositar no excede de cincuenta sueldos, la parte los trae en numerario al Receptor y Credencero para esto diputados y residentes en la casa de la Diputación, que la reciben y extienden cédula. Si excede de cincuenta sueldos se deposita en caja común o de depósitos de Barcelona, extendiéndose albarán por el Cajero o Receptor e inscribiéndose el depósito. El albarán dice: "Senyor Micer N. a 9 de Juny 1656. Per N. contra N. son depositadas 2 lliuras per 2 parts. Doctor Bas. Doctor Nin". El depósito, a su vez, dice: "Senyor Micer N. a 9 de Juny 1658. Per N. contra N. son deposadas en la taula setanta sinc lliuras per duas parts. Pro Bas, Bas Prevere. Doct. Francisco Nin". Hecha provisión el proceso es traído por Relator al escribano de la causa para hacerlo intimar y el Relator en albarán de su mano pone nota: "Dividatur pro provisione facta die...".

140. RIPOLL, op. cit. núm. 75. D.<sup>a</sup> Germana, como Lugarteniente General, en cortes de Monzón de 1512, dispone que las causas con cantidad incierta, en la Audiencia sean determinadas sumariamente dentro de los ocho días por el Rey o el Lugarteniente General con consejo de dos juristas elegidos por ellos, que no sean del Real Consejo. Vid. *Constitutions*, IV, 8, 17.

141. RIPOLL, op. cit., núms. 59-62. Por ello, cuando en la Audiencia al tiempo que se pide con cédula "ad sententiam assignari" es depositado el salario, aunque después no se profiera sentencia, es dividida entre los oidores, dada fe por el Conciller o el Regente de la Cancillería, a no ser que el depósito sea ocultado por las partes por un trienio, pues entonces hecha división es dividido el salario entre los Jueces. Igualmente se hace en el tribunal de la Bailía General. Aunque la Audiencia recibe la tercera parte del salario según la const. 3, tít. "de offici de Balle General", Cortiada enseña que el salario se divide en el oficio del Maestre Racional, entre el Abogado del Fisco, el Abogado Patrimonial y los Asesores de la Bailía general.



En cuanto a la cuestión *d*), la doctrina atribuye “rigida executio” para exigir salario en cualquier causa y negocio <sup>142</sup>.

Por lo que se refiere al último punto, el Príncipe Felipe, en cortes de Monzón de 1547 dispone que los salarios depositados para sentencias definitivas no se puedan repartir, sino que los Diputados tengan albarán o certificatoria del Canciller, Vicecanciller o Regente de la Cancillería, y, en su caso, del “portant veus” del Gobernador general <sup>143</sup>. Felipe III, en las cortes de Barcelona de 1599 autoriza a los Doctores del Real Consejo para repartirse un tercio del salario después de votar y declarar la causa, rectificando la petición que se le hacía de que fuera la mitad, quedando el resto hasta después de ser expedidas las ejecutorias <sup>144</sup>. La práctica se encarga de completar detalladamente estas disposiciones <sup>145</sup>.

---

142. Op. cit., núm. 85.

143. *Constitutions*, IV, 8, 21.

144. Op. cit., IV, 8, 28.

145. Vid. RIPOLL, op. cit. núms. 91 a 102, cuyo contenido se da a conocer a continuación.

Los albaranes de salarios del Relator no liberan al Notario, sino que procede la custodia hasta ser finalizada la tercia, y entonces todos los albaranes son entregados al juez que procede al cómputo. Las tercias de todo el año, en que se han de dividir los salarios y pagar 400 ó 500 libras al General son cuatro, a computar del 26 de enero al 26 de abril, del 26 de abril al 26 de julio; de éste al 26 de octubre, y de éste hasta enero.

Si el Relator profiere sentencia definitiva, pone de su mano en el albarán: “sic dividatur pro diffinitiva”, y si hace reserva para mayor deliberación: “sic dividatur pro diffinitiva retenta tertia pro maiori deliberatione” y entrega el albarán con el proceso al escribano de la causa, que va a casa del otro de los Presidentes a publicar la sentencia, y el Presidente reconoce el albarán y lo suscribe para que en un día determinado sea publicado y dividido.

Publicada la sentencia el Presidente guarda el albarán hasta que sea concluida la tercia, y entonces ambos Presidentes entregan todos los albaranes a los que se han de entregar, realizándose el cómputo por algún comerciante o experto y haciéndose comprobación con cada relator, que lleva sus libros particulares. Dos Doctores de la Audiencia, nombrados específicamente, se constituyen personalmente con los Oficiales de la Diputación en la Casa de ésta y allí comprueban los cómputos y los suscriben.

Firmada apoca o recibo por los Doctores, los encargados del Registro general hacen albarán para los Diputados y describen la cantidad perteneciente a cada Doctor de las Salas civiles. Después los Doctores de la Sala 3.<sup>a</sup> cobran

d) La prohibición de la tasa judicial

La prohibición de la tasa judicial puede ser ficticia y verdadera. En el primer caso lo que existe es prohibición de la tasa judicial directa, es decir, recaudada por el propio órgano judicial para sí mismo, que es lo que sucede en el derecho de algunos fueros castellanos cuando entre el titular de la función judicial en su aspecto técnico y el poder del que deriva la jurisdicción se interpone un representante de ésta. Si se recuerda, es el caso de Logroño, donde se prohíbe a los alcaldes percibir de los pobladores las novenas, si bien las ha de satisfacer el señor de la villa, que como es natural, lo hará a su vez de los beneficios obtenidos por la administración de justicia<sup>146</sup>. También el Fuero de Usagre prohíbe a los alcaldes el percibir nada por los juicios<sup>147</sup>, pero el Maestro de la Orden de Santiago por homicidio, forzamiento y mutilación toma cuatro maravedíes y un tercio y tres meajas, lo que es recaudado para él por el juez, con tal rigidez que si no lo recauda lo pecha él<sup>148</sup>. Como se sabe, con frecuencia los frutos de la justicia constituyen uno de los ingresos más preciados para el titular de los señoríos, como puede verse en los fueros otorgados a los burgueses de Sahagún por Alfonso VII y el Abad Don Domingo en 1152, en los que el homicida pecha cien sueldos al Abad, y de éste son las calumnias impuestas al traidor probado y al hurtador conocido en juicio del maiorino y del concejo<sup>149</sup>.

La prohibición verdadera responde a la preocupación porque el juez no dependa económicamente de las partes. Para que la pro-

---

lo que les pertenece, del dinero de la Generalidad, y a los de las otras Salas además del tercio de los salarios ordinarios se les da 400 libras. Los salarios son divididos rehuyendo el altercado o callando por un trienio, por lo que el Relator anota en el albarán: "dividatur, quia partes se concordarunt", o "quia partes tacuerunt per triennium". Muerto algún Doctor, se le da al heredero la tercia aunque muera el primer día de la misma. El recientemente ingresado no entra en la partición de la tercia del día que presta el juramento, aunque sea el primero de ella.

146. Loc. cit. en nota 96.

147. "Los alcaldes per iudizio non reciban precio ninguno". *Fuero de Usagre*, publ. por Rafael UREÑA Y SMENJAUD y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN, Madrid, 1907, cap. 203.

148. Op. cit., cap. 389.

149. Vid. MUÑOZ ROMERO, op. cit., págs. 309-312.

nibición pueda hacerse y con efectividad hace falta, pues, que exista el criterio mencionado y que, además, no se necesite el concurso económico de las partes. Ejemplo de ello lo ofrece el derecho canónico, en el que las Decretales recogen la antigua práctica de prohibir a los jueces eclesiásticos u ordinarios o delegados el exigir de las partes estipendio o mercedes, pues se reputaba que los jueces tenían ingresos suficientes para su sustento, mientras que en lo civil era costumbre que el juez conviniera sobre la décima de la litis o sobre otras cuotas según la costumbre de la tierra, además de los gastos de alimentos<sup>150</sup>. Aunque el criterio siga siendo el mismo, como la circunstancia económica debía variar, Bonifacio VIII permite al juez delegado cuando hubiera de ir fuera del domicilio, el recibir de las partes algunos auxilios, que no pierden su carácter de tal por más que se deje su prestación a la liberalidad de aquéllas<sup>151</sup>.

La referida preocupación es patente en el derecho catalano-aragonés y en el tortosino-valenciano. Limitado el derecho catalán a la materia criminal, es en el derecho aragonés en el que alcanza una mayor amplitud, y también en el tortosino.

En el derecho catalán, Jaime II en las cortes de Barcelona de 1281 prohíbe ya a todo juez, oficial o inquisidor el tomar nada de aquél contra quien encuesta. Sólo si el sujeto de la encuesta se niega a darla fuera de su lugar y el Juez ha de acudir, se le permite a aquél tomar algo, pero moderadamente<sup>152</sup>. Pedro IV, en cortes de Perpiñán de 1351 prohíbe a veguer, baile, oficial o comisionado el recibir salario si hubieran conocido de la causa aunque no se les hubiera delegado, y sólo al Juez o asesor le es permitido el recibir un salario moderado<sup>153</sup>. Incluso cuando fija el arancel de aquéllos a los que correspondiera recibir salario por decretos<sup>154</sup>, lo hace con la reserva de que donde no se acostumbre a recibir, se observe. En cortes de Monzón de 1363 se prescribe

150. *Decretales*, III, 1, cap. 10.

151. "... osculentum et poculentum mera liberalitate oblatum." *Liber Sextus*, cap. 11, "De rescrip."

152. "... no haja res de alguna encuesta... puxan pendre tempradament..." Vid. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 2.

153. "... li sie legut rebre salari moderat..." Vid. *Constitutions*, IV, 8, 3.

154. Vid. nota 124.



no recibir nada el Juez ordinario, asesor o cualquier Juez por aconsejar o por pronunciar absolución o condena de algún denunciado por crimen<sup>155</sup>, y en cortes de Barcelona de 1382, el Rey se congratula de que los sabios de su corte no pidan nada de las sentencias absolutorias, frente a lo que desde hacía algún tiempo venían realizando de pedir salario de los absueltos, y, a veces, tanto o más de los condenados<sup>156</sup>. En cortes de Monzón de 1510 se prohíbe el salario de cinco sueldos que a favor del Juez ordinario o Asesor, y por aconsejar para meter o sacar de prisión a los denunciados, se había introducido en la Ciudad de Gerona y otros lugares<sup>157</sup>. Es un camino firme que conduce a una prohibición general de salario en causas criminales<sup>158</sup>.

En el derecho tortosiano-valenciano, la prohibición de la tasa judicial está referida más propiamente al proceso civil. En 1403, el Rey Martín, y para Valencia, ordena que de las sentencias de árbitros y amigables compondores, e, incluso, de sentencias de jueces ordinarios o delegados, en las que la parte no fuera condenada en costas, no fuera llevado el cuarto<sup>159</sup>. Más rotundo y general, el Código de las Costumbres de Tortosa establece que todas las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, y todos los determinamientos de los pleitos, se deben pronunciar, y hacer todas las ejecuciones, sin gastos de las partes, de forma que no debe ser dado ni prometido ningún servicio al veguer o a los jueces por ello, pudiendo toda persona reptarlos si lo hicieran, sin que tuviera efectividad la posible promesa a que se hubiera dado lugar<sup>160</sup>. Sólo

---

155. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 8.

156. *Op. cit.*, IV, 8, 9.

157. *Op. cit.*, IV, 8, 15.

158. Vid. nota 137.

159. *Martinus Rex. Anno M.cccc. tertio. Valentiae. Ordenam que de sentencias darbitres arbitradors, o amigables composadors, e encara de sentencias de jutges ordinaris, o delegats, en les quals la part no sera condempnada en les missions, no sia leuat quart algu.* F. R. V., 1, 4, 10.

160. "Totes les sentencies, axi enterloqutories com deffiniues, e tots los determenaments dels pleyts, se deuen pronunciar y enantar, e totes les exequions fer, sens cost e messio de les parts, en axi que nuyl seruii no deu esser donat ne promes a Veguer ne a Jutges ne a altres, per rao d'ells. E si res los n'es donat, ne eyls o han reebut o feyt reebre, fan ço que no deuen, e pot los ne hom reptar. E si res los n'es promes, non poden forçar ne des-

cuando la demanda pide más de dos maravedís y la sentencia se ha de dar por escrito, se permite la tasa de doce dineros a cada uno de los jueces que la firmen y al veguer, en el caso de que la parte quiera tener la sentencia en forma pública <sup>161</sup>.

En el derecho aragonés, superado el fondo jacense primitivo que se refleja, por ejemplo, en la percepción de novenas por el homicidio <sup>162</sup>, la justicia se declara gratis, prohibiéndose por Jaime I que ningún zalmedina, juez, justicia, baile o jurado, o cualquier otro oficial del Rey, u otro hombre, o persona eclesiástica o secular de cualquier condición, reciba algo, ni obligación alguna o promesa o pacto de hacer o no hacer justicia, o por hacer o no alguna coacción, bajo pena de privación de oficio <sup>163</sup>. Con esta pena conmina Pedro IV, en cortes de Monzón de 1362, por el período de un año. a Jueces, Auditores y Relatores, los cuales parece no han de recibir salario por el hecho de tener que ser aragoneses según el Privilegio General y sus declaraciones <sup>164</sup>. En 1398, y en cortes de Zaragoza, el Rey Martín prohíbe el que oficiales, jueces, abogados, notarios, fiscales u otros puedan pedir o exigir averías en razón de composición de crímenes o remisiones o de condena civil o criminal <sup>165</sup>.

#### B. La retribución del órgano burocrático

La importancia de la retribución del órgano burocrático va unida al triunfo del procedimiento escrito sobre el procedimiento verbal, y aquél es casi una constante histórica que tiene lugar siempre que se superan épocas de primitivismo. Lo único que evita los

---

treynner lo prometedor, ne accio ne demanda no han contra eyl." *Costumbres de Tortosa*, VII, 2, 6.

161. "... e si la part vol auer la sentencia en forma publica, deula auer, y es tenguda de donar a cascu dels Judges per son fermament XII diners, e al Veguer altres XII diners. Mas la part que no la vol en forma publica, no'ls es tenguda de re a donar." *Costumbres de Tortosa*, VII, 2, 8.

162. Vid. la nota 98.

163. "De Iustitia reddenda, & non vendenda". Lib. VII de los *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL y PENÉN, pág. 256.

164. Id. id., rubr. "Quod Iudices, Auditores".

165. Id. id., rubr. "De prohibitis averiis".

crecientes gastos en este aspecto es la reacción que frecuentemente se produce contra la hipertrofia del órgano burocrático.

Por lo que se refiere al mundo romano, casi todos los romanistas han destacado el crecimiento de los gastos en el período imperial, como consecuencia del oficio complejo del magistrado, los soldados destacados, los oficiales, etc.<sup>166</sup>. Según Chioventa, se carece de datos sobre "commoda" y "sportulae" de funcionarios judiciales ("scribae", "exceptores", "adiutores", "aparitores", "viatores", "exsecutores", "intercessores", y acaso el mismo juez) hasta el siglo IV, pero cree que debieron existir. Constantino, Valentiniano I, Valente y Graciano se lamentaban de la venalidad y no eran desconocidos esos gastos en el Código Teodosiano, si bien en él aparezcan como una costumbre<sup>167</sup>. Según el mismo Chioventa, son muchos los actos por los que se pagan (acta o copia de la demanda, contestación, réplica y contraréplica, sentencia, etc.) y Justiniano legisla sobre ello con amplitud, siendo distintas esas "sportulae" según la importancia de los tribunales, pues era casi la mitad en los de provincias, y aún menos en juicios arbitrales, reduciéndose mucho cuando siendo menor la cuantía se podía prescindir del procedimiento escrito<sup>168</sup>. Justiniano alude a las "sportulae", que eran proporcionales, pero no inserta tarifas, siendo uno de los fundamentos de su importancia el gran valor que tenía el papiro<sup>169</sup>. Scialoja calificó de ingentes las "sportulae" debidas a los oficiales que redactaban los escritos en el procedimiento imperial de las "extraordinarias cognitiones", que era de este carácter<sup>170</sup>.

Aunque el procedimiento visigodo ha sido escrito, y no ha sido poca la importancia de los escribanos, parece que el órgano buro-

---

166. Así lo cree Leopold WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. de Riccardo Orestano, Milán, 1938, págs. 331-332. Nacen así las parcelas, de las que se enumera una serie de ellas en una inscripción de Numidia, con pago en dinero, formándose tarifas en los siglos v y vi. Además los magistrados cuentan con derechos en especie: "annona capitus". Se registran exenciones para obispos, iglesia, abogados, pobres, y reducciones para clérigos, soldados y empleados de la corte imperial.

167. CHIOVENTA, *op. cit.*, págs. 41-42.

168. *Op. cit.*, págs. 42-47.

169. *Op. cit.*, pág. 48.

170. SCIALOJA, *op. cit.*, pág. 432.



crático no ha preocupado por sus excesos en la misma manera que lo han hecho el órgano judicial y el órgano ejecutor. En los primeros siglos de la Reconquista, la ausencia de un procedimiento escrito importante no ha permitido problemas de este orden.

La importancia del órgano burocrático en el orden del gasto procesal no surge hasta el siglo XIII. En Cataluña, donde el valor de la escritura ha debido destacarse antes que en los demás territorios, las Cortes de Barcelona de 1283, celebradas con Pedro III, fijan un simplista arancel en cuanto al derecho del sello, que es de cinco sueldos para el particular por la carta de simple justicia, y la de ejecución de justicia y de comisión, cantidad que es doblada si la obligada al pago es una Universidad, señalando también dos sueldos como devengo por la citación<sup>171</sup>. En Castilla, las leyes del Estilo se ocupan del pago de las costas de los escribanos que documentan las declaraciones de los testigos de cada parte, cuando cada parte por sospecha lleva un escribano propio, haciendo soportar el gasto de ambos escribanos a la parte que interesa la prueba<sup>172</sup>. En los usos y privilegios de la Seo de Urgel, ya bien avanzado el siglo XV, el notario comparte las "averías" con el procurador fiscal y el sayón<sup>173</sup>; y en Tortosa el escribano percibe derechos con arreglo a arancel<sup>174</sup>.

Los primeros aranceles de notable importancia por su extensión y detalle, aparecen promulgados como acto de corte en Aragón, Zaragoza, 31 de julio de 1442, referidos a la escribanía del Justicia, siendo presentados como resultado de una información

---

171. *Constitutions*, vol. 1.º, I, 25, 2.

172. Ley 179. "Quien pagará las costas a los escribanos, que resciben los testigos".

"Otrosí, si alguno en el pleyto que ha con su contrario ha de traer pruebas sobre algún artículo, et por partir sospecha, toma la una parte un escribano por sí, et la otra parte otro escribano, que escriban los dichos de los testigos: esta costa de los escribanos amos aquel que traxo las pruebas las ha de pagar luego de mano."

173. El baile u otro justicia no debe tener "redelme", sino de la composición, la cual se lleva de dicha cantidad si es "encamarada", pues en otra manera ha de pagar la parte a notario, procurador fiscal y sayón, "les quals aueries" no pueden exceder de cuatro sueldos por libra. Vid. Carreras Candi, op. cit., cap. 68 de los usos o privilegios.

174. Bienvenido OLIVER, op. cit., tomo III (Madrid, 1879), págs. 454-455.

practicada por voluntad de las Cortes, y en forma de "capitales" o "tachacion" (tasación), por parte de Micer Pedro de la Cavallería, D. Juan Guallart, D. Martín Crabero, D. Ramón de Palomar y D. Juan Díaz Daux, jueces diputados, junto con Pedro Gilbert, D. Ramón de Castellón y D. Alfonso de Mur, éstos ausentes, realizándose la presentación en presencia de la reina D.<sup>a</sup> María y de su notario y testigos en capilla llamada "Capítulo de los Canónigos", de la Seo de S. Salvador <sup>175</sup>.

Felipe IV, en Cortes de Barbastro de 1626 elimina el rito del proceso civil ordinario conforme a los fueros antiguos y prescribe los fueros primero y segundo del "De rei vindicatione" y para las causas posesorias el fuero único "De firmis iuris super possessione", a fin de evitar la prolijidad del proceso y los consiguientes gastos del mismo, como también elimina por la misma razón el proceso de manifestación de bienes muebles <sup>176</sup>.

Con Carlos II, en Cortes de Zaragoza de 1678, se ordena que las "exhibitas" de los procesos se paguen en Escribanías por las hojas de los originales y no por las copias, así como que los actuarios pongan en cada plana de declaración de testigos veinte líneas, quedando al arbitrio del juez el aminorar los derechos de las hojas si faltaran líneas o se ensanchara la letra, todo ello para evitar gastos a las partes <sup>177</sup>.

En Castilla, los Reyes Católicos, en Madrigal, el año 1476, tasan el derecho del sello, fijando nueve maravedíes para las cartas de papel y doce para las de pergamino, duplicando la tasa cuando los beneficiarios son dos personas, y triplicándola cuando se tratara de tres o más de tres o Concejo o Cabildo, en tanto los grupos de marido y mujer, padres e hijos, etc., sólo pagan como una persona <sup>178</sup>. Las Audiencias adoptaron acuerdos para cumplimentar lo dispuesto sobre derechos y salarios y aranceles de los mismos <sup>179</sup>. Estos acuerdos imponen también limitaciones para perci-

---

175. Vid. *Fueros de Aragón*, ed. cit., págs. 297-304.

176. "... y por escusar los muchos gastos dél...", "por ser tan grandes las molestias y gastos..." Op. cit., págs. 448-449.

177. Op. cit., págs. 508-509.

178. *Nov. Rec.*, IV, 13, 11.

179. Una Cédula de los RR. CC. es dada en Ecija a 4 de Diciembre de 1501 para que se corrijan excesos en la Audiencia de Valladolid, y un

bir derechos el órgano burocrático antes de tiempo <sup>180</sup>. En los casos de residencia, se distingue la secreta de la pública, pues los gastos del órgano burocrático en la segunda corren a cargo de los residenciados culpables, pero no así en la primera, en la que subvencionan con los gastos de justicia, y no habiéndolos, con las penas de Cámara <sup>181</sup>.

En Cataluña, y en virtud de constitución de Alfonso II, la tasa de los escribanos es sometida a los jurados, baile y vegueres de la correspondiente villa, y el Príncipe Felipe, en las Cortes de Monzón 1553, donde se constata tal constitución, accede a que todos los salarios sean colocados en un tablón para ser colgado en la Corte, de forma que si los notarios se excedieran se pudiera recurrir al baile y jurados, con la adición hecha por el Príncipe de que se pueda recurrir por los abusos al veguer o al baile <sup>182</sup>. Peguera testimonia encontrarse estatuido en las leyes el que el proceso documental se constituya en folios con treinta líneas por página; ocho dicciones o palabras en línea y, por tanto, el folio con dos páginas o sesenta líneas con ocho dicciones o palabras por línea, pagándose al notario un real, y testimonia que así se viene haciendo en base a la constitución 61 de las Cortes de Monzón de 1585 <sup>183</sup>. Según el mismo jurista, antes de las indicadas Cortes, por la custodia del proceso se satisfacía a razón de un dinero y óbolo, pero utilizando el folio pequeño, por lo que al utilizarse el folio íntegro debía entenderse la obligación de satisfacer seis dine-

---

acuerdo de ésta de 1536 establece que hasta la cuantía de 400 mr. se ha de hacer el proceso, conforme a las Cortes de Madrid, ni los escribanos han de llevar más de medio real por lo que excediera, más otras disposiciones similares. Vid. *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid*, Valladolid, 1566, fol. 143 y ss.

180. Un acuerdo de la misma Audiencia de 18 de julio de 1538 establece que escribanos y relatores no den los procesos a abogados y procuradores ni cobren nada antes de ser tasados, so pena de devolver el cuádruplo para la Cámara por la segunda vez, y el duplo, por la primera. Op. cit., fol. 165.

181. Vid. HEVIA BOLAÑOS, op. cit., cuarta parte, par. 1, núm. 14, citando como textos legales los de la Nueva Recopilación, 2, 4, 43 y 3, 7, 20.

182. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 6, 2.

183. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 6.



ros por folio, habiendo oído en la Audiencia que el salario de los escribanos se debía a ejemplo del salario por custodia del proceso <sup>184</sup>.

Por su parte, Ripoll da noticias del "ius morabatini" del escribano de mandato. Indica la existencia de dos tipos de "morabatinus", el "antiquus", que valía trece sueldos y cuatro dineros, y el "Alfonsinus", que valía veintitrés sueldos a razón de veintitrés equilates, aunque en los censos se solía pagar otro con el mismo nombre, que valía nueve sueldos. El "ius morabatini" del escribano de mandato tenía lugar cuando se publicaba la sentencia y se computaba según el salario del juez, de forma que cuando éste tenía setenta y cinco libras de salario, se daban diez libras por morabatinus, de forma que no se pudiera dar menos de un "morabatinus antiquus", ingreso a dividir entre el escribano de mandato y el escribano de la causa, y que sólo tenía lugar cuando se trataba de sentencia definitiva. Según el mismo Ripoll, eran parecidos los florines de oro que se pagaban por gracias y privilegios reales, cuyo valor de once sueldos en 1365 había aumentado a trece sueldos después; a diecisiete, en 1479, y en su época, a cuarenta sueldos <sup>185</sup>.

Como puede observarse, la creación de Audiencias, Tribunales de Corte, etc., ha supuesto la creación de un enorme aparato burocrático cuyos ingresos han tenido que ser cuidadosamente delimitados en aranceles, la mayor parte de las veces aprobados a nivel inferior al que hoy calificaríamos de legislativo.

### *C. La retribución del órgano ejecutor*

La retribución del órgano ejecutor tiene muchos problemas comunes con la del órgano judicial, del que, en realidad, es un apéndice, y, al mismo tiempo, un necesario complemento. Como aquél, unas veces adopta la forma de retribución mediante cantidad fija y otras mediante cuota proporcional. A este último sistema, en especial, va anejo el problema de la base de que se parte para la proporcionalidad, y a los dos, los de los presupuestos básicos para

---

184. Op. cit., núms. 6 y 7.

185. RIPOLL, op. cit., núm. 71.

que se produzca la retribución y las excepciones particulares a la misma.

a) El sistema de cantidad fija

El sistema de cantidad fija para retribuir el órgano ejecutor puede coincidir o no con el mismo sistema para retribuir el órgano judicial, y, como es lógico, sólo es aplicable en un procedimiento predominantemente criminal, en el que la cuantía del litigio no tiene transcendencia y no precisa de elasticidad en la retribución.

Como ya se indicó, esta cantidad fija adopta diversos nombres, existiendo un área que podría calificarse del "arentazgo", en el derecho pirenaico-aragonés y en el de Logroño<sup>186</sup>, y otra, de las "tagantes" en la zona de Avilés-Oviedo<sup>187</sup>, aunque estas áreas son de carácter filológico. Salvo en Logroño, que no se especifica la cantidad en que consiste el "arentazgo", sino sólo la obligación que pesa sobre el señor de la villa de pagar las novenas a los alcaldes y al sayón la retribución citada, en los demás lugares, tanto orientales como occidentales, se manipula con la habitual calumnia de los sesenta sueldos, consistiendo en diez sueldos, aproximadamente, los "arienzos" pirenaicos y las "tagantes" astúricas, lo que puede explicarse por un común fundamento franco<sup>188</sup>, también extensivo a Logroño<sup>189</sup>.

b) El sistema de cuota proporcional

Como en el caso de la retribución del órgano judicial, es el más frecuente, pues se da siempre que existe un proceso medianamente desarrollado.

Proporcionales son las "sportulae" del proceso de "extraordinaria cognitio", pagadas por muchos conceptos, como, por ejem-

186. Vid. notas 51, 52 y 53.

187. Vid. nota 50.

188. Sobre un fuero de Avilés-Oviedo procedente de Sahagún, inspirado por el Abad D. Bernardo, y extraño a las costumbres del país, vid. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1960, págs. 352-353.

189. Cfr. op. cit., pág. 352.

plo, por el demandado al "executor" que le notifica el libelo y al que, por su parte, entrega el libelo contradictorio<sup>190</sup>. La proliferación de funcionarios ejecutores en el Bajo Imperio es consecuencia y origen de las numerosas "sportulae" satisfechas por las partes en el proceso.

En el derecho visigodo, las disposiciones fundamentales en este orden son las mismas que se mencionaron en cuanto a la retribución del órgano judicial, y en primer lugar, la ley de Teudis.

A juzgar por la ley de Teudis, los compulsos o ejecutores han exigido sus derechos o beneficios a voluntad, posiblemente, no sólo en cuantía, sino en cuanto a la parte que había de soportarlos, en cuanto el monarca visigodo prescribe que sólo a costa de aquellos que les impulsan reciban lo que les corresponde por el gasto de los caballos que han de utilizar<sup>191</sup>, como también les prescribe que no exijan esos derechos antes de que los litigantes ejerzan sus acciones en juicio<sup>192</sup>. Teudis modera los derechos de esos compulsos o ejecutores en dos sentidos: a) por cada cincuenta millas que se haya de utilizar un caballo, percibirán un sueldo: b) en las causas menores bastará la utilización de dos caballos, y en las mayores la de cuatro caballos<sup>193</sup>. Los caballos que pudieran utilizarse por encima de este número se consideraban ornato, recayendo por ello el gasto sobre el propio executor<sup>194</sup>. Todo esto parece que puede concluirse en el sentido de que estos ejecutores han podido cobrar dos o cuatro sueldos, según se tratara de causas menores o mayores, por cada cincuenta millas que hubieran de recorrer para practicar la diligencia, por el concepto específico

---

190. Vid. SCIALOJA, op. cit., págs. 373 y 375.

191. "... Simili hetiam compulsos vel executores decreto prestringimus, ut non pro sua comoda exigant volumtate, sed ab eis, quos propria evectione compulerint, subvectum tantum super eum accipiant caballorum."

192. "... Nec illi prius comoda compulsionis exigant, quam suas in iudicio litigantes exerent acciones..."

193. "... Comoda quoque iuxta huius consulti seriem accepturi, id est, ut in milibus quinquaginta accipiant per caballo uno solido uno; ea videlicet ratione, ut in minoribus causis duo tantum, in maioribus vero quatuor caballi sufficient..."

194. "... caballos ultra hunc numerum ducere voluerit, absque ullo deductorum damno suo tantum reputabit ornato..."



de caballos, sin perjuicio de pedir el décimo por su actuación<sup>196</sup>. La opinión de Cárdenas sobre incompatibilidad de este décimo con esos otros gastos de viaje<sup>196</sup> no parece totalmente adecuada, pues igualaría en derechos al que tuviera que realizar la diligencia en su lugar de residencia con el que tuviera que realizarla fuera en la mayoría de los casos, por lo que la opinión no sería dudosa. Los gastos por el concepto de caballos son dietas o viáticos que complementan los derechos normales.

Esta proporción del décimo, aunque sin alusión ninguna a esos otros gastos de viaje, se mantiene a través de la citada ley de Chindasvinto "enmendada", que figura en el "Liber Iudiciorum"<sup>197</sup>. En esa ley se constata los abusos de los sayones al recibir mayores mercedes de las merecidas<sup>198</sup>, lo que da origen precisamente a señalar esa proporción, que, a diferencia de lo sucedido con la tasa judicial, no se da como procedente de otra ley anterior, sino instaurada de presente, por lo que puede considerarse como limitación impuesta por Chindasvinto, o como limitación impuesta por Leovigildo si ha tomado de éste la ley y no la ha enmendado en ese punto.

El indicado diezmo es recogido, como es natural, por el Fuero Juzgo<sup>199</sup>, pero lo que ya no es tan natural es su vitalidad, que contrasta con la escasa que tiene la relativa a la retribución del órgano judicial contenida en la misma disposición. Sucesivas disposiciones recopiladas de Juan I, en Cortes de Valladolid de 1385; los Reyes Católicos, en Toledo, 1480; visita de Isabel la Católica, en Segovia, 1503, y también visita de Carlos I, en Toledo, 1525, prescriben que alguaciles y merinos lleven el diezmo de la deuda

195. "... De ea vero, que exigerit, decimum nummum pro suo consequatur exercitio..."

196. CÁRDENAS, op. cit., pág. 476.

197. "... propterea simili decreto legis huius edicitur, ut qui pro causis alienis vadunt decimum tantundem solidum pro labore suo conquirant..."

198. "... Similiter quoque, quia cognovimus, quod saions qui pro causis alienis vadunt, maiores pro labore suo mercedes, quam merentur, accipiant..."

199. "... E otrosí, porque entendemos que los Sayones que andan en los pleytos, tomaban mas que non debian por su trabayo, por ende establecemos en esta Ley, que non tomen mas de la decima parte de la demanda..."  
*Fuero Juzgo*, publ. por Juan Antonio LLORENTE, Madrid, 1792, II, 1. 24.

principal allí donde se acostumbrara <sup>200</sup>. Aunque estas disposiciones admiten que puedan existir otras costumbres, en cuyo caso las respeta también, lo indudable es que la única cuota citada, y, por ende, la más general, ha sido la citada del diezmo, que puede proceder del derecho visigodo a través de su renacimiento con el Fuero Juzgo.

Lo que aún sorprende más es que en la Nueva Instrucción para Alcaldes Mayores de Adelantamientos, de Carlos y Juana, y en la visita de Carlos I, Toledo año 1525, se prescriba que cuando se cobre la décima no se lleven otros derechos por vía de camino <sup>201</sup>, pues estos derechos de camino recuerdan vivamente los gastos para caballos de la Ley de Teudis, no mencionados, sin embargo, ni en el "Liber Iudiciorum" ni en su versión romanceada o "Fuero Juzgo", amén de contener una interpretación similar a la que Cárdenas dio del texto de Teudis, a la que no obstante hay que oponer la objeción histórica de que en Teudis esos derechos de caballos estaban fijados, mientras los derechos de camino no lo están en la legislación castellana. Su importancia, sin embargo, no puede desdeñarse, en cuanto los mismos monarcas, prohibiendo hacer conciertos con los acreedores y prescribiendo la observancia de los aranceles, proscriben al mismo tiempo que "el salario del camino" sea llevado por entero por parte de los escribanos <sup>202</sup>.

Por otra parte, y en cuanto a esta retribución del órgano ejecutor mediante cuota proporcional, podría darse por reproducida una parte de lo dicho al tratar del sistema en cuanto al órgano judicial, especialmente en los sistemas de cuarta y tercera parte, en los que, como se recordará, la "calumnia" era compartida aquel, unas veces por el denominado "palacio", otras, por el merino o funcionario típicamente ejecutor, y otras, por el señor de la villa. En todos estos casos, la parte de éstos, distinta de la parte de alcaldes y juez, hay que atribuirle al órgano ejecutor, pues no otra es su misión, al poseer ellos el poder coercitivo que complementa el poder declarativo del órgano estrictamente judicial.

---

200. *Nov. Rec.*, XI, 30, 1.

201. *Nov. Rec.*, XI, 30, 10.

202. *Id.*, XI, 30, 12.

## c) La base de la proporcionalidad

En cuanto a la base de la proporcionalidad puede afirmarse que se ha tendido, aunque no siempre se haya conseguido, a cuatro unidades: *a)* de deuda; *b)* de acto; *c)* de lugar, y *d)* de tiempo.

La unidad de deuda aparece reconocida en las disposiciones castellanas anteriormente citadas<sup>203</sup> al manifestarse que por una deuda no caben más que unos derechos, de forma que si una de las partes da espera, y luego se continúa el proceso, sólo pueden exigirse unos derechos.

La unidad de acto está reflejada en la Pragmática de 9 de junio de 1500, de los Reyes Católicos, donde se ordena que alguaciles o ejecutores no lleven derechos "mas que por un camino", aunque se hicieran varias ejecuciones, repartiéndolas a prorrata<sup>204</sup>.

La unidad de lugar se expresa en la Nueva Instrucción para Alcaldes Mayores de Adelantamientos dados por Carlos I y su madre Doña Juana, obligando a llevar los derechos por el lugar de donde fuera vecino el ejecutado, y no por el lugar donde se ejecutara, saliendo así al paso de la maniobra consistente en esperar a que los ejecutados fueran a las ferias y mercados, donde las existencias podían ser mayores<sup>205</sup>.

La unidad de tiempo, contenida en la misma disposición, se manifiesta en la prohibición de la costumbre de cobrar la ejecución, queriendo pagar antes o pagando antes<sup>206</sup>.

Relacionado con la unidad de deuda, que más bien pudiera calificarse de unidad de petición, debe citarse una de las leyes del Estilo, en la que se prescribe el derecho del alguacil al diezmo de la cantidad total por la que se presentara la querella, aunque hubiera avenencia por menor cuantía, corrigiendo la iniquidad a que esto hubiera podido dar lugar respecto al querellado mediante la imposición del pago por la parte correspondiente a la "plus petitio" al querellante<sup>207</sup>.

203. Loc. cit. en nota 200.

204. *Nov. Rec.*, XI, 30, 6.

205. *Id.*, XI, 30, 7.

206. *Id.*, XI, 30, 8.

207. Ley 196. "Del derecho del alguacil de la entrega, et quien lo ha de pagar".



Las dificultades de reparto, propia de los juzgados y tribunales centrales, dio lugar a peculiares disposiciones, como la de Felipe V en Instrucción de 30 de agosto de 1743, dada en S. Ildefonso, por la que se centralizaba las décimas de ejecución en los Juzgados de la Corte para dotar alguaciles y otros ministros, atajando así a los escribanos que las percibirían mientras utilizaban a los alguaciles de "negros"<sup>208</sup>, y la de Fernando VI, en R. D. de 25 de noviembre de 1755, comisionando privativamente al Decano de la Sala de Alcaldes de Corte para la recaudación de las décimas<sup>209</sup>.

d) Presupuestos básicos de la retribución

En realidad, casi no cabe hablar sino de un presupuesto, que es el que se haya dado lugar a la verdadera intervención del órgano ejecutor, generalmente, posterior a la del órgano judicial. Por ello, Teudis prohíbe a los sayones exigir derechos antes de que los litigantes ejerzan sus acciones en juicio<sup>210</sup>, y las Leyes Nuevas, de Alfonso X, prohíben al merino el tomar el diezmo de los "asentamientos" o depósitos judiciales en cuanto éstos no se daban al demandante, sino por razón de prenda, atajando así las pretensiones de los merinos, que alegan el que en virtud de estos "asentamientos" solían llegar a un acuerdo las partes contendientes<sup>211</sup>.

Cuando el proceso, especialmente en su parte civil, evoluciona y se desarrolla, tiende a dar las menos oportunidades posibles de intervención del órgano ejecutor, en virtud de un humanitarismo, que en ocasiones llega a ser parcial a favor del deudor. Esa reduc

---

Otrosi, si a querrela de alguno prende al alguacil a su debdor desde querelloso, porque non es valido, et lo fiziere prender como a querrela de diez mil mrs. o de otra quantía, et desque fuere preso se aveniere con el querelloso, o fuere conocido el debdo; maguer non se avenga con él por tanta cuantía; por tanto llevará el diezmo el alguacil por quanto querelló el querelloso, por quien fue preso este de quien querelló: mas este que dió la querrela por mas de quanto fue fallado por el juicio, que debe haber, es tenuto de le dar el diezmo de lo demás segund la cuantía al alguacil."

208. *Nov. Rec.*, XI, 30 19.

209. *Id.*, XI, 30, 20.

210. *Vid.* nota 192.

211. "... ca non se fazen en razon de entrega, nin los dan, al demandador por suyos, mas en razon de prenda..." Ley 4.<sup>a</sup>

ción de oportunidades de intervención del órgano ejecutor puede observarse en varias disposiciones. Felipe II, en el Arancel de los Alguaciles de la Corte de 1565, establece que no se lleven derechos si la parte demandada después del mandamiento y antes de la ejecución paga al contado<sup>212</sup>. El mismo monarca, en Cortes de Madrid de 1573, establece que no se lleve la décima pagando dentro del día natural siguiente al de la notificación<sup>213</sup>, y en cortes de Madrid de 1579 que no se lleve tampoco la décima cuando la parte demandante se manifiesta por satisfecha dentro de las veinticuatro horas<sup>214</sup>. Felipe III, en Pragmática de 21 de junio de 1619, dada en Lisboa y Felipe IV en Cédula de 17 de julio de 1632, amplían el plazo de percepción a las setenta y dos horas siguientes a la de trabada la ejecución<sup>215</sup>.

Al lado de este retardamiento de la acción ejecutoria se produce una clara tendencia a otorgar primacía al deudor en la satisfacción, en un momento en que ello se hace necesario, pues en el período en que el gasto procesal va inserto en la "calumnia", ésta es un todo, y el reparto entre órgano judicial, ejecutor y perjudicado se realiza contemporáneamente. En ese proceso civil evolucionado, las disposiciones de varios monarcas castellanos ya citados<sup>216</sup> establecen que alguaciles y merinos lleven derechos sin satisfacción primero del acreedor, y para evitar fraudes se establece que los bienes no se dejen en poder del deudor ni se los lleven ellos, sino que los dejen en poder de persona llana y abonada previo inventario por escribano, cuestión tan familiar al abogado de hoy que conoce la importancia utilitaria de la práctica de los Juzgados conocida con el nombre de "cambio de depositario". Los Reyes Católicos, en Pragmática de 9 de junio de 1500, ordenan a Asistentes, Gobernadores o Corregidores el que no lleven derecho de ejecuciones por contrato de obligación o por sentencia hasta ser pagado el dueño de la deuda<sup>217</sup>, y Carlos I y su madre, D.<sup>na</sup> Juana, en la ya citada Nueva Instrucción de los Alcaldes Mayores de

---

212. *Nov. Rec.*, XI, 30, 13.

213. *Id.*, XI, 30, 14.

214. "... mostrando contento de la parte..." *Nov. Rec.*, XI, 30, 15.

215. *Id.*, XI, 30, 16.

216. Vid. nota 200.

217. *Nov. Rec.*, XI, 30 5.

los Adelantamientos, insisten en que no se cobren derechos hasta ser satisfecho el acreedor, prohibiendo a los ejecutores el llevarse las prendas obtenidas para sus costas<sup>218</sup>.

e) Excepciones particulares a la percepción de derechos

Si en los casos anteriores no se llega a la percepción de derechos por el órgano ejecutor es debido a que faltan los presupuestos básicos para ello. Al lado, sin embargo, se ofrecen otros casos en los que dándose los presupuestos no se llega tampoco a la percepción, es decir, se trata simplemente de excepciones, de las que pueden observarse algunas en el Derecho castellano.

Los Reyes Católicos, en Madrigal, año de 1476, excluyen del pago de derechos de ejecución a las personas presas para liquidar cuentas de cargos tenidos por el Rey<sup>219</sup>, y por Pragmática de 6 de julio de 1493 prohíben llevar derechos por ejecutores con salario señalado en sus cartas, de la misma forma que a las Justicias a quienes se les encomiendan sólo se les permite los derechos que les pertenecieran como jueces ordinarios<sup>220</sup>. En el primer caso, como puede observarse, la causa de excepción se encuentra en el ejecutado, mientras que en el segundo lo está en el ejecutor, en el que el salario fijo que le está asignado es incompatible con la percepción de derechos.

Muy excepcional también es la prohibición dirigida a Alcaldes de Casa y Corte y Chancillerías, Corregidores y Asistentes, Alcaldes, Alguaciles, Jueces y Justicias para llevar derechos algunos de "meajas" por ejecuciones que ordenaran hacer, que está contenida en la Pragmática de Isabel la Católica de 13 de mayo de 1503 y en la disposición de Carlos I y su madre Doña Juana en Molins de Rey en 23 de noviembre de 1519<sup>221</sup>. Como una de las anteriores, la excepción está basada en el carácter del órgano ejecutor, y su fundamento debe ser similar, en cuanto la percepción de un sueldo fijo, importante incluso, ha debido considerarse incompatible con la percepción de derechos de las partes.

---

218. Id., XI, 30 9.

219. Id., XI, 30, 2.

220. Id., XI, 30, 3.

221. Id., XI, 30, 4.



*D. La retribución de la representación y defensa procesal*

La retribución de la representación y defensa procesal ocupa un puesto de primera importancia sociológico e históricamente en el estudio del gasto procesal. Sociológicamente, su interés estriba en que su cuantía no ha podido estar nunca sometida al control al que lo ha estado la del órgano judicial o la del órgano ejecutor. Las integrantes de éstos han dependido directamente del Rey, del señor, de los concejos, etc., y su actuación, en consecuencia, ha estado reglada y vigilada. Con ellos ha contrastado la libertad del procurador o del abogado, en directo contacto con la parte y con independencia de cualquier poder coercitivo, de forma que los gastos de representación y defensa han tenido que pesar extraordinariamente en el gasto procesal general. La voz popular, que varias veces se ha elevado contra el jurista, ha obedecido a la cuantía de ese gasto y a las maniobras realizadas por aquél para justificar su elevación.

Históricamente, la importancia reside en que el gasto de la representación y defensa procesal ha sido el de más antigüedad, más, incluso, que el del órgano judicial. Si por lo que se refiere a Roma, en el período de las "legis actiones" no se habla de honorarios debidos al "procurator" y al "advocatus", en el proceso formulario, las costas parecen haberse limitado, precisamente, a los gastos de viaje de las partes y a los honorarios de los abogados y de los procuradores<sup>222</sup>. Las partes asisten en principio asistidas por "patroni" o "advocati", de carácter honorífico, pero la representación del ausente da lugar al "cognitor" y "procurator", que necesita cierta preparación y que ha de prestar cauciones, por lo que a fines de la República es recompensado con una "merced", como también lo es el "orator", en cuanto es objeto de prohibición en la ley Cincia del año 550 de Roma, renovada con Augusto. Con el Emperador Claudio, el uso triunfa sobre la ley, fijándose el máximo de los honorarios o "modus", y obligándose por Nerón a que se paguen aun sin pactarlos. Independientemente del "modus", la retribución queda limitada por la prohibición rigurosa del pacto de "quota litis", o pacto por el que la retribución se fija en:

---

222. Vid. SCIALOJA, op. cit., págs. 274-275.

una parte alícuota de lo que pueda obtenerse en el juicio victorioso <sup>223</sup>.

Sin datos para el estudio de esta cuestión en el Derecho visigodo, la ausencia de toda alusión a los gastos de representación y defensa procesal, unido a la preocupación exclusiva por los gastos del juez y del sayón, esto es, de los órganos judicial y ejecutor <sup>224</sup>, hace suponer que se ha producido una inversión en la cuestión, lo cual no es extraño ni tiene carácter revolucionario si se tiene en cuenta que lo dicho respecto de Roma está referido al procedimiento formulario, pero que, como se sabe, en el procedimiento de la "extraordinaria cogniticio" y, sobre todo, en la evolución del Bajo Imperio y que ha continuado Justiniano, ha cobrado vigor el sistema de "sportulae" debidas a los magistrados y funcionarios que han proliferado, absorbiendo la mayor importancia del gasto procesal, en tanto la función de la representación y defensa procesal se ha minimizado, y ha sido, en todo caso, cuestión privada de las partes.

Naturalmente, cuando esta minimización ha llegado a su máxima expresión ha sido en los primeros siglos de la Reconquista, con el predominio de un proceso popular y de prueba tasada, basado las más de las veces en la práctica de la ordalía, donde la voluntad divina ha hecho innecesario el razonamiento de las partes. Ni aun en el período de superación el gasto de representación y defensa ha figurado en el reparto de la "calumnia", si bien la presencia en él del perjudicado hace suponer que le permitiría retribuir particularmente a los que le apoyaran o ayudaran en el trance.

Hay que esperar a los siglos XII y XIII para que con la tecnicización del Derecho la representación y la defensa adquieran la importancia que ya no volverán a perder. Del último siglo citado es la constitución de Jaime I, en Cortes de Barcelona de 1251, en la que se ordena que los abogados juren no recibir salario alguno en causa secular hasta que sea terminada, permitiéndose el que exijan caución <sup>225</sup>, disposición tanto más interesante cuanto que

---

223. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 38-40.

224. Vid. la ley repetidamente citada en nota 68.

225. *Constitutions*, vol. 1.º, IV, 8, 1.



contradice otra de las mismas Cortes, cuya interpretación rigorista induce frecuentemente a pensar en una prohibición general de la profesión de abogado<sup>226</sup>.

La preocupación por limitar la remuneración del abogado, y también la del procurador, se ha dejado sentir más en Cataluña que en el resto de los países hispánicos. Fernando I, en Cortes de Barcelona de 1413, fija tres dineros en primera instancia y dos dineros por libra en las otras, sin sobrepasar treinta y siete libras dos sueldos en la primera ni veinticinco libras en las otras<sup>227</sup>, lo que supone equipararlos a los jueces, relatores y árbitros, salvo en el límite máximo, que es el más amplio de éstos. Esta equiparación se desnivela, estimándose por la doctrina, sobre todo después de la fijación de aranceles judiciales en 1503, que el salario del abogado es la mitad del salario del juez<sup>228</sup>, generalizando así una proporción que en la citada disposición de 1413 ya existía para las causas de ejecución, en las que los jueces o consejeros no debían sobrepasar el tercio del salario de la primera causa, ni los abogados la mitad de dicha tercia. A su vez, la doctrina fija el salario del procurador en la mitad del del abogado<sup>229</sup>, no dejando de ser curioso que esto último se siga admitiendo hoy como criterio, entendiéndose que el abogado puede minutar por el doble de lo que minuta el procurador, sometido, como se sabe, a arancel.

Como se dijo anteriormente, en la práctica judicial catalana, estos gastos de abogado y procurador reciben el nombre específico de "palmarium"<sup>230</sup>, recayendo nuevas limitaciones en las Cortes de Barcelona de 1702, celebradas bajo Felipe V, como consecuencia de las cantidades considerables exigidas por los abogados, que dejaban a los litigantes sumamente gravados, hasta el punto de no poder soportarlos y haber de dejarlos con gran perjuicio de sus haciendas<sup>231</sup>. Las Cortes piden entonces se aplique como tasa la de un real de moneda de Barcelona por artículo, y en los trabajos de

---

226. Id., vol. 3.º, I, 8, 3.

227. Vid. nota 126.

228. Vid. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 4.

229. Id. id., núm. 5.

230. Vid. nota 54.

231. Vid. nota 4.



uno sólo, o juntas de dos o muchos abogados, no más de seis reales por hora, valiendo el límite de la mitad para los procuradores.

Como opinión común a la doctrina de los siglos XVI y XVII, y que hay que suponer puede extenderse a las demás épocas, puede citarse la de que el abogado en la propia litis no pueda exigir expensas por el concepto de la defensa procesal. Así se manifiesta en Castilla Yáñez Parladorio<sup>232</sup>, y Ripoll, en Cataluña, tras de afirmar que abogados y procuradores no pueden pedir las expensas, sino que han de hacerlo los principales en la causa, declara también que cuando actúan en causa propia, por costumbre, no lucran el "palmarium"<sup>233</sup>. Con referencia a los juicios de residencia, Castillo de Bovadilla dice que siendo condenado en costas el capitulante, no debe pagar al vencedor las costas de abogado, si éste era letrado o asumió su propia defensa, aunque admite que pudiera cobrar el interés por lo que dejó de ganar y ocuparse en otros negocios<sup>234</sup>, es decir, aplica la doctrina del "lucrum cesans".

*E. El resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso*

Con el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso se abandona el campo del concepto estricto del gasto procesal, para entrar en el del concepto amplio o lato del mismo. Dentro de la presente rúbrica cabe el estudio, como se recordará, de los gastos de desplazamiento de las partes y de los daños ocasionados por las actuaciones procesales.

*a) Gastos de desplazamiento de las partes*

Históricamente parecen compartir la primacía temporal junto con los gastos de representación y defensa procesal, dado que a unos y a otros parecen limitarse las costas del procedimiento formulario en el Derecho romano<sup>235</sup>.

---

232. YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.<sup>a</sup> parte, par. 18, núm. 14.

233. Loc. cit. en nota 54.

234. CASTILLO DE BOVADILLA, op. cit., lib. V, cap. II, núm. 104, pág. 621.

235. Loc. cit. en nota 222.

Su presencia aparece constatada también en el Derecho visigodo por una disposición de Recesvinto sobre aquel cuya inocencia es demostrada, debiendo ser liberado de las molestias originadas por los que se las han causado. El monarca dispone que si alguien es obligado a acudir a la presencia del príncipe o de algún juez para la prosecución de una causa y después fuera probado que era injusta la contención, el obligado injustamente reciba del querellante cinco sueldos si hubiera habido de recorrer un camino aproximado de cincuenta millas, o seis sueldos si el camino hubiera sido de sesenta millas, aumentando un sueldo por cada diez millas más hasta la cantidad de diez sueldos por las cien millas<sup>235 bis</sup>. La distancia de cincuenta millas recuerda forzosamente la ley de Teudis, en cuanto aquí sirve de módulo para la exigencia de derechos del sayón, como la cantidad de cinco sueldos recuerda la que ese demandado inocente debería haber pagado al demandante en el supuesto de no haber comparecido a tiempo.

Sin embargo, posteriormente su importancia queda limitada, como se recordará que hizo notar Yáñez Parladorio<sup>236</sup>, a los tribunales centrales del Rey, en cuanto que son los que dan nacimiento a importantes gastos de desplazamiento. Así, Alfonso IX, en las Cortes de León de 1188, tomando medidas contra el que recurriera a él haciendo o diciendo "mezclam", esto es, agravio u ofensa de alguien y no lo probara, condena al "mezclantem" a agraviante al pago de los gastos que hiciera el "mezclatus" o agraviado en ir y venir<sup>237</sup>. Es una época en que se tiene que prestar forzosa atención al que se desplaza de su lugar de origen para acudir al Rey, dando lugar a garantías especiales<sup>238</sup>.

Las Leyes del Estilo son las que mejor reflejan este gasto procesal, al tratar de las costas en la apelación, especificando la existencia de aquellas por los días festivos o no festivos que la parte

---

235 bis. *Lib. Iud.*, II, 2, 10.

236. Loc. cit en nota 61.

237. Vid. nota 25.

238. Recuérdese, por ejemplo, el usatge "Auctoritate et Rogatu".

contraria hubiera de residir en la Corte<sup>239</sup>, extremo sobre el que insisten aun en el caso de que el alcalde prolongara el pleito por excepciones y aunque el vencido dijera que entre tanto podía haberse ido su contrario de la Corte, contándose, además, en las costas los días de ida y regreso<sup>240</sup>.

Finalmente, también están presentes en el procedimiento de pesquisa encomendado a los corregidores, según atestigua Castillo de Bovadilla. Si el pesquisidor ha de ejecutar condena de costas, lo accesorio, que son las costas, ha de seguir la naturaleza del negocio principal, y si en lo más se procede a ejecución, con más fuerza en lo menos, entrando, por regla general, en esa condena las costas personales que hizo el querellante desde que salió de su casa para ir ante el Rey y acudir al Consejo a pedir pesquisidor, y por el tiempo que estuvo en la Corte. El escritor castellano se refiere después al criterio distinto de no acostumbrarse a condenar en costas personales y procesales causadas en la competencia de jurisdicción entre pesquisidor y algún eclesiástico u otro juez, habiéndolo visto determinar así por los alcaldes de la Corte, y moderando mucho. en todo caso, unas y otras, sin meter las costas de los abogados cuando eran varios en negocio leve, ni del abogado que ayudara gratis, precisando que las costas personales tampoco se cobraban cuando era algún amigo el que había hospedado al querellante durante el pleito<sup>241</sup>.

---

239. Ley 164. "... Et por quantos dias feridos, o non feridos anduviere en la corte, habrá costas para cada dia de la una parte a la otra, el vencedor del vencido las costas que dichas son, maguer los que han el pleyto en la corte, se han de ir de la villa do el Rey está."

240. Ley 165. "En que costas ha de ser condenado el vencido, et como se librará."

"En razón de las costas de que ha de ser condenado el vencido al vencedor, serán contados los días que estuvo en la corte desde que fue emplazado, maguer el alcalde alongase el pleyto por dilaciones, et maguer el vencido diga que se pudiera ir su contrario de la corte entre tanto. Et otro si, han de contar en las costas los días de venida, et de tornada."

241. CASTILLO DE BOVADILLA, op. cit., tomo I, Madrid, 1775, lib. II, cap. XXI, pág. 848. Vid. también la glosa Gregorio López a *Part.* III, 22, 8, planteándose el supuesto de que el "victor" hubiese sido hospedado por un amigo, de donde no hiciera expensas, o el de que el abogado amigo le prestara patrocinio gratuito, lo que resuelve el jurista castellano diciendo que debe distinguirse según hubiera o no "animo donandi".



## b) Daños ocasionados por las actuaciones procesales

Como ya se anticipó, en alguna época, y concretamente en la de los primeros siglos de la Reconquista que culmina con los denominados fueros extensos, existe en determinados aspectos una cierta confusión o mezcla entre el daño procesal y el daño que calificamos de sustantivo, para referirnos al de la relación jurídica debatida en el proceso. Esta confusión se produce en un sistema que, influido o no por él, recuerda el del "Gesamtbusse" del Derecho germánico. Este, pagado por el malhechor, se divide, según los pueblos, entre el querellante y el poder público; el querellante, el rey y el tribunal popular, etc., constando fundamentalmente de una prestación destinada al querellante, denominada "Wergeld" o "Busse" en sentido estricto, y una prestación al poder público que se denomina "Friedensgeld", y más tarde "mulcta", "pena", "Brüche" o "Wette"<sup>242</sup>.

En el Derecho reflejado por los fueros extensos de León y Castilla también el malhechor paga una determinada cantidad global, que en latín se denomina "calumnia", y que romanceadamente adopta las formas de "calonnia", "caloña" y formas parecidas, la cual, como ya se ha visto en textos citados, se distribuye entre el querellante y los que ejercen la función judicial y coactiva, generalmente, por terceras o cuartas partes<sup>243</sup>. La calificación que algunas veces se da a la participación privada de "enmienda" o "satisfacción" aleja dudas en esos casos sobre su naturaleza, que, en cierta manera, puede ser análoga a la de una responsabilidad civil en materia criminal de nuestros días, pero su unión con las cuotas encaminadas a retribuir el gasto del órgano judicial y del órgano ejecutor en bloque sólido empaña otras veces esa naturaleza, máxime cuando en esos fueros no se suele precisar que la participación privada sea la del perjudicado por el delito, sino la del querellante. Es cierto que, generalmente, querellante y perjudicado coinciden, pero también es cierto que puede haber alguna ocasión en que esa coincidencia no se dé, o no se dé plenamente.

---

242. Vid. Rudolf Hirs, *Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Munich-Berlín, 1928, págs. 96-102.

243. P. e., locs. cit. en notas 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 106.

Por de pronto, mueve a sospecha el que insistentemente se eluda la palabra perjudicado, para situarse en un terreno puramente procesal y utilizar siempre la de querellante, lo que puede significar que no se excluye el que en algún momento no sea la misma persona, lo que aparece confirmado por el hecho de que alguna vez se habla también vagamente de persona que tenga parte en la calumnia<sup>244</sup>. Si alguna vez, en efecto, la citada coincidencia no se ha producido, podemos encontrarnos ante el resarcimiento de una persona no en virtud de los daños que se han irrogado por el desconocimiento de su titularidad en un derecho, sino por los que se le han podido irrogar en su condición de persona que ha emprendido una acción, y a causa del proceso que se ha visto obligada a seguir.

Independientemente de las consideraciones anteriores, con las que no se trata sino de plantear un problema de gran interés conceptual, pero que no puede resolverse en un trabajo de las presentes proporciones, lo que es indiscutible es la existencia de unos daños ocasionados por las actuaciones procesales, que en cuanto son imputados por el Derecho a una de las partes para soportarlo económicamente, y en cuanto son daños nacidos exclusivamente de la existencia de un proceso, con independencia de la relación sustantiva que en el mismo se pueda debatir, hay que calificar de gastos procesales, aunque, como repetidamente se ha dicho, no estén incluidos dentro de un concepto estricto. Estos daños pueden nacer: *a)* de la desobediencia al mandato judicial; *b)* de la falta de perfeccionamiento del proceso, y *c)* de la desviada utilización del órgano judicial.

*a')* Por desobediencia al mandato judicial. Por lo que se refiere a la incomparecencia, Chindasvinto ya prevé que el juez, interpelado por alguien, compela al adversario a comparecer mediante carta o sello, y aquél dilate o contienda sobre acudir a juicio, en cuyo caso, y sólo por la dilación, independientemente de los cinco sueldos de oro que ha de pagar al juez, ha de pagar otros cinco al demandante, salvo que por testigos pruebe y

---

244. Vid. *Fuero de Brihuega*, ed. cit., pág. 129, en cuanto al supuesto del que mata y no puede pechar el coto, por lo que sus bienes son colocados en almoneda, pero ordenando que "no la saque Juez, ni Alcalde ni ome que part aya en la calonna".

preste juramento de que no lo hizo por contención. Si quien discute la orden judicial es un obispo y dilata el nombrar representante suyo, paga cincuenta sueldos, de los que treinta aprovecharán al sacerdote demandante, rigiendo lo mismo para presbíteros, diáconos, subdiáconos, clérigos y monjes. La disposición prevé también situaciones de edad o enfermedad, y luego, de distancia, de forma que concede once días para acudir si se está a cien millas, y veintiún días si se está a doscientas, pagándose en el primer caso veinte sueldos y en el segundo diez si se sobrepasan los plazos, cantidades de las cuales la mitad es para el demandante <sup>245</sup>.

Interesa destacar que aun cuando en principio existe una pena originada por el desobedecimiento al mandato judicial, sólo una parte de ella tiene la verdadera naturaleza de pena procesal, que es la destinada al juez. La parte destinada al demandante, si tiene algún fundamento, y caprichosamente no puede haber sido dispuesto, tiene que ser forzosamente la de resarcirle del que le produce la incomparecencia del citado. Sólo en caso de insolvencia se opera una transformación en pena, pero no de carácter civil o de satisfacción pecuniaria, que no es posible, precisamente por la insolvencia, sino de pena criminal consistente en castigo corporal <sup>246</sup>.

El Derecho del "Liber Iudiciorum" revive, como es natural, con el Fuero Juzgo, en el que hay cambios de atribución de origen,

---

245. "... Et si tali admonitione conventus aut se dilataverit aut ad iudicium venire contemserit, pro dilatione sola quinque auri solidos petitori et pro contemtu quinque alios iudici coactus exolvat... Quod si quilibet episcopus admonitionem iudicis, fretus honore sacerdotali, contemserit et pro sua persona adsertorem dare distulerit, confestim a iudice negotii seu a provincie sue duce vel comite compulsus quinquaginta solidorum damnum excipiat, ex qua summa pecunie XX solidi iudici contempto proficiant, XXX vero sacerdoti ipsius petitor consequatur... si vicensimum primum diem transcenderit, XX auri solidos coactus exolvat. Nam et his, qui de centum milibus superiorem ordinem preteriens constitutionem undecimi diei fuerit supergressus, et idem decem solidorum damnum excipiat, de quibus damnis superius institutis medietatem sibi iudex adquirat, alteram vero medietatem pars petitoris obtineat..." *Lib. Iud.* II, 1, 19.

246. "... Quod si non habuerit, unde conponat quinquaginta flagella contemptor idem vel dilatator coram iudice verberetur... Sin autem solummodo contemptor exiterit et non habuerit, unde compositionem exsolvat, absque ulla testificandi iactura XXX flagella suscipiat..."



pues se hace a Recesvinto en lugar de Chindasvinto<sup>247</sup>, pero pasa también a los Fueros de Cuenca y Teruel, aunque en este último una redacción algo ambigua permite pensar que no se castiga con cinco sueldos para el juez y otros cinco para el demandante, sino sólo con cinco sueldos para ambos<sup>248</sup>, lo que en Cuenca deja de ser ambiguo para confirmarse que ahora sólo se imponen cinco sueldos, de los que la mitad se destinan al juez y la otra mitad al demandante<sup>249</sup>. En la forma primitiva del "Liber" y del Fuero Juzgo se transmite, sin embargo, la disposición al Fuero Real<sup>250</sup>

b') Por falta de perfeccionamiento debido del proceso. Al resarcimiento de daños ocasionados por la

---

247. "... e despues que fuere lamado en tal manera, si quisiere alongar el pleyto, o non venir quisiere al pleyto, por que se asconde solamente, peche cinco sueldos doro a aquel que se querella. E por non querer venir, peche otros cinco sueldos doro al juez. E si non oviere onde los pague, reciba I. azotes antel iuez... E si algun obispo non quisiere venir por mandado del iuez, e si non quisiere dar personero que responda por él, el iuez de la tierra, o el sennor de la provincia le costringa, que peche L. sueldos, é daquellos L. sueldos aya los XXX el que se querellava dél... é pues que viniere aquel que se ascondiera, si fueren pasados los XXI. dias peche XX. sueldos doro. E aquel que es alongado por C. millas, si pasaren XI. días despues del plazo ante quel viniese, peche X. sueldos doro, é desta pena deve aver la meetad el iuez, é la meetad aquel que se querella..." *Fuero Juzgo*, I, 1, 17.

248. "Del que al plazo non uiniere... Que si alguno de los contendores ya aplazado assi como es dicho al plazo non uiniere, peche V sueldos al iúdez et al quereloso, si uençido fuere con aquellos dos uezinos delant los quales fue aplazado como el fuero mandado o enulado..." *F. de Teruel*, cap. 159.

249. "Siquis contemporum ad placitum non uenerit, ut dictum est, pectet quinque soldos, de quibus uidex habeat medietatem, et ille qui uenerit, aliam medietatem." *F. de Cuenca*, XVIII, 2.

250. "... E qualquier de los contendores que al plazo no viniere, ó no enviáre como debe, peche cinco sueldos para el Rey, é otros cinco sueldos a su contendor que viniere al plazo ó que enviare. E si aquel que no viniere, diere escusacion derecha por qué no vino, no haya pena." *F. Real*, II, 3, 1.

Vid. también *F. de Guadalajara*, cap. 94: "... el que no viniere al coto, peche medio maravedi al quereloso e medio al juez", y *Fuero Viejo*, III, 1, 3: "... e si a este plaço non parecier ante el Alcalde; e si aquel, que aplaço al otro non vinier a este plaço a demandarle, devel pechar el jornal, segun qual fuer el ome; o si fuer otro ome mayor, devel pechar cinco sueldo, e un dinero..."

falta de perfeccionamiento debido del proceso corresponden los de falta de presentación de la demanda y los de defectos en la pignoración.

En cuanto a los primeros, el Fuero de Soria impone a los querellantes que no acuden el pechar la demanda y el daño doblado, "caloña", que parte el "quereloso" con el consejo<sup>251</sup>. En Aragón, una disposición ya citada de Juan, Rey de Navarra, en Cortes de Alcañiz de 1436, condena a las expensas y al daño doblado al demandante que luego no formula la demanda contra el citado<sup>252</sup>.

En cuanto a los segundos, el Fuero de Guadalajara castiga con medio metal al que embarga prendas a un vecino, del que destina la mitad al querellado<sup>253</sup>; el Fuero de Cuenca impone cinco sueldos al emplazado que no aporta prenda, de los que la mitad también se destinan al contrario<sup>254</sup>, y aún el Ordenamiento de Alcalá impone al que emplaza maliciosamente y prenda el pagar el cuádruplo del daño al mal emplazado y prendado<sup>255</sup>.

c') Por la desviada utilización del órgano judicial. El punto de arranque puede hallarse, quizá, en el Derecho romano y en la Constitución del Emperador Zenón, cuyo epítome, tomado de las Basílicas, es recogido por Justiniano, pues permitiendo el juez aumentar la suma de las expensas hasta la décima parte de lo que se gastó de forma que lo que exceda pertenezca a los fondos públicos, prevé como cosa permitida que el juez quisiera resarcir a la parte victoriosa del perjuicio de la demora<sup>256</sup>. La Constitución no aclara suficientemente si ese perjuicio de la demora se refiere a intereses de la cosa litigiosa, en cuyo caso no

---

251. Vid. nota 122.

252. Loc. cit. en nota 62.

253. "... peche medio metal al juez e medio al quereloso." *F. de Guadalajara*, cap. 93.

254. "Si applacitatus pignora non adduxerit, ut dictum est pectet quinque soldos, de quibus iudex habeat medietatem, et querimoniosus aliam medietatem." *F. de Cuenca*, XVIII, 3.

255. "De los que echan amplaçamiento maliciosamente." "... si el emplaçado fuere prendado, é rescibiere algunt danno por esta raçon, tornele el Juez la prenda, é el emplaçador peche el danno con el tres tanto al emplaçado." *Ord. de Alcalá*, II, 2.

256. C. VII, 51, 5.



puede hablarse de gasto procesal, o de algo independiente y motivado por el proceso en sí.

En el Derecho canónico, cuando el actor o el reo litigan temerariamente, son condenados también “ad damnorum refectio-nem”<sup>257</sup>. Aun cuando puede considerarse discutible que este resarcimiento de daños sea un gasto procesal, debe tenerse en cuenta que se condiciona estrictamente a un modo de actuación procesal. Si se basara en daños nacidos de la relación jurídica substantiva no tendría por qué supeditarse su exigencia a una actuación temeraria, y si se hace así es porque los daños que se resarcen son los originados por la actuación procesal.

En estos casos puede decirse que los daños nacen de una desviada utilización del órgano judicial, o si se quiere, de no emplearlo adecuadamente, pero no en el sentido de una técnica, sino de un fin. Ese carácter tiene la repetidamente citada disposición dada para judíos y cristianos, en la que el judío vencido en la batalla de bastoneros se ve obligado al pago de una cantidad al cristiano por la “calumnia” que le demandara<sup>258</sup>, pues desde el punto de vista de relación jurídica sustantiva ya bastaba con que el resultado de la batalla exonerara al cristiano del pago de lo demandado. Esto se ve claramente en el Fuero de Soria, cuando castiga al que interpuso querrela injustificada al pago de cantidad, de la que la mitad se destina al querrellado<sup>259</sup>, y en el Derecho aragonés, donde se condena, en Cortes de Monzón de 1510, al acusante en las expensas y en los daños doblados, si sucumbe, a no ser que hubiera habido justa causa de acusar<sup>260</sup>, y anteriormente, en Cortes de Zaragoza de 1372, al que impetra letras del Justicia de Aragón y

---

257. Vid. *Codex iuris canonici. Praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab Emo. Petro Card. Gasparri auctus*, Roma, 1917, canon 1.910. Como Derecho histórico se cita C. 1, de electione et electi potestati, I, 6, in VI°; c. 1. de restitutione spoliatorum, II, 5, in VI°; c. 1. de exceptionibus, II, 12, in VI°.

258. Vid. nota 86.

259. Vid. nota 122.

260. Vid. nota 62.



las usa, cuando las obtiene, para impedir el oficio del Justicia citado<sup>261</sup>.

#### F. *Las penas procesales*

Como se anticipó, las penas procesales, históricamente hablando, van unidas generalmente al resarcimiento del injustamente perjudicado por las actuaciones procesales, aunque no siempre. Con ella tiene de común el que se trata de cantidades a cuyo pago es castigada la parte procesal que ha dado lugar a una actuación injusta por parte del órgano judicial o por parte del órgano ejecutor. La diferencia está, como ya se ha indicado en otro lugar, en el destino de esas cantidades, pues se trata de resarcimiento si lo percibe la otra parte contendiente, y de pena procesal si lo percibe el órgano judicial o ejecutor. Puede suceder que sólo lo perciba uno de estos dos, en cuyo caso no existe más que la pena procesal, o que la perciba uno de estos dos y la otra parte contendiente, fenómeno muy general, en cuyo caso hay que volver a insistir en que se ofrecen los dos gastos: el resarcimiento y la pena procesal. Es muy raro que se ofrezca sólo el resarcimiento, pero puede haber algún caso, y se ha citado uno de ellos en el Derecho visigodo<sup>262</sup>.

Desde el punto de vista de penas procesales, su finalidad es doble, según se examinen desde el punto de vista del Derecho penal o del Derecho procesal. Desde el punto de vista del Derecho penal, son sanciones por perturbar la administración de justicia. Una actuación superflua de ésta puede estorbar o impedir otra actuación conveniente o justa, independientemente de constituir una desobediencia respecto del poder público. Desde el punto de vista del Derecho procesal, forma parte de un sistema pecuniario de impulsión y corrección procesal, que, como tal sistema, no se da en todas las épocas, sino que aparece tímidamente en el Derecho visigodo y culmina en el Derecho de naturaleza local, para desaparecer cuando la justicia se tecnifica y el Derecho se territorializa, pese a que todavía haya alguna muestra en el Ordenamiento de Alcalá. Des-

261. Rúbrica "Quod impetrans literas", en *Fueros de Aragón*, ed. cit. pág. 45.

262. Vid. nota 235 bis.

pués, la justicia emplea otros sistemas para impulsar el proceso, sin necesidad de recurrir a la multa o sanción pecuniaria.

Desde el punto de vista de gasto procesal, interesa señalar que en las épocas citadas las multas procesales pueden corresponder a distintos periodos del proceso, como son: *a)* de iniciación; *b)* de garantía o caución; *c)* de perfección; *d)* de prueba, y *e)* de resolución.

*a)* En el período procesal de iniciación

Obedecen en este período, fundamentalmente, a la incomparecencia desobedeciendo la citación judicial, pudiéndose dar aquí por reproducidos los textos que se han citado con motivo de tratar del resarcimiento del injustamente perjudicado por estas actuaciones procesales<sup>263</sup>. Por tratarse de penas no acompañadas de resarcimiento del perjudicado, puede citarse el Fuero de Molina de Aragón, en el que el no acudir al emplazamiento en el procedimiento de pesquisa, es sancionado con un maravedí por cada plazo<sup>264</sup>, y el mismo hecho en el procedimiento de desafío es sancionado con diez mencales, tanto para el que desafió como para el desafiado<sup>265</sup>. También puede citarse el Fuero de Sepúlveda en cuanto al acotado que no acude el viernes ante el alcalde, por lo que paga maravedí<sup>266</sup>, el Libro de los Fueros<sup>267</sup> y, desde luego, el Ordenamiento de Alcalá, donde lo que se refleja es una limitación del sistema, al imponer el máximo de seis maravedíes para los sitios donde se acos-

---

263. Vid. notas 245-252.

264. "Et qualquiere que toxieren los pesquisidores ante los alcaldes porque ayan derecho, aquel que uen<sup>o</sup>ido fuere por juyzio de los alcaldes, peche todo aquello por quanto fuere uencido et constringanle los pesquisidores fasta que peche aquello. Et qui non uiniere a sus plazos, peche un maravedí a cada un plazo..." *F. de Molina de Aragón*, cap. XVIII.

265. "Todo omne que desafiado fuere et non uiniere a su plazo, peche diez mencales, et si aquel non uiniere quel desafío, peche diez mencales."

266. Vid. *Los Fueros de Sepúlveda, Estudio histórico-jurídico*, por Rafael GIBERT, Segovia, 1953, pág. 519.

267. "Esto es por fuero de un omne que muestra sennal de jues delante dos vesinos derechos e non viene faser derecho ante el alcalle: deue pechar cinco sueldos por quantos quier que non vengán antes al alcalle..." *Libro de los Fueros de Castilla*, cap. 78.

tumbrara a llevar más, y respetar la norma que hubiera en los sitios donde se acostumbrara a llevar menos <sup>268</sup>.

b) En el período procesal de garantía o caución.

Dentro de este período, las principales multas procesales lo son: a) por no dar prenda; b) por no devolverla; c) por defecto de forma al preñar; d) por preñar a quien no se debe; e) por ocultación de prenda, y f) por negativa de garantía.

a') Por no dar prenda. Es el caso ya citado del Fuero de Cuenca del emplazado que no la aporta <sup>269</sup>, y el del Fuero de Usagre, respecto del que litiga ante alcalde y no aporta la bestia mandada, por lo que pecha maravedí <sup>270</sup>.

b') Por no devolverla. En el Fuero de Salamanca se imponen penas por no devolver las prendas liberadas por los alcaldes o justicias <sup>271</sup>, y en el de Usagre duplica el que no suelta bestia o prenda mandada soltar por el alcalde <sup>272</sup>.

c') Por defecto de forma al preñar. El Fuero de Usagre castiga con un maravedí el preñar dos veces en el día <sup>273</sup>, y el Fuero de Alcalá sanciona con sesenta sueldos al que prenda sin ir asistido de un vecino, o con cinco sueldos si quien se asiste es de la aldea <sup>274</sup>, como, asimismo, sanciona con cinco sueldos al que prenda en domingo o jueves <sup>275</sup> o después del sol <sup>276</sup>.

d') Por preñar a quien no debe. En Alcalá, pecha el preñado que prenda a su vez <sup>277</sup>. Según el Fuero de Ledesma, se pecha por preñar a alcaldes o fiadores de concejo, y a andadores y sayones <sup>278</sup>, como también a hombre muerto <sup>279</sup>, a pa-

268. *Ord. de Alcalá*, II, 4: "Que la Sennal, ó el emplaçamiento en que cayeren en los Cibdades, é Villas é logares non sea mas de seis maravedís."

269. Vid. nota 254.

270. *Fuero de Usagre*, cap. 15.

271. *Fuero de Salamanca*, cap. 95.

272. *Fuero de Usagre*, cap. 27.

274. *Fuero de Alcalá*, cap. 232.

275. *Fuero de Alcalá*, cap. 255.

276. *Fuero de Alcalá*, cap. 256.

277. *Fuero de Alcalá*, cap. 249.

278. *Fuero de Ledesma*, caps. 43 y 44.

279. *Fuero de Ledesma*, cap. 140.



riente al verse prendado por otro<sup>280</sup> o a mercader sin mandato de alcaides<sup>281</sup>. En Guadalajara se pecha por embargar prendas a vecino<sup>282</sup>.

e') Por ocultación de prenda. Aparece sancionado en Salamanca el ocultar prendas a las justicias, fiadores del concejo y a vecinos<sup>283</sup>.

f') Por negativa de garantía. En Guadalajara pecha tres maravedíes el que no quiere dar fiadores de salvo<sup>284</sup>.

c) En período procesal de perfección

En este período las penas procesales recaen: a) por no formalizar la demanda o petición; b) por no aceptar el procedimiento legal que se le ofrece; c) por inducir injustificadamente a actuaciones de perfeccionamiento, y d) por eludir el desarrollo del proceso incoado.

a') Por no formalizar la demanda o petición. Pueden darse aquí por reproducidos algunos de los textos utilizados al tratar del resarcimiento del injustamente perjudicado por la falta de perfeccionamiento debida al proceso.

b') Por no aceptar el procedimiento legal. Es uno de los supuestos previstos en el Fuero de Zamora. Cuando una persona atribuye a otra un delito de sangre contra su familia, la que sufre la atribución puede ofrecer a la otra el dirimir la cuestión de forma que si no acepta pecha diez maravedíes por domingo que pase, los cuales se distribuyen entre el juez y el querellante<sup>286</sup>.

c') Por inducir injustificadamente a actuaciones de perfeccionamiento. El Fuero de Alcalá

---

280. Id., cap. 146.

281. Id., cap. 150.

282. Vid. nota 253.

283. *F. de Salamanca*, caps. 93 y 94.

284. *F. de Guadalajara*, cap. 50. Vid. también el *Fuero de Brihuega*, ed. cit., pág. 132, en el que no quiere dar salvo pecha diez maravedíes al querellante.

285. Vid. notas 251-252.

286. *Fuero de Zamora*, cap. 69.

hace duplicar la petición al que obliga a jurar mancuadra a un vecino, y después deviene él culpable manifiesto <sup>287</sup>.

d') Por eludir el desarrollo del proceso incoado. Este supuesto se da en el Derecho visigodo, en una curiosa "novela" de Egica, que reacciona contra los perjuicios que ocasiona a la justicia el no terminar de dirimir los negocios, independiente de la dificultad de calmar a los contendientes. Frente a la práctica de los que sometiendo a juicio sus pretensiones intentan luego llevar a su fin mediante acuerdo antes de que la causa sea resuelta, el monarca decreta que después de comenzar la causa contara el contendiente no puede convenirse con éste ninguna forma hasta que lo permita la potestad real, condenando de otra forma a pagar al Rey cantidad igual a aquella por la que litigara, cantidad que se divide entre el juez y el sayón, aplicándose pena corporal en el caso de insolvencia <sup>288</sup>.

d) En el período procesal de prueba

Las penas procesales en el sistema indicado de los fueros extensos van decayendo a medida que el proceso va llegando a su fin. La razón está en que la importancia de obligar a las partes a realizar actuaciones es mayor en los períodos de iniciación y de perfeccionamiento, porque sin esa actuación el proceso no puede seguir adelante, y la justicia no cumple su misión. En el período probatorio ello no ocurre ya en la misma forma, de forma que la parte que no actúa procesalmente como el Derecho desea se perjudica a ella misma, y no al proceso. No obstante, todavía se observa la presencia un poco diluidas de esas penas, como en el Fuero de Alcalá en lo relativo a la celebración de lid <sup>289</sup>.

e) En el período procesal de resolución

Finalmente, y cuando no hay verdaderamente una estimación del gasto procesal como tal, se impone un sistema de penas para evitar los litigios injustificados o temerarios, como sucede en el procedimiento formulario romano con las llamadas "poenae temeré

287. *Fuero de Alcalá*, cap. 182.

288. *Lib. Iud.* II, 2, 10.

289. *F. de Alcalá*, cap. 77.

litigantium”<sup>290</sup>, las cuales reaparecen en la Edad Media en el Código de Huesca, donde se impone la “calonia” de sesenta sueldos para el demandante de heredad que es vencido, y como tal pena por litigar temerariamente, dirigida contra los que litigan locamente<sup>291</sup>, y menos técnicamente en el Fuero de Avilés, con la misma pena y en el mismo caso<sup>292</sup>.

### G. *Otros gastos*

El proceso da lugar a algunos otros gastos, que resultan de difícil catalogación entre los distintos grupos que se han hecho. Entre esos gastos se encuentra el de utilización de algún material, como el alquiler del hierro en la ordalía consiguiente dentro del Fuero de Jaca, que recae en principio sobre el que le ha de llevar, soportándolo la parte contraria si aquél sale indemne<sup>293</sup>; el pago de los testigos que han de desplazarse al otro lado del Duero, en el Fuero Viejo de Castilla<sup>294</sup>, y las tasas pertenecientes al carcelero, que se dan en muchos textos, y que pueden verse, entre otros, en la disposición que sobre las mismas da el príncipe Felipe en las Cortes de Monzón de 1553<sup>295</sup>. En cuanto a la condición de gasto procesal de este “carcelatge” y denominaciones similares, debe tenerse presente que la cárcel no está empleada entonces como medio punitivo, sino como medio garantizador y auxiliar del proceso. Por ello, y a diferencia de lo que ocurre hoy, incluso aún en el

---

290. Vid. SCIALOJA, *op. cit.*, pág. 273.

291. *Fueros de Aragón*, ed. TILANDER, cap. 142: “De pena temere litigancium, ço es que pena deuen sufrir aquellos qui pleytian loca mientre”. *Fueros de Aragón*, ed. SAVALL Y PENÉN, t. II, libr. III, pág. 104: “De poena temerè litigantium”, y tomo I, pág. 257: “De poena temerè litigantium”.

292. “... que aquel que será venzudo pectet LX solidos al Rei.” *F. de Avilés-Oviedo*, ed. cit., cap. 8.

293. *F. de Jaca*, ed. cit., cap. 316. Se habla de “alogar” el hierro.

294. “... e el Fiel develes ir rescivir aquel logar a costa de amas partes.” *F. Viejo de Castilla*, ed. cit., III, 2, 8.

295. Se dispone que la tabla que antiguamente se solía tener colgada en la sala de la prisión, con las tasas del carcelero, como de mesa, y otros derechos pertenecientes al carcelero, así como a Alguaciles, Vegueres, Notarios de lo criminal y otros oficiales, sea reparada y vuelta a dicha Sala para remediar abusos.



período anterior al juicio, pues aun entonces hay una presunción de culpabilidad, en aquellas épocas es el propio encarcelado el que paga su estancia, y, por ello, a veces, le es reintegrado ese pago cuando resulta inocente.

#### H. *La proporcionalidad entre los distintos gastos*

El estudio de los diversos tipos de gastos procesales realizado en forma aislada no sólo no puede ofrecer la visión adecuada, sino que puede proporcionar una visión deformada. El historiador y el jurista necesitan elevarse por encima de ese estudio aislado y obtener la visión panorámica de los gastos procesales a través de las diversas épocas y a través de la proporcionalidad que ha podido apreciarse entre ellos. Bajo el ángulo del gasto procesal puede acometerse un ensayo de la tipología de los procesos que han regido de manera más o menos intensa en nuestro país, en la siguiente forma: *a)* proceso romano de gasto extraprocesal; *b)* proceso romano complejo de gasto particularizado; *c)* proceso visigodo retributivo del órgano resolutorio-ejecutor; *d)* primitivo proceso cristiano indemnizatorio; *e)* evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor, y *f)* proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos.

##### *a)* El proceso romano de gasto extraprocesal

Los principales romanistas coinciden en que las costas son prácticamente desconocidas en el período de las “*legis actiones*” y en los primeros tiempos del período formulario, dada la utilización de formas primitivas, la ausencia de órgano burocrático y el limitado campo de actuación del Derecho<sup>296</sup>. Especialmente el proceso de las “*legis actiones*” puede decirse que es un proceso de gasto extraprocesal, en cuanto que lo que ha de soportar la parte vencida es el “*sacramentum*”, o cantidad puesta en juicio en el litigio, la cual corresponde a la relación jurídica substantiva y no al proceso, aunque a través de éste se decida quién ha de soportarlo. El “*sa-*

296. Vid. SCIALOJA, op. cit., nota de redacción en pág. 273, y CHIOVENDA, op. cit., págs. 36-37.

cramentum” viene a ser la valoración pecuniaria de la relación jurídica que puede no tener tal carácter, y cuando el proceso decide sobre él está decidido sobre la relación que sustituye.

Por lo que se refiere al proceso formulario, los autores parecen estar de acuerdo también en la escasa importancia de las costas, que, como ya se ha dicho en otros apartados, parecen reducirse a los gastos de desplazamiento y a los de representación y defensa, pero unos y otros en forma muy moderada. Los verdaderos gastos experimentados por las partes no son apreciados jurídicamente como tales, es decir, no son imputados a nadie expresamente para que los soporte, y en este sentido puede decirse que son gastos *extra-procesales*, o, por lo menos, que no son gastos procesales. La condición de “honor” en el ejercicio de la jurisdicción y el papel arbitral de los jueces, que desarrollan su papel como deber de ciudadanía, ha hecho que el proceso, como tal proceso, pueda considerarse gratuito.

b) El proceso romano complejo de gasto particularizado

A los procedimientos de las “*legis actiones*” y “formulario” sucede, en todo o en parte, el procedimiento de la “*extraordinaria cognitio*”, en el que las costas cobran una notable importancia. El procedimiento se hace complejo y el órgano que ha de tramitarlo también. Eminentemente escrito, se desarrolla la burocratización, y unida a ésta prolifera el elemento ejecutor, en tanto la magistratura se profesionaliza fuertemente. En consecuencia, es importante la retribución del complejo órgano resolutivo-burocrático-ejecutor, al mismo tiempo que la de la representación y defensa procesal, a la cual hay que ponerla tasa o límite. Sólo la retribución del elemento injustamente perjudicado por las actuaciones del proceso no tiene la importancia que los demás elementos, dependiendo casi por completo del arbitrio judicial.

A todo el ingente complejo mencionado no se le retribuye en forma unitaria, sino que el gasto aparece muy particularizado, en el sentido de desenvolverse en el pago de cantidades independientes o “*sportulae*” por las actuaciones que van realizando los diversos elementos integrantes del complejo. Puede decirse, por ello,

que es un sistema complejo de gasto particularizado, en el que las partes han de ir desembolsando progresivamente el precio de las distintas actuaciones durante el largo camino del proceso.

c) El proceso visigodo retributivo del órgano resolutorio-ejecutor

En el proceso visigodo destaca la importancia que tiene la retribución del órgano judicial y del órgano ejecutor. Uno y otro, durante largos períodos, han debido percibir derechos a su libre arbitrio, con grave perjuicio de los litigantes, lo que ha determinado una reacción que, en principio, ha sido más limitativa para el órgano ejecutor, pero a la larga, quizá, ha restringido más al órgano judicial.

Se ha conocido el resarcimiento de la parte perjudicada por desobediencia al órgano judicial y por los gastos de desplazamiento, como también han asomado las penas procesales, pero sin que uno ni otro concepto hayan alcanzado la importancia que tendrán en el período casi inmediatamente posterior. Por todo ello, puede decirse que, desde el punto de vista procesal, el proceso visigodo tiende fundamentalmente a la retribución de los órganos judicial y ejecutor.

d) El primitivo proceso cristiano indemnizatorio

El panorama ha cambiado por completo a la caída de la Monarquía visigoda. Ejercido el poder judicial por las clases poderosas, éstas han tenido interés en él como instrumento de gobierno. Cuando elementos de clases no poderosas han intervenido en el proceso no lo han hecho en función profesional, sino como deber cívico. Puede decirse que el órgano judicial no ha irrogado gasto procesal, ni tampoco el órgano burocrático, totalmente inexistente. Probablemente, sólo el órgano ejecutor ha podido originar algún dispendio para las partes.

De entre todos los gastos, el único que ha podido tener importancia es el resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso, aunque posiblemente no ha sido fácil distinguir lo que pueda haber habido de resarcimiento procesal, de lo que pueda haber tenido de resarcimiento por la relación jurídica substantiva. De



todas formas, dada la gratuidad del órgano judicial, y la inexistencia del órgano burocrático y de la representación y defensa procesal, bien puede calificarse el proceso de indemnizatorio de la parte injustamente perjudicada por el proceso, en cuanto es la única partida de gastos que puede haber tenido importancia.

e) El evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor

El proceso anterior ha evolucionado y, naturalmente, se ha hecho más complejo, pero no puede decirse que se haya burocratizado. Se ha profesionalizado en cuanto los que han juzgado o han ejecutado han dedicado toda su actividad a esa función, pero no se ha tecnificado, en cuanto han atendido más al sentimiento popular para administrar justicia que a la teoría del Derecho. Como consecuencia de ello, aunque haya aparecido la representación y defensa procesal, no ha adquirido una gran relevancia. Por otro lado, la administración de justicia ha devenido una fuente de ingresos.

Por seguir teniendo la administración de justicia un sentido popular y carácter de un sentido técnico, se ha atendido con especial atención a indemnizar a la parte perjudicada y se ha recurrido a las penas procesales para conseguir la feliz terminación del proceso. Por ese mismo carácter popular del órgano judicial, al que no se le reconoce de naturaleza esencialmente distinta de la de las partes, retribución del órgano declarativo-ejecutor y resarcimiento de la parte, ha formado un bloque sólido que se ha distribuido después por partes iguales. Hay que hacer notar que en este período no ha habido propiamente un proceso civil, sino que se ha tratado de un proceso penal muy acorde con el carácter popular de los órganos de la justicia.

En conjunto, pues, este proceso que aparece reflejado en los denominados fueros extensos y en las colecciones que inician la territorialización del Derecho en los siglos XII y XIII, es indemnizatorio, en cuanto atiende con interés el resarcimiento del perjudicado; es sancionador, en cuanto utiliza con generosidad la pena procesal, y es retributivo del órgano resolutivo-ejecutor.

## f) El proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos

Cuando con el gran impulso de la actividad legisladora de los siglos XIII y siguiente y la influencia del derecho común, la justicia se centraliza, el órgano judicial se tecnifica, el órgano burocrático se desarrolla y la representación y defensa procesal se hace imprescindible, el gasto procesal puede decirse que es el originado por la retribución de la burocracia y de los elementos técnicos que participan en el proceso, esto es, los jueces y magistrados, y los procuradores y los abogados. Podrá suceder que en algún territorio pueda excluirse el órgano judicial, como cuando en Aragón se declara la justicia gratuita, pero en ningún caso perderá importancia la legión de escribanos, cuyas argucias caligráficas habrá que regular, ni el gran conjunto de "golillas", "garnachas" y demás gente togada, que hablará un lenguaje ininteligible para los interesados. Las penas procesales quedan desplazadas, porque el tecnicismo de ahora las hace innecesarias, y también quedará desplazado el resarcimiento de la parte perjudicada, de una parte porque el mejoramiento de las comunicaciones y la facilidad de la representación aminora los gastos, y de otra, porque la tecnificación de la justicia concederá más importancia al problema abstracto debatido que a los problemas concretos de las partes, que ahora no son sino eso, "partes" de un todo gigantesco.

## 2. EL CÓMPUTO

En realidad, el examen de los diversos tipos de gastos procesales ya ha contestado la interrogación de cómo se procede al cómputo. No se trata aquí sino de resumir para, como en el caso de la proporcionalidad entre los gastos, obtener la debida síntesis. En este sentido puede decirse que existen dos sistemas de cómputo: A) el sintético, y B) el analítico.

A) *El sistema sintético*

El sistema sintético es el que parte de considerar el gasto procesal como una entidad unitaria. Gráficamente puede decirse que el sistema sintético considera "el" gasto procesal, mientras el sistema analítico parte de "los" gastos procesales.

El sistema sintético, por lo que tiene de simplista y de basto, no se ofrece nada más que en procesos de carácter rudimentario, y prácticamente es exclusivo de los que aquí se han calificado de "primitivo proceso cristiano indemnizatorio" y "evolucionado proceso cristiano, indemnizatorio, sancionador y retributivo del órgano declarativo-ejecutor". En este último, sobre todo, y como se ha visto, por regla general, no se van calculando los distintos gastos y acumulándolos para el cálculo del gasto total, sino que sobre la cuantía del litigio, o, y esto es lo más general, sobre la "calumnia" impuesta se señalan las cuotas o las cantidades que corresponden a los órganos que dan lugar al gasto procesal. Este sistema responde casi siempre a un proceso penal, pero también puede extenderse a un proceso civil, y lo demuestra textos ya citados del Código de Huesca y del Fuero de Avilés, donde al que demanda injustificadamente una heredad se le hace pagar una "calumnia" fija, independiente de los gastos que se hayan podido producir, o de los fueros de Valencia, donde es el cuarto el que se destina la curia en toda ocasión, sin preocupaciones porque un litigio dentro de una misma cuantía haya podido ser más o menos laborioso que otro.

Por lo demás, ningún sistema se ofrece puro. Ha podido comprobarse que, precisamente, en éste se ha seguido un procedimiento pecuniario de impulsión y corrección procesal que ha dado lugar a penas procesales particularizadas, pero aun así, en ningún caso esas penas han sido acumuladas para realizar un cómputo total. Una parte ha podido ser penalizada por desobedecer un mandato judicial, por no aportar prenda, por no dar garantía, por defectos en la proposición de la lid, etc., pero aunque haya corregido sus defectos procesales, si después ha sido vencida, habrá soportado en forma independiente la "calumnia" que ha dado lugar a la retribución del órgano resolutivo-ejecutor y al resarcimiento de la parte injustamente perjudicada por el proceso, cuando de proceso penal se ha tratado, o la "pena temerè litigantium", si ha sido proceso civil.

#### B) *El sistema analítico*

En cuanto es el sistema que corresponde a todo proceso complejo, es el más frecuente. Al procedimiento de la "extraordinaria



cognitio" ya se le calificó de sistema de gasto particularizado, y esta forma adopta también el proceso burocratizado y retributivo de los elementos técnicos. La intervención de los distintos elementos, jueces cuando no están excluidos y, sobre todo, escribanos, secretarios, alguaciles, abogados, procuradores, etc., da lugar al nacimiento de distintos gastos que, a veces, satisface de momento la parte que demanda esa intervención, pero que, finalmente, y sin perder su substantividad, son acumulados para calcular el gasto o los gastos totales del proceso, a fin de proceder a su imputación a la parte o a las partes que han de soportarlos en definitiva.

En alguna ocasión, los aranceles que regulan estos diversos gastos integrantes del coste total del proceso tienen carácter competitivo, como ocurre en Navarra, en las cortes de Pamplona de 1796, en las que los estados del Reino de Navarra piden que los curiales del tribunal eclesiástico se acomoden en la exacción de derechos a los aranceles formados para los tribunales de la Real Corte y Consejo. Lo consideran regalía y citan como precedente el haber conseguido en 1678 que los ministros del Deán de Tudela llevaran los mismos derechos que los ministros del Obispado de Pamplona e invocan la R. C. de 23 de junio de 1768 para que los tribunales eclesiásticos observaran el arancel real, a no tener otro aprobado por el Supremo Consejo. Aunque el Decreto recaído, de Joaquín de Fonsdeviela, manifestó que el Arancel real no era una regla para el arancel eclesiástico, y que no los gravaba más, los tres estados replicaron insistiendo en sus razones, y en que al ser más altos los aranceles eclesiásticos atraían los curiales más instruidos y de mejor concepto, dejando para los tribunales reales lo que por estar llenos los oficios no podían acomodarse en aquel Juzgado, con lo que consiguieron Decreto respondiendo que se concedía lo que pedían supuesto que se creía que gravaba más que el arancel real<sup>297</sup>.

El sistema analítico no tiene nada más que un defecto, y es el de la cuantía que puede alcanzar: Con el sistema sintético se sabe que el gasto procesal no puede exceder de una cantidad o de una cuota, mientras que en el sistema analítico nunca se sabe hasta dónde puede llegar el resultado de la acumulación de los

---

297. Vid. José ALONSO, *Recopilación y comentario de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*, tomo I, Madrid, 1848, págs. 103-105.

gastos parciales. Por ello domina en algunas ocasiones la preocupación porque la cuantía no rebase un máximo. Así en la ya citada constitución de Zenon, dentro del derecho romano, le está concedido al juez el aumentar la suma de las expensas, pero sólo hasta la décima parte de lo que se gastara<sup>298</sup>. Donde ha culminado esta preocupación ha sido en la época de la codificación. Puede verse el proyecto de reforma del R. D. de 17 de octubre de 1894, cuya base 5 señalaba que el importe de las costas exigibles a un litigante no podría exceder de una cantidad proporcional a la que fuera objeto del litigio, salvo caso de temeridad<sup>299</sup>, y la Ley de 31 de marzo de 1900 decretó que los gastos de defensa y costas no podían exceder de la mitad del valor de la cosa o derecho litigioso, si fuera valorable<sup>300</sup>.

### 3. LA DETERMINACIÓN

#### a) El órgano determinante

Normalmente, la determinación de la cuantía de las costas, como resolución, le es encomendada al órgano judicial, si bien la tasación puede ser realizada por el órgano burocrático o encomendarse a funcionarios especializados cuando se trata de órganos judiciales colegiados. Para facilitar la determinación suele requerirse el concurso de las partes litigantes.

La encomienda del señalamiento de las costas al juez es en el derecho romano una de las innovaciones que se atribuyen al Emperador Zenón<sup>301</sup>. En este período aparece el juramento de las partes sobre los gastos, pero que no obliga, sino que es mera indicación al juez<sup>302</sup>.

En los períodos en los que predomina el sistema sintético de cómputo, la intervención del juez aparece más pasiva o automática, en cuanto la verdadera determinación la da la norma, con carácter preventivo y general.

---

298. C. VII, 51, 5.

299. Vid. M. de la PLAZA, *op. cit.*, pág. 103.

300. *Id. id.*, pág. 106.

301. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 100.

302. *Id. id.*, pág. 105.

La encomienda más absoluta al Juez, dentro ya de un sistema analítico y más complejo, puede verse en el Fuero Real, donde se da por descontado que es al Alcalde a quien corresponde juzgar sobre las costas en los distintos supuestos, que son: *a)* el de no comparecencia; *b)* el de traer a juicio sin derecho; *c)* el de ineptitud de la demanda o acción; *d)* el de la excepción o defensa no justificada; *e)* el del juicio "afinado"; *f)* el de la apelación, y *g)* el de cualquier otro caso<sup>303</sup>. Este texto, al ser recopilado<sup>304</sup>, va a constituir el derecho castellano fundamental en esta materia hasta la codificación. En base al mismo, toda la doctrina, entre la que se puede citar a Covarrubias<sup>305</sup> y a Hevia Bolaños<sup>306</sup>, atribuyen la tasación al Juez, con la excepción del supuesto descrito por Castillo de Bovadilla de tasación por escribanos nombrados por las partes en las pesquisas sometidas a los corregidores<sup>307</sup>.

En la codificación tiende a deslindarse la tasación que corresponde al órgano burocrático, de la aprobación de la tasación, que corresponde al órgano judicial, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855<sup>308</sup>, como en la actual<sup>309</sup>. Aunque en otros territorios falte la declaración expresada, ello mismo es demostración de que

303. "Todo Alcalde que debiere juzgar costas, quier por razon de no venir al plazo que le fue puesto, quier por traher su contendor a Juicio sin derecho, quier por facer demanda que le sea tollida con derecho, é que por razon de ella sea delongado el Pleyto, quier por poner ante si defension que no sea el derecho, é por razon della se aluengue el Pleyto, ó que fuere derecha, é no le pueda probar, quier razon de juicio afinado, quier por razon de alzada, quier por otra razon cualquier guisada, é derecha, juzguelas en esta guisa..." *F. Real*, III, 14.

304. *Nov. Rec.*, XI, 19, 1.

305. *Covarrubias*, op. cit., cap. XXVII, núm. 6.

306. HEVIA BOLAÑOS, op. cit., tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

307. CASTILLO, op. cit., tomo I, lib. II, cap. XXI, pág. 258.

308. Vid. L. e. c. promulgada por R. D. de 5 de octubre de 1855, arts. 78 y 81. Según el primero, cuando hubiera condena en costas, habían de tasarlas los 'Escribanos de las Salas, con sujección a los Aranceles, y en los Juzgados de primera instancia los escribanos ante quienes se hubieran seguido los autos, tasando las costas de letrados, peritos y demás elementos no sujetos a aranceles, mediante minuta firmada. Según el segundo artículo citado, la aprobación de la tasación correspondía al Tribunal, o al juzgado de primera instancia, en su caso.

309. Vid. arts. 422 a 428 de la L. e. c. vigente.



se considera obvio que es el órgano judicial el encargado de la determinación.

Como se ha indicado anteriormente, la complejidad de los órganos judiciales colegiados da lugar a la especialización de funcionarios para la determinación o tasación. En las Audiencias castellanas, durante algún tiempo se ha encomendado la tasación al oidor más antiguo de la Sala que proveyera al tiempo de corregir la ejecutoria, pero en la de Valladolid, por ejemplo, se ha designado desde 1536 uno de los oidores que estuvieran presentes en la condena<sup>310</sup>, y en 1538 se ha regulado la actuación del "tassador de los procesos", que ha debido llevar un libro en el que ha asentado la razón de los procesos y las pruebas que haya tasado, declarando entre qué partes, nombre del receptor o escribano y dinero que se le mandara retener o devolver, debiendo firmar el citado escribano. Cuando ha estimado que se había llevado de más, ha tenido que acudir con el escribano de la causa al Oidor semanero de la Sala del pleito para que averiguara y proveyera<sup>311</sup>.

La figura del tasador aparece destacada tanto en los Consejos centrales como en las Audiencias y Chancillerías, durante el período de apogeo de estos órganos colegiados. Por lo que se refiere al Consejo Real, las Ordenanzas de La Coruña de 1554 establecen su función de tasar los derechos de procesos y escrituras que hubieran de llevarse por los Relatores, Escribanos de Cámara, Escribanos del Crimen, Relator de la cárcel y Escribanos de Audiencias y Alcaldes, no pudiendo llevarse tales derechos sin su previa tasación<sup>312</sup>. La Princesa Gobernadora en ausencia de Felipe II en Valladolid y en junio de 1556, prevé, incluso, la devolución a las partes de lo que se hubiera llevado de más<sup>313</sup>, que se obtiene del definitivo cómputo del tasador, y Felipe V, en Ventosilla, a 9 de enero de 1722, establece algunas limitaciones para los derechos a recibir por el Tasador general<sup>314</sup>.

El Tasador general del Consejo Real tiene su homónimo en las Chancillerías y Audiencias. Lo establece la Princesa Goberna-

---

310. Vid. Recopilación cit. de Ordenanzas, lib. IV, tít. 11, fol. 165.

311. Id., fols. 113-114.

312. *Nov. Rec.*, IV, 23, 1.

313. Id., IV, 23, 3.

314. Id., IV, 23, 4.

dora en ausencia de Felipe II, en Valladolid, en 1557, para que tase los procesos recibidos de los jueces inferiores por apelación<sup>315</sup>, y Felipe V, en la fecha anteriormente mencionada, establece la limitación de sus derechos<sup>316</sup>.

La indicada figura pasa de Castilla a Indias. Felipe II, desde Madrid, en 7 de julio de 1572, dice que por las Ordenanzas de Audiencias ha proveído que haya Tasadores y Repartidores, y ordena que sirva el oficio de Tasador y Repartidor la persona que convengan, y le señalen algún salario o entretenimiento moderado con cargo a los gastos de Justicia de la Audiencia<sup>317</sup>. Carlos II dispone se guarde lo resuelto por Cédula de 10 de mayo de 1619 sobre que se venda y remate en el mejor postor, procurando que sea el más idóneo, fiel y legal<sup>318</sup>.

En Cataluña parece existir una figura algo similar, aunque menos importante y menos regulada, que es la de los "calculadores", cuyo salario está reglamentado en cortes de Barcelona de 1493<sup>319</sup> y suscita frecuentes recelos<sup>320</sup>.

#### b) El procedimiento de determinación

En cuanto al procedimiento de determinación hay que distinguir aquellos gastos que el órgano determinante conoce por sí, de aquellos otros que no tiene ese conocimiento directo. Ejemplo de los primeros, pueden ser los derechos de registro y sello de las Reales Cartas y provisiones del Consejo, tal como aparecen reguladas en la Novísima Recopilación. Juan II, en Valladolid 1447, y Enrique IV, en Toledo 1462, prescriben que hayan de ser re-

315. Id., IV, 30, 1.

316. Id. IV, 30, 2.

317. *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* (vid. ed. facsímil del Consejo de la Hispanidad, Madrid 1943), II, 26, 1.

318. *Rec. Indias*, II, 26, 2.

319. PEGUERA, op. cit., rubr. 30, núm. 10. Se les paga dos dineros por libra, de forma que el salario no exceda de veinticinco libras.

320. Vid. RIPOLL, op. cit., núms. 69-70, que dice que la tasa se refiere a estimaciones derivadas "ex calculatione", y no a otras, en las que el salario es arbitrario y las partes no pueden convenir un mayor salario de los calculadores, y concluye que si el salario de los Relatores no asciende a veinticinco libras, menos debe ascender el de los calculadores.

gistradas las cartas y provisiones emanadas del Rey o del Consejo, de los Contadores Mayores, Alcaldes de Casa y Corte y Jueces Comisarios<sup>321</sup>. A su vez, Enrique II, en Toro 1369, prescribe el sello mayor, y no el sello de poridad, para las cartas de justicia<sup>322</sup>, sello mayor que Felipe V, desde el Pardo en 18 de septiembre de 1714, pondrá a cargo de Chanciller mayor en la Chancillería y Audiencia de Valladolid<sup>323</sup>. Por otra parte, los Reyes Católicos, en Valladolid, prevén el nombramiento por parte del Registrador mayor de tenientes de las Chancillerías, a favor de personas hábiles y suficientes en el número que fuera menester, poniéndolos el Presidente y Oidores a costa de los derechos del Registro, cuando no lo hiciera el citado Registrador mayor<sup>324</sup>.

De los citados derechos, el propio órgano judicial por sí, o por sus funcionarios especializados, como tasadores o calculadores, puede realizar el cómputo. De los demás, aun incluso de aquellos que parten del propio órgano burocrático, necesita, por regla general, el concurso de las partes que, como directamente interesadas, pueden ofrecer un cómputo exacto, de forma que el papel del órgano judicial es más bien de supervisor y, en su caso, de moderador.

El citado texto fundamental del Fuero Real indica que el Juez debe pedir a la parte a quien le han de ser satisfechas las costas, cuales fueran éstas, jurando su cuantía en el caso de que el Juez las encontrara normales, o la cuantía que el Juez señalara en el supuesto de que las encontrara excesivas. El Juez aprueba la tasación en las condiciones citadas, es decir, cuando ha existido el previo juramento de la parte a quienes se le han de satisfacer, y no la aprueba si hay resistencia a ese juramento, salvo que se debiera a la actividad contraria de la otra parte<sup>325</sup>. El texto, como

---

321. *Nov. Rec.*, IV, 13, 1.

322. *Id.*, IV, 13, 2.

323. *Id.*, IV, 13, 3.

324. *Id.*, V, 21, 1.

325. "... Demande a la Parte á que las de juzgar, quanto despendió por razón de aquel Pleyto señalado porque las ha de haber: e si dixere cosa guisada, é mesurada porque entienda bien el Alcalde que dice verdad mandele que jure que asi los despendió como dixo: é despues que jurare, juzgue asi como las juró, é no menos. E si el Alcalde entiende que dice cosa sin guisa amesurelas á su bien vista, así que ante diga de menos que de mas: é si como él las mesurare, la Parte que las ha de haber las juráre, jurelas, y



se ha dicho, es recopilado<sup>326</sup>. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el alcalde o juez decide sobre la prestación del juramento, pero una vez prestado éste ha de aceptar la tasación, pues tiene carácter vinculante, lo que destaca el Maestro Jacobo<sup>327</sup>.

Las Leyes del Estilo se ocupan de la tasación de costas del emplazado a oír la sentencia y que no comparece, al que se le emplaza nuevamente cuando el procurador del vencedor en costas pide plazo para computarlas, como también se emplaza al litigante personado por sí que, vencido en costas, se va de la corte sin autorización, pregonándolo por tres días<sup>328</sup>.

El momento de pronunciar la condena de costas es, generalmente, el de la decisión de la cuestión litigiosa, como puede verse también en las Leyes del Estilo, donde, como en el derecho caste-

---

despues que las hubiere juradas, juzguelas el Alcalde como las juraron, é no mas, ni ménos: é si el que ha de haber las costas no quisiere jurar por ella, el Alcalde no gelas juzgue, fuera ende si su contendor le quisiere quitar la jura: y asi mandamos que se juzguen, é se den todas las costas que las Leyes mandan dar, si la Parte las demandare, y en otra guisa no las juzgue el Alcalde." *F. Real*, III, 14.

326. Vid. nota 304.

327. "... E el iuyz puede texar elas despesas, e fazer a la parte que las ha de auer iurar sobrellas, mas puy la parte iurar sobrellas, non puede el iuyz toller delas que son iuradas." *Los Nueve tiempos*, en ed. cit., páginas 389-390.

328. Ley 167. "Como se han de tasar las costas contra el que fue dada sentencia, que non vino a oilla, et así ha de ser citado para la tasación."

"Otrosí, si alguno es emplazado porque venga a oír la sentencia, et non viene; et el alcalde da sentencia contra él; et aquel por quien es dado el juicio, es personero de aquel por quien es dado el juicio: et el alcalde a su pedimiento condenó al vencido en las costas derechas: a este personero dice que non sabe quantos son las costas nin quales, porque las él pueda demandar; et demanda plazo a que lo sepa, el alcalde debe gelo dar este plazo: mas el estimar de las costas debe ser emplazada la otra parte que venga a ver tasar las costas, si quiere; maguer que él fué rebelde, que non vino a oír la sentencia que se dió en el pleyto. Et si el señor del pleyto se va de la corte sin mandado, et dan la sentencia contra él, maguer sea demandador, debele el alcalde condenar en las costas: mas para la tasacion dellas debe ser emplazado ante que se faga la tasación, segund dicho es, et primero lo debe fazer pregonar por tres días segund es uso de la corte."

llano en general, se condiciona, además, a que hayan sido peditas <sup>329</sup>.

Al momento de tasar debe tenerse un criterio restrictivo sobre los gastos, en cuanto en todo momento del proceso debe aspirarse a un mínimo de aquéllos. Bardaxi, al comentar el fuero primero "De manifestatione bonorum", expone cómo para evitar gastos a las partes y para abreviar la litis, se dispone que los bienes manifestados sean extraídos del lugar en que lo son, dados fiadores idóneos <sup>330</sup>. La superfluidad de las costas está magníficamente expresada en una de las Leyes del Estilo, según la cual corresponde pechar al Alcalde las que resultan de aceptar un recibimiento a prueba sobre alguna circunstancia que aunque se probara no serviría para nada <sup>331</sup>. Más o menos modificadamente, el criterio ha llegado hasta nuestros días, al no comprenderse actualmente en la tasación los derechos correspondientes a escritos, diligencias y demás actuaciones que fueran inútiles, supérfluas o no autorizadas por la ley <sup>332</sup>.

La exigencia de la tasación cristaliza frecuentemente en la de no percibirse derechos antes de efectuada aquélla, como puede verse en Acuerdo de la Chancillería y Audiencia de Valladolid en 18 de julio de 1538, que prohibía a escribanos y relatores el dar procesos a Abogados y Procuradores o cobrar algo antes de ser tasados, so

---

329. Ley 251. "Quando el alcalde libra lo principal, debe librar los frutos et costas, si fueren pedidos, si non pecharlos ha." — "Si el alcalde del día, que juzga sobre la principal demanda, si non condena a la parte en los frutos, et esquilmo de la cosa sobre que juzga, si puede juzgar despues en los esquilmos, es a saber, que non, et si la parte los demandó, et el alcalde non los juzgó, pecharlos ha el alcalde: et si non los demandó, perderlos ha la parte. Et eso mesmo es en las costas."

330. BARDAXI, *op. cit.*, fol. 405.

331. Ley 174. "Como el alcalde debe pechar las costas quando rescibe a alguno a prueba de cosas que non aprovechan." "Es a saber, que si el alcalde rescibe a qualquier de las partes a probar sobre tal artículo, que maguer que lo probase, non se aprovecharía de aquello que probase; et este que fue asi rescebido por el alcalde a la prueba, non lo probó aquello que se obligó a probar, non debe ser condenado en las costas a la otra parte: mas el alcalde ha de pechar las costas porque le recibió a tal prueba valdía."

332. L. e. c., art. 424.

pena de la devolución del cuádruplo para la Cámara por segunda vez, o del duplo, por la primera <sup>333</sup>.

### c) Las garantías

El hecho de que, por regla general, la ejecución del fallo permite con el mismo esfuerzo la ejecución de los gastos, hace que apenas se haya desarrollado en esta materia el campo de las garantías.

En el derecho romano decaen con la decadencia del "sacramentum", la "sponsio" y la "restipulatio", sin que baste para compensarlo el "iusiurandum propter calumniam". La Novela 53 de Justiniano hace referencia a la costumbre generalizada de la prestación de caución en la iniciación del pleito, y la utiliza para asegurar al demandado el resarcimiento de los gastos si el actor no comparece. Incluso, el actor garantiza la prosecución del pleito dentro de los dos meses, reembolsando en caso contrario el duplo de los gastos realizados, lo que es completado por la Novela 112, haciéndolo extensivo a la costas en caso de victoria <sup>334</sup>.

En el derecho de los territorios hispánicos el sistema general e intrincado de fianzas ha podido utilizarse también para la percepción de los gastos procesales. Así puede verse en la importante constitución alfonsina de 1329 para Valencia, en la que se condiciona la admisión de denuncias a la prestación de "fermança" en poder del baile de pagar los gastos del pleito si no se probara lo denunciado o notificado <sup>335</sup>. En el propio derecho valenciano, y en su primera época, puede verse cómo el cobro del cuarto de las

---

333. Vid. Recopilación cit. de Ordenanzas, fol. 165.

334. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 113-115.

335. "Que algu no sia admes a denunciar altu tro a tant que sia dada fermança en poder del batle de pagar les despeses.—Alfonso I. Rex. Anno M.ccc.xxix. Valentiae.—Lo aduocat del fisch jur en lo començament de son offici en poder del justicia que no ordenara ne consellara que sien preposades demandes algunes calumnioses, o injustes, ne contra furs, ne priuilegis contra algu. Ni encara si seran justes a denunciacio o notificacio del fiscal, o dalgun altre tro a ell sia cert que aquell denunciador, o notificador haja donada fermança en poder del batle de pagar les messions del plet si nos prouara ço que haura denunciat, o notificat." *F. R. V.*, IX, 1, 6.



deudas debido a la Corte se hace efectivo también sobre los fiadores<sup>336</sup>.

d) La resolución

Sólo la resolución da nacimiento jurídicamente al gasto procesal, y por ello, la doctrina afirma acertadamente que la sentencia es el título constitutivo<sup>337</sup>. Hasta que se dicta la resolución en que se imputan las costas a una o ambas partes, o hasta que llegado el momento deja de dictarse, cuando a la ausencia de resolución se le da el valor de imputadora de esas costas a las dos partes habrá gastos en sentido económico, es decir, desembolso de dinero, pero no gastos en sentido jurídico. Lo que da sentido jurídico al gasto procesal es exclusivamente la imputación a alguien por parte del Derecho, para soportarlo económicamente.

Normalmente, y en apoyo de ello, se ha alegado una de las Leyes del Estilo<sup>338</sup>, la resolución sobre el gasto procesal se dicta al mismo tiempo que la resolución sobre la relación jurídica que ha dado lugar al proceso. Este hecho, unido a que el gasto procesal no hubiera nacido si no hubiera habido una relación jurídica ajena debatida, da lugar a que la obligación del pago de aquel gasto se considere accesoria y derivada de aquélla<sup>339</sup>. Como en ocasiones se dicta resolución sobre el gasto procesal, sin que haya habido resolución sobre una relación jurídica substantiva, la accesoriadad puede salvarse, como hace Portolés, diciendo que la sentencia de expensas, juntamente con la definitiva lata, es definitiva e irrevocable, mientras si es independiente es interlocutoria<sup>340</sup>. Sin embargo, ello no es cierto, pues será interlocutoria respecto a la rela-

---

336. "Del quart e penes de la Cort.—Oltra aquella cosa que lo demandador demana, e que sera jutgada a ell haja la cort la quarta part de tot los deutes: ço es a saber daquells qui seran condempnats deutors, o fermances: pagat empero primerament al crehedor tot son deute: ans que la cort haja lo seu quart. E la cort destrenga los deutor, e les fermances a venir dauant si, e a fer dret. e a pagar lo deute sens alguna missio del demandador." *F. R. V.*, I, 4, 1.

337. Vid. Manuel de la PLAZA, op. cit., pág. 611.

338. Vid. nota 329.

339. Vid. nota 337.

340. PORTOLÉS, op. cit. y par. cit.

ción jurídica substantiva en cuanto a la sentencia de costas no impide que el juicio vuelva a reanudarse o entablarse, pero no es interlocutoria en cuanto a las costas en sí mismas, que se han desligado de la relación jurídica substantiva y constituyen un problema independiente en sí. Como sentencia definitiva se ejecutarán y como sentencia definitiva no cabrán recursos contra la misma.

La doctrina histórica, como puede juzgarse por la postura de Portolés, no ha sabido o no ha podido comprender esto, dado que tampoco ha llegado en ningún momento a conferir carácter substantivo al derecho procesal, lo que, como se sabe, corresponde a la ciencia alemana, relativamente reciente. No obstante, esa misma doctrina ha tenido atisbos al citar un supuesto muy importante que lo demuestra, como lo es el de la competencia para dictaminar sobre el gasto por parte del juez incompetente para la relación jurídica substantiva. En efecto, con base en el derecho romano, Juan Gutiérrez proclama que los jueces, aunque incompetentes en la causa principal, pueden condenar en expensas a una y otra parte, porque el juez incompetente por razón de la causa principal puede condenar en los gastos<sup>341</sup>, así como el clérigo llamado por el laico ante el juez laico es condenado por éste en las expensas si sucumbe<sup>342</sup>, lo que, en líneas generales repiten otros, como Castillo de Bovadilla<sup>343</sup>. Piénsese en el supuesto de realizarse las distintas actuaciones procesales necesarias para dirimir una cuestión de competencia que desemboque en el reconocimiento de la falta de ésta en el Juez ante el que se han dirimido esas actuaciones. Ese Juez que, precisamente, es incompetente para entender de la relación subjetiva, lo es, sin embargo, para condenar en las costas, de forma que no hay nada aquí que haga a la condena en costas accesoria de la denominada causa principal.

En realidad, y por ello preocupa tanto a los autores el fundamento<sup>344</sup>, el cual es vario según las épocas, como podrá verse

---

341. "...quia iudex incompetens ratione caussae principalis, potest condemnare in expensis." Juan GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pars. III, cap. V, núm. 21, basándose, entre otros textos, en D. de re iud. y en Alejandro, en 1. de Diuo Pio.

342. *Id. id.*, núm. 22.

343. CASTILLO, *op. cit.*, lib. II, cap. XVIII, núm. 209, pág. 720.

344. Recuértese la dicho en nota 1.

al tratar de los sistemas de imputación, la obligación al pago de los gastos procesales es independiente jurídicamente de las causas principales que los dan origen económicamente, derivando directamente de una de las facultades inherentes a todo poder jurisdiccional para obligar a soportar el gasto económico de las actuaciones que, erróneamente o no, se desarrollan ante él.

Otra de las características que hay que señalar es que aunque se hable de ser ello una de las facultades, no hay que entender esto en el sentido de que sea permisivo para el órgano jurisdiccional el disponer sobre los gastos, sino que, por regla general, constituye una obligación, coincidiendo en ello con toda la naturaleza del poder jurisdiccional en sí, pues tampoco es que a éste le esté "permitido" administrar justicia, sino que le está "mandado" el hacerlo. Ese carácter de obligación está presente en otra de las Leyes del Estilo, según la cual, se condena al Alcalde a pechar las costas cuando habiéndosele pedido no lo hace<sup>345</sup>, y Castillo de Bovadilla señala como caso de hacer propio el Juez un pleito que le es ajeno, pudiendo, en consecuencia, ser demandado en residencia y obligado a satisfacer con su hacienda, el de haber pedido la parte condena en costas y no haberse pronunciado sobre ello cuando debía<sup>346</sup>.

La sentencia sobre costas, cuando ya no es recurrible, lleva aparejada ejecución<sup>347</sup>, y, como ya se indicó, posiblemente por las facilidades para la misma no se desarrolló más ampliamente el campo de las garantías de satisfacerlas. Sin embargo, las consecuencias han sido diversas en los distintos territorios y circunstancias. En las Leyes del Estilo aparece posible la detención del condenado, si bien parece ser limitado a la sede del tribunal real<sup>348</sup>. Las Costumbres de Lérida, sin embargo, tienen que prevenir contra un

---

345. Vid. nota 329.

346. "Quando hace el Juez de pleyto ageno suyo propio", en CASTILLO, op. cit., tomo II, lib. V, cap. 3.º, núm. 50, págs. 637-639.

347. Recuérdese lo dicho en nota 142.

348. Ley 168. "Como por costas pueden prender el cuerpo del hombre.—Otrosí, en casa del rey el que es condenado en las costas, prenderle han por ellas el su cuerpo."



excesivo rigorismo, prohibiendo la detención y sumisión a pan y agua del detenido por no satisfacer el tercio de la curia <sup>349</sup>.

e) La revisión

Como toda resolución, la que condena a soportar el gasto procesal suele ser revisible. En el Derecho aragonés, las Observancias señalan la condición de apelable que tiene la tasación excesiva de costas <sup>350</sup>; y en la doctrina castellana esta condición aparece atestiguada, por ejemplo, en Covarrubias <sup>351</sup>.

La revisión de estas sentencias da lugar a algunas disposiciones legislativas, sobre todo, en órganos colegiados. En disposición recopilada procedente de la visita de la emperatriz Isabel, Madrid, 1536, se prevé que las partes supliquen de la tasación del Oidor en la ejecutoria, debiéndose llevar entonces a otro Oidor de los que estuvieran en la condena para que la viera y retasara <sup>352</sup>. Por lo que se refiere al Consejo Real, Felipe II, en Madrid, a consulta de 25 de octubre de 1572, dispone que el agravio sobre lo que proveyera uno de los ministros sobre tasación en costas se llevara al mismo ministro, del cual no hubiera más apelación ni suplicación, en tanto el agravio por tasación del tasador de procesos había de llevarse al que fuera más nuevo de los ministros del Consejo, sin que de lo que él proveyera hubiera más grado de apelación ni suplicación <sup>353</sup>.

### III. CRITERIOS JURIDICOS DE IMPUTACION DEL GASTO EN EL PROCESO DECLARATIVO

La determinación de los criterios de imputación constituye el punto culminante del estudio jurídico del gasto procesal. El señalamiento de la extensión de éste, su cuantía, forma de determinación, etc., no tiene sentido, sino en cuanto perfila el objeto de

---

349. "Nemo traditur pro tertia curie", en ed. cit. de las Costumbres de Lérida, pág. 40.

350. Lib. VIII. "De appellationibus".

351. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 5.

352. *Nov. Rec.*, XI, 19, 6.

353. *Nov. Rec.*, XI, 19, 7.

imputación, y aun el propio concepto, como ya se ha indicado, depende de esta actividad del Derecho, que es la que le suministra condición jurídica. Retribución de los órganos judicial, burocrático, ejecutor, etc., son conceptos de carácter económico, que implican esfuerzos humanos con reflejo dinerario para la consecución de la satisfacción de unas necesidades, como puede ser el pacífico disfrute de una cosa, la exigencia de una determinada conducta en otra persona, etc., que exigen a veces la mediación de un proceso para obtenerla, y esos conceptos adquieren carácter jurídico cuando el Derecho, a través de la norma y de los órganos de actuación de la norma, los imputa a una de las partes del proceso o a ambas para que los soporte económicamente.

No existe un criterio único de imputación, sino varios, que, sustancialmente, pueden reducirse a tres: *a)* el de la compensación de costas o distributivo; *b)* el objetivo o de imputación automática, y *c)* el subjetivo o de imputación condicionada. En virtud del primero, el Derecho imputa los gastos procesales a ambas partes, es decir, los distribuye entre ellas, de forma que cada una ha de soportar aquellos gastos a los que ha dado origen, y se denomina en el lenguaje jurídico corriente "de compensación de costas", en cuanto se entiende que lo que paga cada una de ellas por los gastos propios compensa los que ha irrogado a la parte contraria, por aquellos que ésta se ha visto precisada a realizar. En realidad, es lo más parecido a una falta de criterio.

En virtud del segundo criterio, la imputación aparece predeterminada por el resultado del proceso y actúa, en consecuencia, automáticamente. El que resulta vencido o condenado en la relación jurídica substantiva, ha de soportar el gasto procesal a que se haya dado lugar, sin que haya de diferenciarse por las circunstancias que hayan podido concurrir en un proceso con relación a otro, por lo que puede calificarse de un criterio objetivo.

Finalmente, el tercer criterio resulta del condicionamiento de uno de los dos criterios señalados anteriormente a la existencia de determinadas circunstancias concurrentes en la forma de actuación de los litigantes. El Derecho puede imputar en principio los gastos a ambas partes, es decir, inclinarse al criterio de compensación de costas, pero variar este criterio cuando una de las partes haya

actuado de una forma no deseada por él, y a cuya actuación adscribe la obligación de soportar el gasto. Puede también inclinarse el Derecho a un criterio objetivo, admitiendo en principio que la imputación ha de hacerse al vencido o condenado, pero exonerando a éste de la imputación exclusiva cuando ha actuado por razones que el propio Derecho conceptúa que se deben estimular, o que, al menos, no se deben eliminar. Se trata de un criterio subjetivo, en el que el resultado no aparece predeterminado, sino que depende del estudio de las circunstancias concurrentes en cada caso, estando sometida la imputación a un condicionamiento, como puede observarse.

#### 1. EL CRITERIO DE COMPENSACIÓN DE COSTAS O DISTRIBUTIVO

##### A. *Su aplicación por la escasa entidad de los gastos procesales.*

Por ser lo más parecido a una falta de criterio, como se ha indicado, la compensación de costas se aplica en aquellos supuestos de escasa entidad de los gastos procesales, pues el Derecho no manifiesta gran interés por imputarlos con exclusividad a una de las partes.

Scialoja ha señalado este criterio como el imperante en el período del proceso formulario romano, en el que las costas son irrepetibles y no forman parte de la condena<sup>354</sup>. Guilmain, estudiando el proceso civil en la justicia señorial medieval según Beaumanoir, lo ha señalado también para el proceso en las cortes laicas, al revés de lo sucedido en la jurisdicción eclesiástica, donde se condenaba al vencido, hasta el punto de que ganada la cuestión en la jurisdicción laica era llevada a la jurisdicción eclesiástica para hacer soportar las costas al indicado vencido<sup>355</sup>. Dentro del proceso histórico español podría citarse el que aquí ha sido calificado de primitivo proceso cristiano indemnizatorio, es decir, el de los primeros siglos de la Reconquista, con un órgano judicial que actúa por una retribución política o un deber cívico y con un órgano burocrático inexistente.

354. Vid nota 222. Vid. también CHIOVENDA, op. cit., págs. 36-37 y 52-53.

355. Vid. Jean GUILMAIN, *Le procès civil dans les justices seigneuriales d'après Ph. de Beaumanoir*, Burdeos, 1937, págs. 149-150.



B. *Su aplicación por reacción contra el criterio objetivo*

Así tiene lugar en parte del Derecho catalán local y para la primera instancia. Se trata de evitar la imputación automática en una instancia en la que se estima también que es difícil apreciar el elemento subjetivo. Por ello, en las Costumbres de Lérida, se dispone que al que decayera en causa suya, fuera después oído una o varias veces sin prestación de expensas, no siendo condenado el vencido en las expensas al vencedor<sup>356</sup>. Por su parte, las Costumbres de Tortosa dispone que en pleito principal no se paguen expensas de una parte a la otra<sup>357</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el criterio no es total. Como se ha dicho, sólo lo es para la primera instancia, no rigiendo para la apelación, como se dirá en momento oportuno, ni excluyendo tampoco que el vencido haya de pagar los derechos de la curia, reintegrando, incluso, de ello al vencedor cuando sea preciso, como ocurre en las Costumbres de Lérida<sup>358</sup>, con lo que la compensación de costas tiene sólo carácter parcial.

C. *Procedimientos de corrección de este criterio*

Salvo en el caso de reacción contra los perjuicios de una rigurosa imputación automática, el criterio de compensación de costas no satisface sino cuando éstas son de muy escasa entidad. Cuando éstas se elevan, y este hecho es una constante histórica, pues el proceso tiende siempre a hacerse más complejo, se buscan procedimientos que corrijan la desigualdad que produce la igualdad en los gastos. Cuando la cuestión debatida es dudosa y ambas partes litigan con buena fe, nadie experimenta disgusto porque se opere la compensación, pero cuando no era dudoso a quién asistía la razón, y, sin embargo, el desasistido de ella persistió en dificultar el

---

356. Vid. "De expensis non restituendis", en ed. cit. de las *Costumbres de Lérida*, pág. 68.

357. "En la Cort de Tortosa no's paguen n'es refan despeses, el pleyt principal, de part a part..." *C. de Tortosa*, VII, 2, 10.

358. Vid. "De condempnatis qui debent satisfacere", en ed. cit. de las *Costumbres de Lérida*, pág. 68.

reconocimiento de la misma, se suscita una corriente humana que exige la indemnidad del inocente y la onerosidad para el que no tuvo esta condición.

Esto puede desembocar en la aplicación de un criterio subjetivo, pero en cuanto ello significa un cambio de criterio ha de ser objeto de estudio bajo rúbrica propia, como se hará más adelante, o también en la utilización de medios que corrijan las consecuencias, respetando el criterio que las ha dado lugar. Los citados medios pueden ser: *a)* extraprocerales, y *b)* procesales. Ambos son de igual valor, ofreciendo mayor desarrollo e importancia los segundos.

#### *a)* Medios extraprocerales de corrección

Casi más que de medios puede hablarse de "medio", consistente en que en alguno de los momentos de nacimiento o vida de la relación jurídica substantiva que sea se pacte que el vencido haya de reintegrar los gastos al vencedor. Como puede observarse, es la aplicación del criterio objetivo por la voluntad de las partes.

Ejemplos de la utilización de este medio se encuentran en el Derecho romano. No lo es la pérdida del "sacramentum", propia del período de las "legis acciones", en cuanto aquél no va destinado a la otra parte, sino al órgano público, pero sí lo constituye la prestación de una "sponsio" para ello, o la "restipulatio"<sup>359</sup>. Gayo, aunque calificándolo de "poena", habla de admitirse en ciertas causas una "sponsio" de que siendo vencido uno de ellos pagará parte alícuota del objeto de la litis, como la tercera parte en la "actio de pecunia certa credita", y la mitad en la "actio de pecunia constituta"<sup>360</sup>. Aunque es dudoso que en estos supuestos la "sponsio" sea un medio extraprocerales, y lo más probable es que el gran jurista tenga razón en asignarle naturaleza procesal, puede servir de indicio de que promesas similares podrían realizarse fuera del proceso, y exigirse después dentro de éste.

En nuestro Derecho histórico este procedimiento ha debido de ser utilizado para las cuestiones civiles en épocas en las que en éstas no se ha conocido la condena en costas, y si bien se ha uti-

---

359. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 52-53.

360. Vid. SCIALOJA, op. cit., pág. 278.

lizado un procedimiento de tipo indemnizatorio, lo ha sido en el aspecto penal. Este fenómeno precisará del correspondiente estudio histórico documental, pero aquí, a título de ejemplo, puede citarse el texto ya citado de un formulario notarial del siglo XIII, procedente probablemente del Panadés, en el que la fórmula de deuda contiene la cláusula de prenda libre a favor del acreedor para recuperar todos los gastos que hubiera de hacer para recuperar la citada deuda<sup>361</sup>, entre los que, lógicamente, hay que suponer comprendidos los procesales.

b) Medios procesales de corrección

Los medios procesales de corrección se suscitan, en el Derecho romano, a fin de complementar o suplir las deficiencias en el aspecto del gasto procesal que ofrece el procedimiento formulario. nacido, probablemente, en un momento en el que todavía los gastos procesales no ofrecían interés. Las costas no pueden comprenderse en la "fórmula", aunque se solicite una "condemnatio incerta", pues aquélla toma en consideración un hecho consumado, y la "condemnatio quanti ea res erit" se encuentra todavía en curso<sup>362</sup>. La sentencia no puede pronunciarse nada más que sobre lo que se ha pedido, y no puede pedir nada más que lo que está debido de antemano. En todo caso, los gastos del juicio deben ser solicitados en un nuevo juicio.

Para corregir las consecuencias a que conduce la estructura técnica de la fórmula, el Derecho romano va arbitrando diversos medios consistentes en disposiciones de naturaleza penal, llamadas "poenae temerè litigantium"<sup>363</sup>, de las que todavía habla Gayo<sup>364</sup>, y mediante las cuales se corrige la iniquidad que supone la distribu-

---

361. Vid. nota 12.

362. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 64-65, aunque en este caso es inconsecuente, pues no cree que el desconocimiento de las cosas estribe en la estructura del procedimiento formulario, sino en la supervivencia teórica de las penas procesales, cuando más adelante (págs. 67-68) afirma que la condena en costas nació al mismo tiempo que las penas procesales contra el vencido.

363. Loc. cit. en nota 5.

364. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 53-55.



ción de costas, al implicar un gasto o un resarcimiento por parte del que haya actuado con temeridad, concepto que no explica aquí por cuanto tiene mejor su sitio al estudiar el criterio subjetivo de imputación, ya que éste toma como base de partida esa temeridad. Al mismo tiempo, se persigue intimidar a los que inconsistentemente acuden a la administración de justicia, embarazándola mediante peticiones injustas.

Según Chioventa, entre los pueblos bárbaros hay equivalentes en las multas contra los bienes del rebelde, alegación indebida de excepciones, testigos inadecuados, etc.<sup>365</sup>, pero, independientemente de que estos pueblos hayan podido llegar a resultados similares por sí mismos, no es improbable que esas penas contra el litigante temerario hayan sido las que hayan sugerido a Chindasvinto la introducción de multa para los que pleitearan imprudentemente<sup>366</sup>, sin que, sin embargo, se sustituyera con ello el pago de las costas del juicio, según pretendía Zeumer<sup>367</sup>, pues debe tenerse presente que se prevé para actuaciones procesales de iniciación, y no para la conclusión del proceso. Más fácil es que, independientemente de lo relativo a los gastos del proceso como conjunto, en el último período de la monarquía visigoda se haya comenzado a utilizar las penas procesales como medio de castigar a los perturbadores del proceso y como medio de impulsar las actuaciones. Este último objetivo es el que ha movido a ese complejo sistema de multas o penas procesales del procedimiento medieval, del que se ha tratado

---

365. Id. id., págs. 140-141.

366. "De quantitate itineris, quod alium quisque innocentem fatigare presumserit.—Removeri debet iniuriam ab his, quorum probatur innocentia a molestiis inproborum existere aliena. Proinde cum quisque alium ad principis conspectum vel ad discussionem quorumlibet iudicum iniuste compulerit ad prosequendum negotium, mox probata fuerit non iusta petentis esse contentio, si supra L milium vel infra L milium quamlibet parvum spatium compulsus iniuste extiterit convexatus, quinque solidos pro iniusta tantundem petitionem a petitore percipiat. Si per LX milia, idem iniustus petitor sex solidos reddat; ac sic deinceps, crescentem X milium numerum, singulorum solidorum crescat et numerus, et per C milia indebite fatigato X solidi a petitore dentur iniusto, sicque ex hoc per L milia solidis quinque et per C milia crescentibus solidis X, usque ad eo perveniat summa compositionis, usquequo pervenerit et ductus itineris." *Lib. Iud.*, II, 2, 6.

367. Vid. ZEUMER, op. cit., pág. 179.

ampliamente con motivo de la extensión del gasto procesal, sin que se le haya buscado un entronque romano hasta el siglo XIII, a través, seguramente, de la preparación romanista del impulsor de la codificación del Derecho aragonés, Vidal de Canellas, quien bajo la rúbrica expresa de “*De pena temerè litigantium*” agrupa los supuestos de multas contra demanda injustificada dirigida contra el poseedor de heredad<sup>368</sup> y contra negativa injustificada de censo<sup>369</sup>. Que ese entronque se debe a la preparación de los nuevos juristas lo demuestra que el primer supuesto se encuentra también en los Fueros de Avilés y Oviedo, como ya se dijo<sup>370</sup>, como consecuencia, probablemente, de un común origen franco, sin que en dichos fueros se emplee la citada expresión de penas por litigar temerariamente.

Entre este tipo de medios arbitrados por el Derecho romano se encuentran los siguientes: *a*) la acción del duplo contra el demandado perturbador; *b*) la condena superatoria de la cuantía del litigio; *c*) el juicio contrario; *d*) la declaración de infamia del vencido, y *e*) el juicio de calumnia.

*a*) La acción del duplo contra el demandado perturbador. Atestiguado por Gayo, se encuentra en el sistema del procedimiento formulario romano una “*actio dupli*” contra el demandado denegante, que se da en determinadas acciones, como la de ejecución de sentencia o “*actio iudicati*”; la del “*sponsor*” contra el deudor principal que no le ha reembolsado habiendo pagado aquél por éste o “*actio depesi*”; la acción por daños de la ley Aquilia o “*actio damni iniuriae*”, y la “*actio ex testamento*” en los legados “*per damnationem*”. El indicado duplo se dirige contra los “*infitiantes*” o denegantes, y se produce como consecuencia de esa actitud negativa en el proceso (“*lis infitiando crescit in duplum*”), viéndose en ello un residuo de la “*manus iniectio*”, en la que el “*vindex*” si perdía era condenado al duplo de la cuantía, aunque Scialoja, por ejemplo, ha creído que no se

---

368. Loc. cit. en nota 291.

369. “... quorum medietas erit petentis, & reliqua Iudicis.” *Fueros de Aragón*, ed. cit., tomo II, pág. 104.

370. Vid. nota 292.

da una sucesión perfecta, por no ofrecerse absolutamente en los mismos casos, aunque se de en la mayoría <sup>371</sup>.

Ulpiano atestigua igualmente este medio al estudiar la acción procedente de la ley Aquilia, diciendo que contra el contendiente corresponde por el tanto de la cuantía, y contra el denegante, por el duplo <sup>372</sup>, con lo que posiblemente ha perfilado nítidamente la institución, pues de sus palabras no parece que la acción del duplo se desarrolle contra todo el que niega, sino contra el que niega sin fundamento alguno, por el solo deseo de perturbar. Por ello, es posible que Jules Paoli se equivoque al creer sin significación jurídica la oposición que en Cicerón existe entre "infitiatio" y "defensio" <sup>373</sup>, pues ésta no implica una simple negativa o desconocimiento del derecho contrario, sino la réplica sobre su fundamento, que es lo que hace ser un contendiente, y, en consecuencia, una parte procesalmente útil, y no un denegante o perturbador del proceso. Otra cosa es que, como el mismo Paoli dice, esa distinción haya decaído e "infitiatio" haya designado el rehusamiento por una razón cualquiera, originándose un anquilosamiento. Una buena definición del "infitiator" se encuentra en San Isidoro, para el que se llama así porque no confiesa, sino que apoya la falsedad contra la verdad <sup>374</sup>, donde puede observarse que lo que le caracteriza no es negar, sino negar falsamente, y no confesar, cuando debería hacerlo, pues San Isidoro no puede pretender que el demandado confiese si no es porque carece de razón, con lo cual perturba el proceso.

Como podrá observarse, también la "infitiatio" coincide con el "furtum" en cuanto a sus resultados prácticos, pero, como dice bien Paoli, los más antiguos romanos no han dicho nunca que la primera constituyera una clase del segundo. Sobre todo debe tenerse en cuenta que en el "furtum" la pretensión del doble se da desde

---

371. SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 276-278.

372. Sobre la ley Aquilia, Ulpiano, D. IX, 22, 23.10 dice: "... aduersus contitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum." Vid. PAOLI, *op. cit.*, pág. 3.

373. PAOLI, *op. cit.*, págs. 5-6.

374. ETIMOLOGÍAS, lib. XX: "Infitiator, negator, qui non fatetur, sed contra ueritatem mendacio nititur". Vid. Paoli, *op. cit.*, pág. 331.



el principio, en tanto que en la "infittatio" lo que se opera es una "litis crescentia" a través del proceso<sup>375</sup>.

Esta "litis crescentia", que se mantiene en Justiniano<sup>376</sup>, pasa al Derecho visigodo, a través de las Sentencias de Paulo, donde se expresa que algunas acciones, si son perjudicadas por el reo, son dobladas, como en la cosa juzgada, alimentos, lo dejado por legado "per damnationem", injuria con arreglo a la ley Aquilia, así como en el campo, cuando el comprador es engañado por el vendedor<sup>377</sup>. La "interpretatio", que acompaña al texto del Breviario de Alarico, expresa que algunas deudas son sustituidas por la satisfacción del duplo, cuando repetidas por aquellos a los que son debidas son negadas por el deudor, citando los mismos casos que el texto, y agregando que todo esto se entiende duplicado por la ley Aquilia<sup>378</sup>. No es fácil saber si esto tuvo aplicación en el territorio visigodo, pero no es difícil que lo fuera si se tiene en cuenta que en éste debió ser muy conocida la "actio dupli" por el hurto y, en consecuencia, no debió originar extrañeza.

b') La condena superatoria de la cuantía del litigio. Gayo se refiere a otras causas ("furti manifesti quadrupli", "nec manifesti dupli", "concepti et oblati tripli") en las que ya la acción era concedida por una suma mayor que el "simplum ab initio", y aunque Scialoja lo califica de error sistemático del jurista latino, por tratarse de un derecho penal<sup>379</sup>, lo cierto es que todos estos medios tienen de una parte naturaleza

---

375. Op. cit., pág. 340.

376. Vid. WENGER, op. cit., pág. 331.

377. "Quaedam actiones si a reo inficientur, duplantur: velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictis, damni iniuria legis Aquiliae, item de modo agri, quum a venditores emtor deceptus est." *Sentencias de Paulo* (en adelante *PS.*), *Breviario de Alarico* (en adelante: *Brev. Alar.*), 1, 19, 1, en CONRAT, op. cit., págs. 499-501.

378. "Aliqua, quae quum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur, id est, res iudicata, legati per damnationem relictis, id est, si quid heres legati titulo dare iussus est, et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire noluerit, vel de modo agri, quum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. Quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur." Loc. cit. en nota anterior.

379. SCIALOJA, op. cit., págs. 279-280.

penal, cuando imponen una sanción o castigo, pero de otras, naturaleza procesal, en cuanto tienden a corregir unas consecuencias procesales que se rechazan por inicuas.

c') El juicio contrario. En ciertas causas se ofrece el "contrarium iudicium", menos general que el juicio de calumnia, del que se hablará más tarde, pero más severo, pues se emprende por el sólo hecho de que el juez lo haya absuelto, aunque la litis la hubiera iniciado el autor, siendo medios alternativos, que no podían acumularse<sup>380</sup>.

d') La declaración de infamia del vencido. Aunque en realidad no es medio correctivo directo en cuanto a los gastos procesales, la declaración de infamia en algunas causas, como hurto, rapiña, injuria, sociedad, fiducia, tutela, mandato y depósito, haciendo a los vencidos "ignominiosi", pudo compensar la iniquidad de la distribución de los gastos y, sobre todo, intimidar a los litigantes de mala fe.

e') El juicio de calumnia. Según Gayo, el "iudicium calumniae" se admite para todas las acciones, ordinariamente por la décima parte, probando la mala fe del vencido<sup>381</sup>. Lo que le otorga una gran importancia es, en consecuencia, su generalidad, aunque, como se ha dicho, haya sido mucho menos severo que el "contrarium iudicium".

Dentro de este procedimiento, cabe la anticipación por parte del demandado, prestando el juramento de no haber actuado de mala fe o "iusiurandum calumniae"<sup>382</sup>. Según Gayo, cuando no existen otros recursos, el pretor admite como remedio general el que el actor exija al demandado el juramento de que no se niega "calumniae causa" o de mala fe<sup>383</sup>, y Justiniano lo prescribe también, permitiendo que sea deferido de una parte a la otra<sup>384</sup>.

En todo caso, el "iudicium calumniae" no perjudica sino al

---

380. Gayo, IV, par. 177-179. Loc. cit. en nota anterior, págs. 281-282.

381. Gayo, IV, par. 174. Op. cit., pág. 280.

382. Gayo, IV par. 176. Op. y loc. cit.

383. Gayo, IV, par. 172. Op. cit., pág. 279.

384. Vid. loc. cit. en nota 376.

demandante temerario, entendiendo por tal el que sabe que no actúa rectamente<sup>385</sup>.

## 2. EL CRITERIO OBJETIVO O DE IMPUTACIÓN AUTOMÁTICA

Mientras que la elección del criterio de compensación de costas descansa, fundamentalmente, en un hecho económico, cual es el de la escasa entidad de los gastos, el criterio objetivo responde a una fundamentación psicológica, pero que puede ser de diverso signo. Sustancialmente este criterio puede ser aplicado: *a)* por integración del gasto procesal en el sistema penal; *b)* por transposición al Derecho de la responsabilidad moral; *c)* por proveer al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica, y *d)* por necesidad objetiva.

### *A. Por integración del gasto procesal en el sistema penal*

Repetidamente se ha indicado que en la época de los primeros siglos de la Reconquista, que culmina con los fueros y costumbres extensos, se produce una cierta confusión entre el daño procesal y el daño sustantivo. No existe propiamente una conciencia del gasto procesal, como algo que debe ser examinado con independencia de la cuestión que se juzga. No hay duda de que se condena a unas cantidades que, en parte, están destinadas a retribuir al injustamente perjudicado por el proceso, pero recayendo todo en un proceso esencialmente penal, esas cantidades se configuran más como una pena que como la satisfacción de un gasto procesal. Podría decirse que el gasto procesal está integrado en el sistema penal, de forma que, precisamente, una de las formas de penar es imponer el gasto procesal que, por no tener carácter penal, no se computa analíticamente y con arreglo a criterios económicos, sino se predetermina por la norma, con arreglo a criterios jurídicos. Al condenado no se le condena, pues, a satisfacer los gastos a que realmente ha dado lugar, sino a satisfacer la cantidad que aparece fijada en la norma para el supuesto jurídico en que él se encuentra, la cual se destina luego a satisfacer el órgano judicial, el ejecutor y la parte querellante.

---

385. "... qui intelligit, non recte se agere." Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 52-53.



En cuanto el gasto aparece integrado en un sistema penal, su imputación es automática, pues corresponde al declarado delincuente. En los supuestos de aplicación de ordalías puede decirse que la imputación del gasto es casi de origen divino, manifestada a través del resultado, y se han citado textos castellanos, aragoneses, etc., en los que el hierro caliente, la lid, etc., ha determinado el responsable al pago. Superado ese momento, las pruebas humanas han sustituido a las divinas, pero también han determinado automáticamente la imputación. La reacción en algunas costumbres catalanas ha conducido a la compensación de costas en la primera instancia, al menos <sup>386</sup>.

*B. Por transposición al Derecho de la responsabilidad moral*

Habituada la Iglesia en su actividad penitencial a investigar y sancionar la culpa en todas las conductas humanas, es difícil que pudiera inclinarse a un criterio de compensación de costas, que implica el inhibicionismo en ese aspecto. Pudiendo separar sólo a duras penas el aspecto moral del aspecto jurídico, e inclinada a considerar la responsabilidad moral del vencido en juicio, ha tendido también a considerarle responsable jurídicamente del gasto procesal, adoptando así una postura objetiva.

Como más adelante se verá, no se considera plenamente al derecho canónico dentro de una postura objetiva y, efectivamente, se examinará también su trayectoria dentro del criterio de imputación subjetiva, pero como también se verá, ha llegado a este criterio partiendo del criterio objetivo, y no, como otras direcciones, a través de la compensación de costas. Si aquí no se subraya esa tendencia a la objetividad de la doctrina canónica, se obtendría una falsa idea en su postura, y también de la del pensamiento jurídico europeo en general.

La referida objetividad se halla presente en la actividad legislativa de los Papas, de la que se verán algunos ejemplos.

Con ocasión de la provisión sobre primacía entre arzobispos de Bituria y Burdel, Gregorio IX pide el consentimiento de los preladados de la Provincia de Burdel y de los cabildos de las iglesias

---

386. Vid. notas 356-357.

catedrales y del cabildo de Bituria, para, una vez hecho así, hacer saber al pueblo su providencia, de forma que si no se obtuviera el consentimiento no se hiciera la publicación y vinieran personalmente a él, tratándose de prelados, o a través de procurador, tratándose de otras dignidades, para probar su derecho, declarando que una parte satisficiera a la otra las expensas si sucumbiera <sup>387</sup>.

Inocencio III, al suscitarse oposición y excepcionar por homicidio y perjurio al designado por él en una prebenda de la Iglesia de Cremona, prescribe la anulación o confirmación según el resultado de la prueba, y prevé el procedimiento de purga canónica para el supuesto de que no se mantuviera la acusación, disponiendo que en el caso de que purgara, los contradictores que le quisieron impedir el disfrute de la prebenda fueran condenados en las expensas legítimas <sup>388</sup>.

Inocencio IV, en el Concilio de Lyon, en un caso de oposición de elección, apelándose a él, determina que quien probara plenamente lo que opone, debe ser condenado por los gastos que originara a la otra parte <sup>389</sup>.

El mismo Pontífice no admite en lo civil la excepción de expolio, sino por el actor, pero si el actor en lo civil, o el reo en lo criminal, afirmara haber sido expoliado es obligado a probarlo en un período de quince días, pues de otra manera, por los gastos

---

387. "... et satisfactori parti alteri, si succubuerint, in expensis." *Decretales*, I, 33, 17, en *Corpus Iuris Canonici. Instruxit Aemilius Friedberg. Pars Secunda. Decretalium Collectiones*, Leipzig, 1881, págs. 202-203. Vid. también la versión castellana publicada por Jaime M. Mans Puigarnau, Barcelona, 1939, vol. 1.º, pág. 250: "... e paguen las despensas si fueren uencidos".

388. "... contradictores ab eius molestia compescentes, eos, qui eum nisi sunt impedire, in expensis ipsi legitimis condemnetis." *Decretales* V, 1, 23, en ed. cit., págs. 745-746. Vid. la versión castellana ed. por Mans Puigarnau, vol. 3, págs. 108-109: "... Mas si se purgare fagan reffrenar aquellos que contradizien e condempnenles en las despesas que fizo, aquellos quel quisieron enuargar."

389. "... qui plene non probaverit quod in formam opponit, ad expensas, quas propter hoc pars altera se fecisse docuerit, condemnetur." *Liber Sextus*, I, 6, 1, en ed. cit., pág. 946.

que entretanto el actor hiciera por esto, previa tasación judicial, debería ser condenado<sup>390</sup>.

Como puede verse, en todos los ejemplos anteriores la decisión papal es de la imposición de los gastos al que es vencido y, por otra parte, para las causas pecuniarias rige la regla general de que el vencido debe ser condenado en los gastos a favor del vencedor, a no ser que la sentencia se diera por ausencia<sup>391</sup>.

El mismo criterio parece observarse en las curias eclesiásticas, en general. Como ya se ha citado, y según Guilmain, en la Francia del siglo XIII, el que obtiene una sentencia favorable en la corte laica acude después a la eclesiástica para hacer soportar los gastos al vencido<sup>392</sup>.

Quizá, donde más intensamente aparece atestiguada esa tendencia es en el jurista aragonés del siglo XVI, Portolés, quien al recoger la doctrina tradicional de su época de ser condenado el vencido a no ser que tuviera justa causa para litigar, cita alguna opinión de que los Jueces de la Curia Romana, "de stilo" condenaban al vencido aunque tuviera la indicada justa causa de litigar<sup>393</sup>.

Finalmente, el actual Código de Derecho Canónico, de naturaleza histórica, declara que el vencido está regularmente obligado a rehacer las "expensas" al vencedor, tanto en la causa principal como en los incidentes<sup>394</sup>.

390. "... alioquin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, iudiciali taxatione praehabita condemnetur." *Liber Sextus*, II, 5, 1, en ed. cit., pág. 999.

391. "... praecipimus, ut de coetero, in causis pecuniariis victus victori in expensis condemnetur, nisi sententia pro absente feratur." *Decretales*, V, 37, 10, en Cardenal LEGA, op. cit., nota en pág. 55.

392. Vid. nota 355.

393. PORTOLÉS, op. cit., par. "Expensae", núms. 5-7.

394. Canon 1.910. Vid. la edición del Cardenal Gasparri, ya citada, en la que da como antecedentes los siguientes: C. 12, X, de rescriptis, I, 33; c. 17, X, de maiori et obedientia, I, 33; c. 5, X, de dolo et contumacia, II, 14; c. 36, X, de testibus et attestationibus, II, 20; c. 23, X, de accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus, V, 1; c. 4, X, de poenis.



C. *Por prever al resarcimiento del perjudicado en la relación jurídica*

También en la legislación civil, e independientemente de cuando el gasto procesal está integrado en el sistema penal, asoma en ocasiones el criterio objetivo de imputación, en coincidencia con la doctrina canónica, y, seguramente, influido por ella. Coincidente en los resultados, quizá, el fundamento ha variado algo, en cuanto la condena del vencido no ha debido imponerse pensando en la responsabilidad moral del mismo, sino en la conveniencia de resarcir al perjudicado en la relación jurídica substantiva. De esta forma se ha conseguido una continuidad en relación al criterio objetivo de la referida integración del gasto en el sistema penal, pero en una nueva forma, adecuada al procedimiento civil y a los nuevos tiempos. Ejemplo de este criterio pueden serlo las costumbres y privilegios de la Seo de Urgel, en Cataluña, recopiladas en 1470, y en las que se determina expresamente que en los pleitos sostenidos entre partes, el vencido debe pagar los gastos<sup>395</sup>. Que este criterio ha debido estar bastante extendido en la Cataluña medieval lo demuestra el que ha tenido que ser rechazado expresamente en algunas costumbres como Lérida y Tortosa, dando así la impresión de haber constituido el criterio local de la denominada Cataluña Vieja, frente al que se ha alzado la Cataluña del sur.

Frente al criterio subjetivo que, como más adelante se explicará, ha sido el triunfante con la Glosa, parece desarrollarse una oposición favorable al criterio objetivo con el denominado "mos gallicus". Como se sabe, ese movimiento representa una reacción contra los comentaristas o postglosadores, fundamentalmente, y pretenden restaurar un derecho romano puro, que cree conocerse en cuanto se trata de una escuela erudita y con métodos históricos adecuados, condiciones totalmente distintas a las de la Glosa y el Comentario, que sin espíritu historicista hacen derecho vivo de los textos que encuentran y a los que consideran dogmáticos. En el aspecto del gasto procesal, es Cujacio el que exhuma la constitución repetidamente citada de Zenón, y la incluye de nuevo en el Código de Justiniano con auxilio de las Basílicas. Dado que en ésta

---

395. Loc. cit. en nota 15.

es posible ver una tendencia objetivista, y así lo ha creído Chiovenda, como más adelante se dirá, puede decirse que este "mos gallicus" contribuye a crear una atmósfera favorable a la imputación incondicionada de las costas al vencido, que cristaliza legislativamente en la Ordenanza francesa de Luis XIV, dada en 12 de noviembre de 1667<sup>396</sup>. Aunque se trata de cristalización aislada no puede desconocerse el gran influjo de la legislación francesa, a lo que hay que unir la defensa que de ese criterio realiza el profesor alemán Adolfo Weber en la Universidad de Rostok el año 1788<sup>397</sup>.

Aunque luego se insista en ello, debe anticiparse que estas corrientes no han tenido ningún reflejo importante en nuestro país, en el que el criterio objetivo, como se ha dicho, se ha desarrollado con anterioridad.

#### D. *Por necesidad objetiva*

En realidad, esta rúbrica sobra cuando se trata de una exposición sobre el gasto procesal en el derecho histórico español, pues un criterio objetivo basado en ese fundamento no ha asomado nunca en él. La razón de citarlo está en completar la visión sobre las distintas posibilidades en cuanto a la imputación del gasto.

Esta corriente, que es la que ha informado las codificaciones francesa y alemana, desliga el fundamento procesal del fundamento a que pudiera dar lugar cualquier consideración sobre la relación jurídica substantiva. Con ello se sublima el grado de objetividad, y la imputación automática del gasto al vencido nace de la necesidad objetiva de la relación jurídica procesal. Así como en la relación jurídica substantiva ha de haber un vencedor y un vencido, también debe haberlo en la relación jurídica procesal. Nadie atiende a que el usurpador de una posesión tuviera más o menos motivos para hacerlo o para creer que debía hacerlo, sino que si se considera que no tenía derecho se le condena a transpasar esa posesión al usurpado. De la misma manera, el vencido, aunque tuviera más o menos motivos para litigar, por el hecho de serlo debe

---

396. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 180-185.

397. *Id.*, págs. 191-192.

sufragar el gasto, pues a su actuación, más o menos de buena fe, se debe el nacimiento. Corresponde esto a una época en la que es concebible el positivismo jurídico, y en la que se han objetivizado el riesgo de algunas, como, por ejemplo, el de la relación laboral. Su influjo ha llegado al derecho procesal español actual con el denominado "juicio de cognición", cuyo vencimiento implica condena en costas automáticas dentro de un procedimiento declarativo.

### 3. EL CRITERIO SUBJETIVO O DE IMPUTACIÓN CONDICIONADA

#### A. *Su origen en el derecho romano como corrección del criterio de compensación de costas y sustitución del sistema penal procesal*

Como se recordará, el procedimiento formulario no ha resultado apto para conseguir un resarcimiento del perjudicado, y se ha tenido que recurrir al sistema de las penas contra el litigante temerario, que todavía se reflejan ampliamente en Gayo. Los gastos del pleito son objeto de controversia en la doctrina, pero sin tomar como objeto las relaciones de las partes entre sí, sino las de las partes y los terceros con quienes están vinculadas aquéllas, como ocurre en textos de Labeon, Juliano y Marcelo. Entre esas relaciones se encuentran las de los administradores de una comunidad como sujetos al reembolso respecto de ésta por los gastos, lo que aparece tratado por Papiniano, o la del comodante que reclama del comodatario las costas del pleito seguido contra tercero para recuperar las costas, mediante la "actio commodati". En todo ello, sin embargo, y como acertadamente destaca Chiovenda, no se habla de condena en costas, sino que implícitamente se excluye, pues lo que hay no es resarcimiento a cargo del vencido, o mejor, de la otra parte litigante, sino del fiador, procurador, mandante, etc.<sup>398</sup>.

Como indica muy bien Chiovenda, la condena en costas nace a modo de sustitutivo de las penas procesales contra el vencido, y revistiendo los caracteres de excepción a la regla de que cada una de las partes ha de soportar sus gastos. En la jurisprudencia

---

398. Vid. op. cit., págs. 61-64. Chiovenda señala la existencia de interpolaciones en los textos de Labeon, Juliano y Marcelo.



se plasma en dos textos de Ulpiano, uno con carácter general y otro con carácter especial, pero complementarios, refiriéndose el segundo, siempre según Chiovenda, a un decreto imperial como origen legislativo<sup>399</sup>.

Según concluye el ilustre procesalista italiano, la condena tiene dos limitaciones, como son las de dictarse solamente: *a*) contra el actor vencido, lo que es lógico, pues la finalidad perseguida es sustituir al "iudicium calumniae", que sólo se daba contra el actor, siempre considerado más responsable que el demandado, y *b*) contra el actor vencido y temerario, debiéndose identificar la "temeritas" a la "calumnia" o "conciencia de lo injusto", en lo que Chiovenda se alinea con otros autores frente a aquellos otros que pretenden equiparar "temeritas" a "culpa", o simplemente a "vencimiento". Como argumenta muy bien, "temeritas" no podía ser "vencimiento", en cuanto tenía carácter excepcional, ni podía ser "culpa" al sustituir al "iudicium calumniae", lo que se confirma por el hecho de que el Emperador Gordiano, pocos años después de Ulpiano, renueva la conminación de la condena en dos textos en los que se alude a la actividad de perjudicar la causa, ni tampoco "culpa simple", que podía darse por no comparecer en juicio, multiplicar pruebas, etc., lo que daba lugar a condenar independientes, sin que pudiera ponderarse una culpa en cuanto a la cuestión<sup>400</sup>.

Un paso importante en la legislación imperial lo representa la constitución de Valentiano y Valente al prefecto de la urbe Olybrio, del año 369. Aunque limitada a un supuesto reivindicatorio, como también indica Chiovenda, por primera vez se conmina con el pago de expensas al demandado, y no sólo al actor, lo que hace pensar al procesalista italiano que quizá en la "petitio hereditatis" y acciones semejantes es donde se ha podido encontrar el origen de la condena contra el demandado, no como pena y sustitutivo del "iudicium calumniae", como sucedía anteriormente con el actor, sino como restitución o resarcimiento junto con los frutos, no

---

399. Op. cit., págs. 67-69. Los textos de Ulpiano se encuentran en D. 5, 1, 79 y 50, 5, 1.

400. Op. cit., págs. 69-78 y 79-81.

exenta de carácter penal y condicionada a la "temeritas" <sup>401</sup>. Conviene destacar que en la constitución se acentúa la nota subjetiva que impera en este momento, en cuanto se prevé también la condena en el pago de los gastos al demandante, cuando se considera deshonesto su demanda, y no, simplemente, cuando sea vencido <sup>402</sup>.

Se ha superado ya en Roma el período en el que el resarcimiento de los gastos precisa de un nuevo juicio, lo que desemboca en que la decisión sobre las costas pase a ser de una facultad, una obligación, como se ve en la constitución de los Emperadores Honorio y Teodosio dirigida a Asclepiodoto, Prefecto del Pretorio en el año 423. Terminado y transigido el negocio, no concede ninguna acción ni permite rescripto para la petición de costas, si el que conoció y promulgó en el negocio principal no firmó pronunciamiento, constituidas las partes, para que al vencedor le fueran restituidos los gastos o si sobre dicho pronunciamiento no correspondiera querrela por derecho, pues los Emperadores consideran "nefas" el resucitar la litis <sup>403</sup>.

La constitución sigue dentro de la misma línea de criterio subjetivo que el derecho anterior. En ningún momento se prevé la condena automática del vencido, sino que ello precisa de una de-

---

401. Op. cit., págs. 82-84. Vid. la constitución, *C. Th.*, 4, 16, 1, en CONRAT, ed. cit., págs. 498-499: "Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae... Heredis quoque... Addimus etiam, ut impensas sumtusque litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus... Vid. también *Codices Gregorianus Hermogenianus Theodosianus*. Edidit Gustavus HAENEL, Bonn, 1842, págs. 418-419.

402. "... iubemus enim, ut, si intentio petitoris improba iudicetur, praestet possessori sumtus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cesset sententia iudicantis."

403. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 85-86. Vid. la constitución, *C. Th.* 4, 16, 2, en ed. CONRAT, loc. cit.: "Terminato transactoque negotio posthac nulli actio, neque ex rescripto, super sumtuum repetitione praestetur, nisi cognitor, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis iuridica pronuntiatione signaverit: victori causae restitui debere expensas, aut: super his querelam iure competere. Post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia." Puede verse también ed. HAENEL, págs. 420-421.

claración especial, ahora a cargo del juez que resuelve sobre la relación jurídica substantiva, entendiéndose que cuando ese pronunciamiento falta, se opera la compensación de costas. Esta constitución deroga la de Valentiniano y Valente, a la que excluye en el Código de Justiniano <sup>404</sup>.

*B. Tendencias a la transformación del criterio subjetivo en un correctivo de la solución objetiva*

Hasta ahora, como ha podido observarse, el criterio subjetivo de imputación ha sido un correctivo del criterio de compensación de costas, sustituyendo al sistema de penalización procesal que, aún incluso en los tiempos de Gayo, había constituido el único correctivo. A mediados del siglo v se opera un cambio, que tiene su origen en uno de los privilegios concedidos a los eclesiásticos, concretamente, en una constitución de los Emperadores León y Antemio, dirigida al prefecto del pretorio Erythrio en el año 472, que recopilará Justiniano.

En la referida constitución, y a fin de combatir contra la misma "temeritas" que han luchado las anteriores disposiciones imperiales, se ordena que cuando los demandados fueran sacerdotes, clérigos o monjes y la demanda no fuera justa y legítima, los demandantes fueran condenados a satisfacer todos los gastos que los hubieran irrogado desde el principio de la causa <sup>405</sup>. Esta constitución por parecer no hacer sino confirmar el criterio de las anteriores, ha suscitado viva curiosidad y asombro en todas las épocas. Irnerio lo explicó como un privilegio de los clérigos; Búlgaro, como que por ella había de restituirse a los eclesiásticos todo, aun-

404. C. VII, 51, 3.

405. "Leo et ant. AA. Erythrio p. p. Praeterea ne cui temeritas sua lucrativa concedatur et ut impudens calumniantium refrenetur audacia, iubemus, quotiens ii, qui sacerdotes seu clerigos seu monachos ceterosque superius designatos vel in tuae magnitudinis examine vel in provinciali iudicio proposita actione convenerint, si causa cognita convicti fuerint sine iusta eos et legitima petitione pulsasse, omnes eis legitimas expensas sumptusque, quos ab exordio coeptae controversiae ipsorum vitio tolerasse eos constiterit, redhibere cogantur, ut hac saltem censurae iustissimae formidine revocati improbis adsidue conflictationibus occupati adquiescant se iam sopitis clamoribus iurgiorum magistra deinceps necessitate retinere." C. 1, 3, 32.



que sobrepasara de lo indispensable, y otros glosadores, como que se les indemnizaba también de los daños. En la doctrina moderna, Chiovenda parece ser el que ha acertado en la interpretación, al creer que lo que se ha hecho es sustituir la "temeritas" por la "petitio non iusta et legitima", aunque también se haga para castigar aquélla, no pudiéndose reprochar al gran maestro italiano sino que creyera que ello había terminado por conducir hacia la condena pura y simple del vencido<sup>406</sup>.

Lo que parece que León y Antemio han hecho ha sido, en efecto, dispensar de la exigencia de deshonestidad en la demanda para la condena en costas, cuando los perjudicados por el proceso han tenido la condición eclesiástica, bastando con que no haya tenido la condición de justa y legítima. No es que se haya abandonado el criterio de la temeridad, sino que ésta se ha apreciado como más fácil cuando la demanda se ha dirigido contra unas personas cuya condición debía inspirar más respeto, y a las que por esa condición se irroga un mayor perjuicio, al menos, moral. El vencimiento ha aparecido así como una presunción de temeridad en el actor, que por la redacción de la parte dispositiva del precepto es, incluso, "iuris et de iure", aunque hay que suponer que no se llegara hasta este extremo en base al exordio, donde hay que volver a repetir que lo que se intenta es castigar la temeridad.

El criterio instaurado por primera vez como un privilegio para los eclesiásticos parece extenderse con carácter general, a través de la constitución del Emperador Zenón, del año 487, que Cujacio reintegrara al Código de Justiniano tomándola de las Basílicas. En ella se dispone que todo juez ordene al vencido el abonar todos los gastos irrogados en el juicio, estándole concedido al juez el aumentar la suma de los gastos hasta la décima parte de lo gastado si a ello le moviera la impudicia del vencido, de suerte que lo que excediera perteneciera a los fondos públicos, a no ser que el juez quisiera resarcir a la parte victoriosa por la demora y le adjudicara parte, debiendo ser condenado actor y reo, no sólo si el juez fuera competente para ambos, sino también si fuera incompetente para el actor, cuando éste fuera vencido en reconvencción.

---

406. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 87-89.

dado que no podía recusar al juez. La constitución concluye exponiendo las excepciones a la referida condena, que son las de que el demandado, acordándose de su deber, hubiera pagado; el actor hubiera desistido, o el juez hubiera concedido que éste no era un calumniador, sino que había sido condenado en cosa dudosa, lo que evitaba la condena de gastos<sup>407</sup>.

Erman y Waldner, cuyas opiniones recoge Chiovenda, no creyeron que Zenón hubiera instaurado un criterio objetivo. Para el primero, el emperador romano no había hecho sino combatir el abandono de los jueces en imponer las costas, pero subordinándolo siempre a la temeridad. Waldner estimó que la imposición en cuanto al demandado se apoyaba siempre en el pleito injusto, y se apoyó en las excepciones, elevando la última a norma general. Frente a estas opiniones, Chiovenda defendió íntimamente convencido el que Zenón había innovado y había llegado al principio puro de la condena en costas al vencido, abriendo con ello un tercer período en el derecho romano, que había recorrido tres etapas: a) condena del temerario vencido; b) condena del vencido, pero con propósito de castigar al temerario, y c) condena del vencido<sup>408</sup>.

Aunque la construcción chiovendiana sea sugestiva históricamente, jurídicamente no es convincente, y, además, no debe olvidarse que el gran maestro italiano escribe en una época muy inclinada doctrinalmente a la condena automática de las costas, por la que se siente muy influido al realizar su estudio histórico.

---

407. "Epitome graec. const. Zenonis ex Bas.—Constitutio sancit, ut omnis iudex in sententia sua iubeat victum praestare omnes expensas in iudicio erogatas; concessa ipsi iudici potestate et excedenci summam expensarum ad decimam usque partem eorum, quae impensa sunt, si eum victi impudentia ad hoc permoverit, ita ut, quod expensas excedit, ad publicas rationes pertineat, nisi forte iudex, morae detrimentum parti vitrici sarcire volens, partem aliquam eorum ei addicat: condemnando non solum actore et reo, si iudex utrique competens sit, verum etiam si actori sit incompetens, si is vincatur ex reconvencione, quum non possit illum iudicem recusare, sive praesides iudices fuerint, sive delegati a principe arbitri; nam et hi exsecutores et compulsos habent. Quodsi iudex hoc non fecerit, ipse hoc damnum vitrici parti sarcire cogitur." C. VII, 51, 5.

408. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 92-96.

En primer lugar debe tenerse presente que la constitución de Zenón no deroga la de Honorio y Teodosio, sino que es compatible con ella, y aún debe complementarla en cuanto Justiniano recoge las dos, incluso dentro del mismo capítulo y título. Ahora bien, Honorio y Teodosio admiten como supuesto normal, aunque no deseado, el que no exista pronunciamiento sobre las costas, dándose lugar, en consecuencia, a una compensación de las mismas, por lo que no puede pensarse que Zenón haya rechazado categóricamente ambas situaciones, sino que más bien lo que ha podido hacer es tratar de corregir una para a su vez corregir la otra. En consecuencia, Zenón, como apuntó bien Erman, debió combatir la indolencia judicial en este aspecto, induciendo a no dejar de pronunciarse y a no dar lugar a una compensación de costas por inhibicionismo. Otra cosa distinta es que Zenón llegara con ello a un criterio objetivo de imputación automática, pues, por el contrario, desde el momento que exige un pronunciamiento expreso en el que el juez condene al vencido, es porque la condena no se produce automáticamente, y, en consecuencia, no puede pretenderse, como quería Chiovenda, un principio asoluto.

En segundo lugar, el que el hecho de que la condena en cosa dudosa sea una excepción no puede disminuir su importancia, aun cuando esa condición de dudosa deba constarle no sólo a la parte litigante, sino al juez. En virtud de la disposición, el juez aparece obligado en todos los casos a considerar si la condena ha recaído sobre la cosa dudosa, y ello significa que se está muy lejos de una imputación automática, en la que al Juez le basta con saber quién es el vencido.

En tercer lugar, no debe pasar desapercibido que Zenón ha prescrito posiblemente la condena al costas al vencido, pensando exclusivamente en el actor, y no en el demandado por las siguientes razones: *a)* porque está pesando siempre el recuerdo del “*iudicium calumniae*”, sólo dado contra el actor; *b)* porque también la constitución de León y Antemio citada está hecha para el actor, y *c)* porque en la propia constitución de Zenón la excepción está referida sólo también al actor. Se dirá, entonces, que sólo el actor ha podido salvarse de la condena en costas cuando la cosa sobre la que ha litigado era de carácter dudoso, y que esa posibilidad no



ha alcanzado al demandado, pero eso, de una parte, es absurdo, y de otra, iría contra todo el pensamiento jurídico romano. Es absurdo que el actor, que es quien ha dado origen a los gastos con su conducta, pueda liberarse porque no se le pueda imputar que ha actuado injusta o imprudentemente, y no pueda liberarse por la misma razón el demandado, que es el que no ha dado origen a los gastos. Precisamente es al demandado al que menos puede imputársele una actitud imprudente, pues hallándose disfrutando de una situación jurídica, que es la que se impugna, es lógico que la defienda, y no puede censurársele porque estime tener un principio de razón, como lo es ya el hecho de hallarse disfrutando más o menos tiempo de la indicada situación. Al actor, que mueve la máquina judicial y en el que tiene que preceder una reflexión sosegada, es al que más puede exigírsele en relación al demandado, que se ve atacado e instintivamente ha de defenderse.

Las constituciones, pues, de León y Antemio y de Zenón, la primera para el supuesto de eclesiásticos demandados y la segunda para toda clase de demandados, no representan la instauración de un criterio objetivo de imputación del gasto procesal, sino una tendencia a la objetividad en relación a los demandantes, en los cuales el vencimiento determina una presunción de temeridad por la cual deben ser condenados expresamente por el Juez en los gastos. Tendencia a la objetividad no significa objetividad, pues cabe: a) que el juez no cumpla con su deber de condenar, y b) que la presunción de temeridad, presunción "iuris tantum", sea derribada. todo esto, además, referido exclusivamente al actor o demandante.

Si el juez no cumple con su obligación podrá ser objeto de sanción o de resarcimiento, pero en el litigio fallado se operará una compensación de costas, pues éstas precisan de una declaración expresa, ya que la constitución de Zenón no dice que el vencido pagará las expensas, sino que el juez le condenará a pagarlas. Si el Juez concluye que el demandante no era un calumniador, porque ha formulado su petición en un asunto en el que realmente cabía la posibilidad de que tuviera razón, aunque finalmente no haya sido así, también existe una exoneración de responsabilidad en cuanto al gasto, que, como puede observarse, nace de considerar que el actor no ha actuado con la temeridad que se presume en el

que ha sido vencido. El criterio subjetivo de imputación no ha sido vencido, sino que, por el contrario, aparece aquí más triunfante que nunca, lo que sucede es que mientras anteriormente se le concebía un correctivo del criterio de compensación de costas y como sustitutivo de las penas procesales, ahora se le concibe también como un correctivo del criterio objetivo. Anteriormente, el planteamiento era: las costas han de soportarlas las partes, a no ser que el Juez castigue al actor, e incluso, a veces, al demandado cuando actúe maliciosa o temerariamente. Ahora el planteamiento es: el Juez puede imponer las costas al actor, y a veces al demandado, cuando actúen maliciosa o temerariamente, pero, además, debe imponerlas siempre al actor o demandante que ha sido vencido, a no ser que lo haya sido en cuestión de carácter dudosa, que revele que no ha actuado maliciosa o temerariamente. Finalmente, este criterio de presunción de temeridad en el actor está fortalecido cuando el demandado es de condición eclesiástico.

*C. La adopción de los principios romanos en el derecho visigodo*

El derecho visigodo en el aspecto del gasto procesal no ha conseguido una buena consideración por parte de los autores. Chioven-  
da, aunque reconoce que la condena en costas no ha sido desconocida en el derecho visigodo, y realiza unas cuantas e interesantes citas sobre ello<sup>409</sup>, concluye que las leyes bárbaras, aun las más influidas por el derecho romano, no conocieron la condena en costas, pues, incluso, en los visigodos la "compositio", por el número de millas recorridas, se refería exclusivamente a los gastos de viaje, y todo lo más que llega a conceder es que, recordando el Breviario de Alarico, probablemente el precepto romano no cayó totalmente

---

409. Op. cit. pág. 138. Cita la retribución de los representantes en juicio (*Lib. Iud. II, 3, 7*); el reembolso a las partes por el juez "quidquid dispendii super octo dies pertulerint" cuando tarda en decidir el pleito más de lo debido (*Lib. Iud. II, 1, 21*). y el que el actor puede ser puesto en posesión de los bienes del juez negligente de distinto territorio para obtener "de solis frugibus usum et expensas" (*Lib. Iud. II, 2, 7*).

en desuso, aunque limitado a los sometidos a la ley romana <sup>410</sup>. Por su parte, Zeumer vio en el "Liber Iudiciorum" la introducción de la multa procesal para los que pleitearan imprudentemente como un sustitutivo del pago de las costas del juicio <sup>411</sup>.

Desde luego hay que rechazar la opinión de Chiovenda de que los gastos procesales hayan podido estar reducidos a los gastos del viaje, pues se ha visto la importancia que tuvo la retribución del órgano judicial, por ejemplo. En cuanto a la opinión de Zeumer también se juzgó a su debido tiempo que no podía entenderse con carácter general lo que sólo era un medio aplicado para una actuación procesal concreta.

Dado lo fragmentario del código euriciano, no se puede afirmar con seguridad que en él se contuviera o no se contuviera algún precepto sobre imputación de gastos en juicio, pero de lo que sí se puede tener alguna certidumbre es de que ha existido un criterio antes de la promulgación de la Ley de Teudis. En efecto, la ley de Teudis es una disposición centrada exclusivamente en torno al gasto procesal, y de importancia excepcional, como lo demuestra su inclusión en una gran colección legislativa, por lo que si la citada disposición no contiene nada sobre imputación obedece forzosamente a que no se cree necesario por estar ya establecido. Naturalmente, si la ley de Teudis ha sido incluida en el Breviario de Alarico es porque se han estimado vigentes las disposiciones de éste, y es más, la mencionada inclusión puede explicarse por el hecho de que una disposición sobre gasto procesal sólo encontrará lugar en el citado Breviario. En este caso, no sólo se demostraría la vigencia del Breviario en este aspecto, sino su vigencia exclusiva, es decir, que tanto si el Breviario derogó el Código de Eurico, según la tesis de García-Gallo, como si coexistieron, según la teoría de Merêa, en cuanto al gasto procesal sólo estuvieron vigentes las disposiciones del Breviario, sin que por otra parte pueda pensarse que lo estu-

---

410. Op. cit., págs. 139-143. Actúa por prejuicios cuando dice que el concepto romano no resultaba claro a los germanos, poco acostumbrados a objetivar, pues si alguien estaba acostumbrado a objetivar y abusar de la objetivación eran los germanos.

411. Vid. nota 367.



vieron sólo para la población romana, pues la disposición de Teudis está dada para todos sus pueblos.

Con arreglo al Breviario de Alarico, puede decirse que el pueblo visigodo ha recibido los principios romanos que han informado el Código Teodosiano, esto es, los de un criterio subjetivo de imputación como correctivo de un criterio de compensación de costas, y sin llegar a ese criterio como correctivo de una tendencia objetiva, puesto que las constituciones de León y Antemio y de Zenón, como es lógico, no fueron recibidas. Ese criterio coexiste con algún residuo de las penas contra el litigante temerario, como la "litis crescentia" a través de las Sentencias de Paulo. La "interpretatio", que hoy no se cree visigoda, tiende a abandonar, quizá, los tecnicismos, hablando de negar simplemente donde antes se hablaba de "infitiatio", y a desarrollar algún puesto como el de engaño en la compraventa de heredad<sup>412</sup>.

El criterio subjetivo está presente al recogerse las constituciones de Valentiniano, año 369, y de Honorio y Teodosio, año 423<sup>413</sup>. En la primera, la "interpretatio" confirma la posible condena del demandado en los casos de reivindicación de heredad<sup>414</sup>, y en la segunda destaca la obligación de la parte interesada en cuanto a la petición de la condena, pareciendo que hace recaer en la misma la responsabilidad de que la sentencia no contenga pronunciamiento, y con ello la imposibilidad de obtener la citada condena<sup>415</sup>.

---

412. Vid. nota 378.

413. Vid. notas 401-403.

414. "Quisquis rem alienam male possederit, si in iudicio fuerit superatus, quod rem sibi non debitam occupare praesumpsit: sed et ille, qui conventus a certo domino reddere pervasa noluerit... Heredes quoque eorum... Addimus quoque, eiusmodi personis ut et sumtus et expensas litis ex eo die, a quo de tali re coeperint litigare, usque dum finiatur, pulsantibus reddant: nam et ipsi, qui alios possidentes pulsare tentaverint, si ea in iudicio repertant, quae sua probare non possint, similiter sumtus et expensas litis pulsatis possessoribus reddant, quantum eos toto litis tempore perdidisse constiterit."

415. "Posteaquam inter partes fuerit definitum iudicio intercedente negotium, quaecunque actio propter repetendos sumtus vel expensas litis obtenta fuerit, nullam habeat firmitatem, quam iudicati forma non continet: quia quicumque, quod in iudicio adversario praesente non petiit, postea de eadem re litem aliam non poterit inchoare."

Este criterio ha debido persistir después de Leovigildo, y aún después de promulgada la primera redacción del "Liber Iudiciorum", pues en éste se refleja una de las muchas lagunas que contiene de todo orden. Esta laguna viene a salvarla Ervigio al reformar por el sistema de interpolación la ley enmendada de Chindasvinto sobre retribución del órgano judicial y ejecutor de los pleitos. Esa interpolación no parece variar el criterio anterior, sino darle mayor fuerza, evitando su incumplimiento. Ervigio confirma el criterio de compensación de costas con el criterio subjetivo de imputación como correctivo, decretando que en juicios de partición de herencia las partes paguen conjuntamente al juez y al sayón, lo mismo que cuando, en general, no se apreciara en el demandado culpa, presunción, usurpación o deuda posesoria<sup>416</sup>. Con ello no se desvía del criterio de la constitución de Valentiniano y Valente recogida en el Breviario de Alarico, sino que, en todo caso, lo que hace es generalizar lo que en aquella parecía limitado a casos de reivindicación, por otra parte, los más frecuentes.

#### D. *La resurrección del criterio subjetivo en las escuelas italianas*

Es dudoso que pueda hablarse propiamente de una resurrección del criterio subjetivo, si se tiene en cuenta que, probablemente, no murió nunca. La creencia de Chiovenda de que las escuelas anteriores a la boloñesa debieron interpretar a Justiniano como prescribiendo las costas al vencido, aunque el Brachilogo recogiera la facultad judicial de la compensación en uno de los casos de la constitución de Zenón<sup>417</sup>, descansa, como puede comprenderse, en su errónea interpretación de aquella constitución. El emperador romano no instauró el criterio objetivo, y por ello, las escuelas pre-boloñesas mal pudieron interpretarlo así, ni tampoco Chiovenda se esforzó en demostrarlo.

---

416. "...Pro celebrandis autem divisionibus, si causa extiterit, iam quia utraque pars et competentia sibi iura reposcit et debitam sibi partem portionis requirit, ab utrisque partibus predicta commoda exigenda sunt. Similiter autem et in huiusmodi causis, ubi nulla est culpa, presumptio, usurpatio vel debitum possessorum hic ordo servabitur, ut commodum iudicis vel saionis de utrisque causantium partibus exigatur..." *Lib. Iud.* II, 1, 26.

417. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 154.



La justificación del empleo del término resurrección está en que el criterio subjetivo debió debilitarse, y aun desaparecer, allí donde no se mantuvo la recopilación justiniana o la teodosiana que la precedió, como es el caso de la Península Ibérica, donde en los primeros siglos de la Reconquista rigió un criterio objetivo, según se explicó. Las escuelas italianas resucitarán el criterio subjetivo en cuanto le insuflarán fuerza, hasta el punto de expandirse triunfalmente nuevamente por aquellos territorios que en épocas ya distantes le habían saludado.

Para Chiovenda, el primer texto que se separa de una interpretación de la constitución de Zenón en sentido objetivo es el de las "Questiones de iuris subtilitatibus". El texto, en forma de diálogo entre el "Auditor" y el "Interpres" presenta a través del primero la antinomia existente entre la condena en costas del vencido y la consideración debida al poseedor de buena fe, cuando la cosa perece durante el juicio, antinomia que es resuelta por el "Interpres" muy acertadamente concluyendo que la condena no depende del vencimiento, sino del dolo del litigante, lo que deduce de que las constituciones condenan al litigante rebelde "etiam ante sententiam", cuando en consecuencia no existe vencimiento. Esa es la doctrina de los glosadores, y esa opinión se cita en la Glosa como de Irnerio<sup>418</sup>.

Conocido el modo de trabajar de los glosadores, no es extraño que incurrieran en errores y, sobre todo, que aprovecharan toda clase de textos para ilustrar una tesis. Chiovenda los acusa de ver

---

418. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 155-56. 'El texto de las "Questiones" dice así: "XIII De iudiciis. A. Qui sententia uictus est condempnari debet in id quod uictor se legitime circa littem expendisse iuraverit, contra bona fide possessor ipsius etiam rei petite prestationem uitat quae pendente iudicio periiit, nec debet aut fatalitatem prestare aut ius suum indefensum propter eiusmodi metum relinquere. Qui ergo rem ipsam prestare non compellitur, is nec ad inpensarum solutionem cogendus esset. I. Si tempore iudicii perit res a te petita pretium eius prestabis, si scilicet actor rem distracturus erat, quamuis ne culpa quidem tua deprehendatur, si dictracturus non erat, tunc locum habet id quod proposuisti, impensas quoque bone fidei possessori remitti et ab eo demum exigi qui dolo fecit, apparet ex multis constitutionibus que etiam ante sententiam dispendia litis exigunt ab eo cui vitium potest imputari, regule vero generalitas qua victis infliguntur impense distenditur ad utrosque, id este tam presentes quam absentes."



“pena” en muchos textos que no la contenían; de dar preferencia a los textos que limitaban la condena en costas, por resultar más fácil sobreentenderla en los que no hablaban que suprimirla en los que la expresaban, y de la importancia concedida a un texto de Papiniano, donde la razón de litigar se admitía para que los administradores pudieran hacer soportar las costas a sus administrados, glosando que la justa ignorancia excusaba de los gastos, pese a que este supuesto fuera diferente en relación al vencedor que en relación al administrado, a todo lo que añade, como es natural, la falta de la ley de Zenón, que hubo de restituir Cuiacio <sup>419</sup>.

Del examen de los textos, los glosadores concluyen: a) la condena en los gastos sólo es imputable al que litiga “sine iusta causa”; b) de dicha condena está exento el que tiene “iusta causa litigandi”, y c) la “iusta ignorantia” es asimilable a la “iusta causa”. La condena en costas, en consecuencia, deviene la regla general, pero, como señala el procesalista italiano, sólo en la teoría, dada la excepción citada de que haya justa causa de litigar. La extensión de la regla general depende entonces de la interpretación, pues, para algunos, como Guido da Suzara y Durantis, el litigante tiene siempre justa causa de litigar en tanto tenga motivo “probabilis”, en tanto que para otros, como Baldo, en el que sucumbe se presume la malicia <sup>420</sup>.

En ocasiones se ponen ejemplos constitutivos de “iusta causa litigandi”. Uno de ellos es el del que litiga sobre cosa que ha com-

---

419. CHIOVENDA, op. cit., págs. 156-159. El texto de Papiniano a que se alude está en L. 78, par. 2, D. de leg. II., que glosan: “quia iusta ignorantia excusat a litis sumptibus, etiam olim”. Completan todo viendo limitación de “calumnia” en C. III, 1. 13, la disposición más objetiva de todo el Derecho romano, como puede verse a continuación: “Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.—Sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt. sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae suiacebunt, et reddere eam parti laesae coarctabantur.—Et haec de alterutra parte litigantium contumaciter absente nobis statuere visum est, ad acquitatis rationem omnia corrigentibus.” C. III, 1, 13, párrafos 6 y 7.

420. Para Baldo, “quod eo ipso quod succumbit praesumitur calumniari.” Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 162-163.

prado y que le es reclamada judicialmente, pues necesita ser vendido en juicio para poder repetir contra el que le vendió la cosa. Otro es el que litiga sobre cosa en la que ha sucedido a otro, pues no conoce los vicios provenientes del causante, con lo cual puede llegarse a una confusión entre la "ignorantia facti" con la "iusta causa litigandi". Junto con esto se plantea el problema del "iuramentum calumniae", es decir, la exoneración del que presta juramento de que no actúa por malicia. Cuando la prestación de este juramento está admitida, excusa desde luego del gasto procesal, pero también suele excusar cuando no es preceptivo. Se observa, sin embargo, una reacción entre los postglosadores, rechazándose la exoneración a causa de él, mediante la distinción que Bartolo, Baldo, el Panormitano y otros hacen entre "calumnia" o dolo y "temeritas" o negligencia. En cuanto que el juramento se presta por el dolo, no excusa de la condena en costas que se impone por la culpa <sup>421</sup>.

Dentro de este movimiento de las escuelas italianas hay que comprender también a los canonistas. Precisamente a uno de ellos, Durante, se debe la elaboración de la "probabilem causam litigandi", que dio argumento a la tentativa de establecer la regla general, desuniéndola de la "ignorancia facti" y de la prestación del juramento de calumnia, como ha destacado Salvioli <sup>422</sup>. Sin embargo, como se recordará, la legislación pontificia observa una tendencia objetivista, que puede tener sus antecedentes en la constitución citada de León y Antemio, y que tiene su fundamento en el hecho de que en los supuestos en los que se dicta se aprecia la temeridad o se estima no haber justa causa de litigar. Chiovenda atribuye a los Papas la actitud de imponer los gastos como pena frente a la audacia de los litigantes con origen en la ley romana citada, que él recuerda como de especial afecto para los eclesiásticos <sup>423</sup>, y ese origen es demostrativo de la citada tendencia objetivista.

#### *E. El triunfo del criterio subjetivo en los territorios hispánicos*

El criterio subjetivo de imputación triunfa plenamente en los territorios hispánicos, hasta el punto de informar la legislación ac-

---

421. Op. cit., págs. 163-165.

422. SALVIOLI, op. cit., pág. 535.

423. CHIOVENDA, op. cit., pág. 159.

tual. Su triunfo va unido, generalmente, al del Derecho común, pero en unos territorios se plasma legislativamente y en otros no, así como en unos territorios va ligado a un predominio claro de la compensación en costas, mientras en otro aparece como un correctivo de una tendencia a la objetividad. Estos matices son más intensos en la Edad Media, es decir, en el momento de su introducción para sustituir el criterio objetivo de los primeros siglos de la Reconquista, mientras que en la Edad Moderna desaparecen y se opera una especie de fusión de criterios, a través de una doctrina jurídica que tiene caracteres de universalidad.

a) Castilla y territorios de su influencia

a') El doble origen visigodo y el Derecho común. En Castilla, el triunfo pleno del criterio subjetivo vinculado a la compensación de costas tiene un doble origen: a) el del renacimiento del Derecho visigodo, y b) el de la doctrina del Derecho común.

b') El Fuero Juzgo y el Fuero Real. En cuanto al primero, debe tenerse en cuenta la versión romanceada del "Liber Iudiciorum", en la que se recoge la disposición citada de Ervigio, por la que para el caso de partición de herencia prescribe el abono conjunto de costas, que extiende, en general, a todo pleito en el que no se demuestre la existencia de culpa, dolo o presunción en el demandado <sup>424</sup>.

El Fuero Juzgo ha podido influir, a su vez, en el Fuero Real, aunque en todo caso sólo en espíritu, pero no en forma. Por primera vez en el Derecho de todos los territorios hispánicos el gasto procesal es objeto de un título independiente, lo cual da idea de un tratamiento científico del mismo muy superior al de épocas anteriores. Sin embargo, el Fuero Real parece interesarse más por la forma de determinación o cómputo de las costas que por su imputación, la cual da sólo como de pasada, describiendo una serie de supuestos en los que el alcalde ha de juzgar sobre las costas.

---

424. "... E otrosí decimos, si el pleyto fuére tal, que aquel a quien demandaban, non seméye, que había nenguna culpa, nin facie nengun tuerto, nin alguna presuncion non era contra él, ámas las partes paguen de só uno al Juiz y al Sayon..." *F. Juzgo*, II, 1, 24.



La mayoría de estos supuestos se refieren a perturbaciones ocasionadas por actuaciones procesales<sup>425</sup>, de lo que se desprende que ese juicio o condena sobre las costas tiene caracteres, fundamentalmente, de pena por litigar temerariamente. Por otro lado, el que haya unos supuestos determinados que acarreen la condena, y de otra, el que haya de ser objeto de actividad especial de los Alcaldes, indica que el criterio general ha sido el de compensación de las costas. Esto lo confirman las Leyes del Estilo, en las que el libramiento de las costas está condicionado a la previa petición de la parte<sup>426</sup>.

c') La obra del Maestro Jacobo y las Partidas. La influencia del Derecho común que, seguramente, se ha dejado sentir ya en el Fuero Real, está representada, fundamentalmente por la gran figura del Maestro Jacobo, en el siglo XIII. El problema de las costas lo trata en sus tres obras conocidas: las "Flores del Derecho", el "Doctrinal" y los "Nueve tiempos de los pleitos". Sin poder entrar ahora en la discusión de la prelación cronológica de las mismas<sup>427</sup>, lo único que cabe señalar es que la relación más próxima con las Partidas, tal como conocemos éstas, es, desde luego, la del "Doctrinal". En las "Flores del Derecho" y en los "Nueve tiempos", el Maestro Jacobo se muestra más cercano, aunque tímidamente, a la tendencia objetivista representada por el espíritu de la constitución de Zenón. En el "Doctrinal", por el contrario, se advierte siempre un aliento subjetivista, más compatible con un criterio de compensación de costas. Desde luego, siempre que existen coincidencias entre las "Flores del Derecho" y las Partidas es porque también coincide aquel texto con el "Doctrinal".

Si la influencia doctrinal del Derecho común está representada por el Maestro Jacobo, lo influencia legislativa lo está por las Par-

---

425. Vid. nota 303.

426. Vid. nota 329.

427. Frente a la opinión común, el profesor García-Gallo cree las "Flores del Derecho" una obra tardía, en tanto Partidas y "Doctrinal" copian un texto común.

tidas. Concordando con la glosa <sup>428</sup>, esta monumental colección de Alfonso X, va a establecer el criterio castellano en materia de costas que va a predominar hasta nuestros días y que va a resistir los embates de las doctrinas contrarias. Al concordar, como se ha dicho, con el "Doctrinal" de Jacobo, sin haberlo en la misma medida con las otras obras de éste, va a adoptar un criterio marcadamente subjetivista y de corrección de un criterio de compensación de costas.

En primer lugar, "Doctrinal" y Partidas eluden toda declaración sobre que el juez haya de condenar siempre a la parte vencida, que, como se recordará, hacía Zenón, y que se recoge en las "Flores" y en los "Nueve tiempos" <sup>429</sup>, aunque mucho menos objetivamente. El acento de las Partidas no se sitúa en el vencido, por más que hubiera podido después establecer excepciones, sino en el que actúa maliciosamente, bien como demandante obligando a comparecer al demandado, aun sabiendo que sin derecho, bien como demandado, defendiéndose sin tener razón <sup>430</sup>, coincidiendo literalmente con el "Doctrinal" <sup>431</sup>, y parcial, aunque no literalmente, con el

---

428. Vid. la Glosa de Gregorio López a *Partidas*, III, 22, 8, señalando que este texto concuerda con l. properandum 13 § sin autem 3 C. de judic. et l. eum quem temerè 79. D. cod. et cap. "calumniam 4 de poenis, et Instit. de poena temerè litig., remitiéndose también a Spec. tit. de expensis, Lucas de Penna, en l. unica C. de sumpt. recup. lib. 10; Baldo en l. non ignorat, C. de fruct. et lit. expens.

429. *Flores del Derecho*, III, 1, 6: "Sennor quando dierdes tal sentençia siempre deuedes condenpnar ela parte que fuer uencida en las costas ala parte que fur uencedor, se entendierdes que la parte uençuda mouio o deffendio maliciosa mientras el pleyto..." Ed. cit., págs. 147-149. *Los Nueve tiempos*, tiempo 9.º: "... El iuyz deue acondempnar a la parte uençuda a la que uencio ennas despesas, & e se non, deuelas apagar de lo suyo..." Ed. cit., págs. 389-390.

430. "Los que maliciosamente sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan mueuen a sus contendores pleytos sobre ella, trayendolos en juyzio, e faziendolos fazer grandes costas, e misiones es guisado que non sean sin pena, porque los otros se recelen de lo fazer..." *Part.* III, 22, 8.

431. "Los que maliciosamente, sabiendo que han derecho en la cosa que demandan, mueuen pleyto asus contendores sobrella trayendolos en juyzio, & faziendoles fazer grandes costas & misiones, es guisado que no sean sin pena por que los otros se rreçelen delo fazer; & por ende dezimos, quelos que enesta manera fazen demandas o se defienden contra otrie, no aviendo

Fuero Real<sup>432</sup>. Esto que podría denominarse enunciación positiva del criterio, no elimina la enunciación negativa en "Doctrinal" y Partidas, por lo que se prescribe que el Juez no debe condenar al vencido cuando éste actúa por causa justa para demandar o para defenderse<sup>433</sup>. Coinciden en esto con las "Flores", pero en ésta ese supuesto está previsto como una excepción a la regla general de que debe condenarse al vencido, por más que en las "Flores" haya de ser el vencido temerario también<sup>434</sup>, mientras en Partidas y "Doctrinal" no es una excepción, sino una formulación pleonástica. Mientras la fórmula de las "Flores" es que siempre se debe condenar al vencido malicioso, salvo que se comprobara que actuó con razón, entendiendo por razón la posibilidad de tenerla, en Partidas y "Doctrinal" lo que se prescribe es que se condene al que actúe maliciosamente y no se condene al que actúe con razón.

Independientemente de exponer el criterio general, las Partidas suministran tres ejemplos de situaciones en las que no cabe la condena en costas, coincidiendo también con el "Doctrinal", mientras que las "Flores" sólo dan dos de estos ejemplos, y los "Nueve tiempos", ninguno. Los casos citados son: a) el del que litiga por lo que ha heredado; b) el del que lo hace por lo que le ha sido donado, vendido o cambiado, y c) el del que ha prestado juramento de calumnia. El segundo caso es el que no está contenido en las "Flores".

---

y rrazon por quello deuan fazer, que no deue tan sola mente el judgador dar por vençido ensu juyzio dela demanda al que la fiziere, mas aun la deue condenpnar enlas costas que fizo la otra parte por rrazon del pleito..." *Doctrinal*, lib. V, cap. 7, ed. cit., págs. 307-308.

432. "... quier por traher su contendor a Juicio sin derecho... quier por poner defension que non sea el derecho..." *F. Real*, III, 14.

433. "... Empero si el juez entendiere que el vencido se mouiera por alguna derecha razon para demandar, o defender su pleyto, non ha porque mandar quel pechen las costas..." *Part.* III, 22, 8.

"... pero sy el juez entendiere que el vençido se mouiere por alguna derecha rrazon para demandar o defender su pleito, non ha por que mandar quel peche las costas..." *Doctrinal*, loc. cit.

434. "... Mas se uirdes que mouio o deffendio su pleyto con guisa & con rrazon... non deuedes condenpnar ela parte uençada en las costas..." *Flores del Derecho*, loc. vit.



En el primer caso se entiende que hay justa causa de litigar en el que ha heredado algo y se defiende del que le demanda por ello, o, incluso, demanda por algo que se le hizo a su causahabiente<sup>435</sup>. En el segundo caso, se entiende lo mismo del que litiga sobre cosa que le ha sido donada, vendida o permutada, por creer que el que se la enajenó estaba en condiciones de hacerlo<sup>436</sup>. En el tercero, se aplica el mismo criterio a la prestación del juramento de calumnia, por el prestigio de que todavía goza, denominándolo Partidas y “Doctrinal” de juramento de mancuadra, lo que no hace las “Flores”<sup>437</sup>. Todos estos ejemplos están extraídos de la Glosa, como se recordará<sup>438</sup>.

d') El Derecho recopilado. El Derecho recopilado parece dedicar su atención a órganos y procedimientos de cómputo, y sólo la disposición citada del Fuero Real, al ser recogida, parece reflejar un criterio de imputación. Dada la deficiencia de este Derecho recopilado, seguramente de intento, el texto de Partidas constituye, desde su reconocimiento oficial por el Ordenamiento de Alcalá, el verdadero fundamento del Derecho sobre gastos procesales.

---

435. “... E esto sería quando alguno que fincasse por heredero de otro demandasse, o defendiesse en juyzio por rason de aquellos bienes que heredó...” *Part.*, loc. cit.

“... assi como se era heredero de alguno & mouio ela otra parte contra el pleyto, oel mouio pleyto dalgún fecho que feziesse aaquel de que era heredero contra la otra parte...” *Flores del Derecho*, loc. cit.

“... & esto sería quando alguno que fincase por heredero dotrie, demandase en juyzio por rrazon de aquellos bienes que heredó...” *Doctrinal* loc. cit.

436. “... o si alguno otro fiziese demanda, o se amparasse en rason de alguna cosa que le fuesse dada, o que el ouiesse comprada, o cambiada a buena fe creyendo que aquel que gela diera auia poderio de la enagenar...” *Part.*, loc. cit.

“... o si alguno que otro fiziese demanda o se anparase en alguna cosa quel fuese dada o quel ouiesse conprada o camiada a buena fe, o creyendo que aquel que gela diera avia poderio dela enajenar...” *Doctrinal*, loc. cit.

437. “... o si en otro pleyto qualquier y fuesse ya fecha la jura de la mancuadra a que dizen en latin, iuramentum de calumnia...” *Part.*, loc. cit.

“... o sy en otro pleito qualquier fuese y fecha la jura de la mancuadra a que dicen latin juramento de calupnia...” *Doctrinal*, op. cit.

“... e se por auentura fuere jurado enel pleyto de juramiento de calonpnia...” *Flores del Derecho*, loc. cit.

438. Vid. nota 421.

Cabe, en todo caso, destacar, para subrayar la tendencia subjetivista castellana en este aspecto, la Pragmática de Carlos I y su madre Doña Juana, dada en Valladolid en 16 de julio de 1513, la de 20 de mayo de 1518, en las que partiendo del supuesto de que en materia de deudas el demandante hubiera pedido recibimiento de prueba y hubiera probado, concluye que el demandado ha de pagar las costas, pero lo condiciona a que hubiera lugar en Derecho de pagarlas<sup>439</sup>, es decir, ni aun en este caso se decide por una doctrina del vencimiento sin más, sino se emplea una cláusula de reserva, en la que se está pensando, sin duda alguna, en Partidas.

e') La doctrina castellana de los siglos XVI y XVII. La doctrina castellana de los siglos XVI y XVII centra su atención en los siguientes puntos: a) estudio de la justa causa de litigar; b) estudio de la temeridad manifiesta; c) estudio del valor específico del juramento de calumnia; d) estudio de la necesidad de petición y de pronunciamiento expreso para la condena en costas, y e) generalidad del criterio.

a'') *La justa causa de litigar.* La justa causa de litigar interesa a la doctrina en cuanto excluye la condena en costas. Como dice Yáñez Parladorio, el vencido regularmente es condenado a satisfacer los gastos del vencedor, y la justa causa de litigar excusa de la condena<sup>440</sup>.

Para Gregorio López, se habla de justa causa de litigar por el hecho de la incertidumbre y la verdad escondida que existe en la causa, concluyendo que corresponde determinar si existe al arbitrio del juez<sup>441</sup>. Yáñez Parladorio, siguiendo a Baldo, se inclina también a dejarlo al arbitrio del juez<sup>442</sup>.

Por su parte, Covarrubias declara que el vencido es condenado en las expensas también cuando actúa sin dolo, si litiga temerariamente<sup>443</sup>, con lo que viene a diferenciar el dolo de la temeridad,

---

439. "... habiendo lugar de Derecho de las pagar." *Nov Rec.*, XI, 19, 4.

440. "Victus victori in expensis regulariter es damnandus" y "Iusta litigandi causa excusat a condemnatione expensarum." YÁÑEZ PARLADORIO, op. cit., cap. final, 5.ª parte, par. 18, núms. 1 y 2.

441. "... propter facti incertitudinem, et celatam veritatem... si sit punctus juris ambiguus..." Glosa a *Part.* III, 22, 8, en pág. 285.

442. YÁÑEZ, op. cit., núms. 4 y 5.

443. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 1.

siguiendo en esto a Bartolo, Baldo y el Panormitano, que, como se recordará, distinguían la “calumnia” o dolo de la “temeritas” o negligencia <sup>444</sup>.

b”) *La temeridad manifiesta*. Siendo la temeridad la base de la condena en costas, algunos juristas exponen casos de temeridad manifiesta. Uno de ellos es Castillo de Bovadilla, quien estudiando los juicios de residencia prescribe el pago de las costas al falso capitulante en el supuesto de que se absolviera al corregidor u oficial capitulado <sup>445</sup>.

En el siglo XVIII, Berni, glosando una ley de Partidas hace notar que cuando los pleitos empiezan por declaración jurada y los reos niegan, en caso de justificarse por el actor la pretensión, se condena a los reos en costas <sup>446</sup>.

c”) *El juramento de calumnia*. Como se recordará, el juramento de calumnia recibió fuertes ataques de las más grandes figuras del Comentario, es decir, de Bartolo, Baldo y el Panormitano, a los que, en general, sigue la doctrina castellana.

Gregorio López afirma haber oído opiniones diversas, concluyendo comúnmente los Doctores que aunque excuse de la presunta calumnia, no excusa del litigar con temeridad o de las expensas que se pagan en razón de la contumacia, y añade que él lo ha visto practicar así. El glosador de las Partidas agrega que como el juramento se suele prestar comúnmente, de aceptar la excusa del mismo, no habría nunca lugar a la condena de los gastos, y concluye que como la ley se funda en la presunción de buena fe, la indicada presunción puede anularse por presunciones contrarias <sup>447</sup>.

De la misma opinión es Covarrubias, que se apoya en Bartolo, Abbas, Socino y Lanfranco, manifestando que aunque la Glosa probara lo contrario, el uso forense lo había abrogado y no lo había visto nunca controvertido <sup>448</sup>.

---

444. Vid. nota 421.

445. CASTILLO, op. cit., tomo 2.º, lib. V, cap. II, núm. 103, págs. 620-621.

446. Vid. JOSÉ BERNI Y CATALÁ, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partidas*, Valencia, 1759, pág. 190.

447. Vid. nota 441.

448. Vid. nota 443.



En la misma línea puede situarse también a Hevia Bolaños, quien siguiendo primero la legislación afirma que no ha de ser condenado en costas cuando se prestó el juramento de calumnia al principio del pleito, pero añadiendo después que siempre que en autos no constara el haber litigado con malicia, porque en este caso la presunción que existía de no litigar con malicia habría sido vencida, y sería condenado<sup>449</sup>.

d'') *La necesidad de petición y pronunciamiento expreso.* Demostrando que el criterio subjetivo no es sino un correctivo del de compensación de costas, la doctrina castellana insiste en la necesidad de que aquéllas sean pedidas y sobre las mismas exista un pronunciamiento expreso, pues de otra forma han de soportadas por ambas partes y no por el vencido.

La necesidad de petición se encuentra expresada, por ejemplo, en Covarrubias<sup>450</sup>. La necesidad de pronunciamiento se encuentra en Hevia Bolaños, según el cual hay condena cuando se dice en la sentencia "con costas", pues de no ser así cada parte ha de sostener las suyas<sup>451</sup>.

e'') *Generalidad del criterio.* Es Gregorio López, al glosar el texto fundamental de Partidas, el que apoyándose en Baldo afirma que el criterio expresado en aquél procede también en causa criminal<sup>452</sup>. La autoridad de esta opinión no puede ser contrarrestada por un texto citado de Castillo de Bovadilla en el que afirma ser de Derecho el que en las causas criminales el vencido sea condenado en costas, pues la doctrina que invoca es floja (Anania, Segura de Avalos, Cigaul) y comete en él un error importante, pues al aplicarlo a los juicios de residencia parece conferir a éstos carácter criminal<sup>453</sup>. En coincidencia con Gregorio López, y frente a la doctrina invocada por Castillo, se había pronunciado otro gran jurista, Covarrubias, para el que el criterio era aplicable a las causas criminales, como también las civiles podía ser declarada en sentencias interlocutorias, sin exigir que lo fuera en sentencias definitivas<sup>454</sup>.

---

449. HEVIA, op. cit., tomo I, par. 18, núm. 9, pág. 96.

450. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 5.

451. Vid. nota 449.

452. Vid. nota 428.

453. Vid. nota 445.

454. COVARRUBIAS, op. cit., cap. XXVII, núm. 2.

## b) Aragón

En Aragón, como se indicó, la preparación romanista de Vidal de Canellas lleva a una titulación de penas contra el litigar temerariamente a lo que no eran sino simples penas o multas procesales. La idea de "temeridad" está fuertemente arraigada en el obispo aragonés, como puede verse en su obra doctrinal <sup>455</sup>, pero no puede llevarla en debida forma a la obra legislativa que, al fin y al cabo, no es sino la recopilación del material suministrado por el derecho pirenaico.

La nueva corriente es incorporada definitivamente por Pedro IV, en cortes de Zaragoza de 1349. Se recuerda que muchos traen a otras personas indebidamente a juicio y las vejan con trabajos y expensas, por lo que ordena que si alguien condujera causa injustamente contra otro, fuera condenado el vencido en las expensas al vencedor, a no ser que tuviera justa causa para litigar <sup>456</sup>, como se verá, la fórmula más pura a la que había llegado la Glosa, en tanto que los antiguos fueros dejan de usarse.

El nuevo criterio es confirmado en cortes de Monzón de 1510 por Fernando el Católico, declarando que el acusador es condenado en las expensas y daños doblados si sucumbe, a no ser que hubiera habido justa causa de acusar <sup>457</sup>.

La doctrina se muestra concorde con esta línea. Bardaxi, partiendo de la base de que el vencido ha de ser condenado en las expensas, a no ser que tenga justa causa de litigar, se remite para su tratamiento a otros juristas aragoneses, como Molino, y a otros castellanos, como Covarrubias <sup>458</sup>. La doctrina clásica es expuesta por Portolés, el cual admite que las expensas sean pedidas después de recaída sentencia <sup>459</sup>.

---

455. "De pena temere litigantium, es assaber: De los qui mueuen pleito sin dreito et sin razon", lib. IV, 2, en Gunnar TILANDER, *Vidal Mayor*, trad. aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris*, de Vidal de Canellas, tomo II, Lund, 1956, pág. 265.

456. "... victus victori in expensis legitimis condemnetur, nisi iustam causam vel rationem habuerit litigandi." Ed. cit. de los Fueros Aragoneses, tomo I, pág. 257.

457. Fueros aragoneses, ed. cit., libro IX.

458. BARDAXI, op. cit., fol. 411.

459. PORTOLÉS, op. cit., par. "Expensae", núm. 6.

La formulación del derecho aragonés induce a pensar que en él el criterio subjetivo se haya concebido como correctivo del criterio objetivo. Sin embargo, la postura de la doctrina, concorde con la castellana, no confirma esa impresión.

c) Cataluña

En Cataluña no existe ninguna formulación de índole legislativa, por lo que la aplicación del criterio subjetivo se ha debido a la condición de fuente que en este territorio ha tenido el derecho común. La doctrina se ha manifestado, pues, de acuerdo también con este criterio, que ha parecido lógico, pues Peguera, por ejemplo, pese a tratar de las expensas, no se molesta en determinar su imputación. Ripoll lo hace en la forma tradicional, es decir, diciendo que la condena por gastos se excusa cuando hay "iusta litigandi causa", y que las "expensae litis" no deben gravar a los litigantes, sino "ob temerariam litigationem"<sup>460</sup>.

d) Valencia

En Valencia, el criterio subjetivo de la Glosa aparece introducido por Pedro IV, unos veinticinco años después de hacerlo en Aragón, al celebrar cortes en Monzón en 1376. El Monarca accede a una petición que le es hecha de que no exija el cuarto de la curia cuando se pronunciaran sentencias de árbitros, jueces ordinarios o amigables componedores en las que los litigantes no hubieran litigado maliciosamente o hubieran tenido justa o probable causa de litigar<sup>461</sup>. Lo más notable de esta disposición es, quizá, el utilizar junto al adjetivo "justa" el adjetivo "probable", que recuerda el lenguaje de Durante, y que aclara bastante el concepto. En realidad, lo que excusa siempre no es una causa justa, que no lo es desde el momento en que se es condenado, sino una causa probable, en cuanto tenga ciertos caracteres que el que la defiende sea inducido lógicamente a suponer que tiene derecho.

---

460. RIPOLL, *op. cit.*, núm. 19.

461. "Nos Petrus dei gratia Rex Aragonum, Valentiae, & Ad humilem supplicationem pro parte generalis Curiae Regni Valentiae preterea nobis facta. Tenore praesentis concedimus vobis omnibus, & singulis universitati-



Posteriormente, Martín I, en 1403, dispone que en sentencias de árbitros o amigables componedores, e incluso de jueces ordinarios, no sea llevado cuarto alguno de la curia cuando la parte no fuera condenada en los gastos <sup>462</sup>, lo que implícitamente reconoce operarse compensación de costas en caso de ausencia de condena, pues si aun sin condena expresa hubiera de pagarlas el vencido, también habría de pagar el cuarto de la curia.

F. *El mantenimiento del criterio subjetivo en la codificación española*

La codificación española, en contraste con la de tipo alemán, y sobre todo con la de tipo francés, ha mantenido el criterio subjetivo, como destaca Chiovenda <sup>463</sup>. En realidad, la codificación lo que ha hecho es no pronunciarse, actuando en la misma manera que lo hizo la recopilación, y pareciendo entender así que la condena en costas en cuanto a imputación no es un problema procesal "strictu sensu", sino un problema del derecho substantivo.

La primera Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por RD. de 5 de octubre de 1855 no se pronuncia, de forma que el Tribunal

---

bus, & singularibus dicti Regni, quod de vel pro sententiis arbitratorum, vel arbitratorum, vel amicabilium compositorum, & etiam de vel pro sententiis iudicum ordinariorum, vel delegatorum in quibus condemnati non se habuerint litigando maliciose, aut iustam, vel saltem probabilem causam habuerunt, vel habuerint litigandi nullum quartum, vel poena quarti exigatur, vel leuetur per nos, aut per quartenarium, vel officiales alios loco nostri. Et ne super hiis dubium, vel contentio valeat suboriri volumus, & declaramus, quod eo tunc condemnatus in principali facto litis censeatur in ipsa lite malitiose non se habuisse, aut causam litigandi iustam, vel probabilem habuisse cum in expensis eiusdem litis minime fuerit condemnatus. Mandamus itaque universis, & singulis officialibus, & quartenariis nostris quatenus praesentem concessionem, & declarationem quam hinc ad primas curias per nos in dicto regno Valentiae celebrandas durare dumtaxat volumus, & non ultra firmam habeant, teneant, & obseruent, & contra eam non veniant, vel aliquem contra uenire permittant aliqua ratione. In cuius rei testimonium praesentem vobis fieri iussimus nostro sigillo pendenti munitam. Datis in Montissono. xxj die Iulii, anno a Natiuitate domini M.ccc.lxx. sexto. Regnisque nostri. xlj." *F. R. V.*, I, 4, 9.

462. Vid. nota 159.

463. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 204-205.

Supremo da por descontado la temeridad como base de la condena, e incluso se sigue invocando las Partidas, como en la S. de 6 de mayo de 1876, y sin que la imposición de costas, por regla general, dé lugar a recurso de casación, como se afirma en SS. de 23 de diciembre de 1858 y 2 de octubre de 1878, entre otras cosas, porque la buena o mala fe se entiende cuestión de hecho, como afirma la S. de 18 de mayo de 1876.

La vigente Ley de Enjuiciamiento civil, pese a dedicar un título, el XI del libro I, a la tasación de las costas, no contiene tampoco una declaración sobre el criterio general en el juicio declarativo, aunque contiene muchas declaraciones sobre casos especiales, como incidentes de pobreza, cuestiones de competencia, recusamientos, etc.<sup>464</sup> y para el criterio general del juicio declarativo hay que recurrir al Código civil. El interés de este diferimiento de las leyes procesales a las leyes substantivas civiles es grande. sin embargo, pues pueden significar que ha desaparecido en absoluto el carácter penal que ha podido tener en tiempos la condena en costas para ser actualmente un resarcimiento de perjuicios, como opina la doctrina moderna<sup>465</sup>. Quizá ello sea un bien, en cuanto evite que la condena en costas se transforme en un medio fríaamente técnico modelado por leyes procesales abstractas. No obstante, y como ya se ha dicho, el sistema objetivo ha entrado en nuestro país a través de la regulación del denominado "juicio de cognición".

#### IV. LA IMPUTACION DEL GASTO PROCESAL EN LOS PROCEDIMIENTOS IMPUGNATORIOS DE SENTENCIA

El criterio de imputación en el juicio declarativo o proceso ordinario en su también fase ordinaria, como es la primera ins-

---

464. Una lista muy completa puede verse en las conocidas *Leyes Civiles* editadas por MEDINA Y MARAÑÓN, en nota al art. 1.168 del Código civil.

465. Vid. de la PLAZA, op. cit., pág. 614.

tancia, no lleva aparejado forzosamente un criterio paralelo para las sucesivas instancias, es decir, para los procedimientos en que se impugna la sentencia primeramente recaída. Puede suceder que así sea cuando para una primera impugnación lo que se observa en la primera instancia es un criterio objetivo, pero no es lo mismo cuando se observa un criterio subjetivo, que quizá por su propia subjetividad es más inseguro y más vario. Sin embargo, cuando las impugnaciones se suceden es el criterio objetivo el que vacila y se cuarteja, y aparece entonces otra vez el subjetivo como el que puede satisfacer las pretensiones de equidad. Por ello es conveniente el estudio del problema en una primera impugnación y en unas impugnaciones sucesivas.

#### 1. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO EN LA PRIMERA IMPUGNACIÓN

##### A. *Las penas procesales en el sistema de integración del gasto en el sistema penal*

Cuando en la primera instancia se observa un criterio objetivo porque la satisfacción del gasto procesal está integrada en un sistema penal, se mantiene también en la impugnación de sentencia dando lugar a nuevas penas. Si en la primera vista de la causa el Juez no se ha planteado ninguna cuestión sobre si era justo o no que el acusado acusara o el demandado se defendiera, menos se lo va a plantear cuando el litigante impugna el fallo que él ha pronunciado. En este caso lo único que puede hacer es castigar siempre al que no ha podido derribar su decisión.

En el derecho histórico español pueden citarse como ejemplos los fueros de Molina de Aragón y de Usagre. En el primero, el que después de haber celebrado juicio ante el Conde lo impugna es condenado a pagar cinco maravedíes y los gastos<sup>466</sup>. En el segundo, todo el que va contra la cosa juzgada pecha cuatro maravedíes a su rival<sup>467</sup>, y el que se alza al Maestre, si éste confirma la deci-

---

466. "Qui ouiere juyzio antel Conde et despues otra vegada fuere con aquel juyzio ante el Conde, peche cinco maravedís et las espesas." *F. de Molina de Aragón*, cap. 22.

467. "... que judicijo arrancado renouare..." *Fuero de Usagre*, cap. 30.



sión, ha de pechar dos maravedies a los fieles y otros dos a los alcaldes <sup>468</sup>.

En todos los textos debe observarse el concepto anfibológico que siempre ofrecen estas penas. En el Fuero de Molina de Aragón parece diferenciarse la pena de los gastos, pero es por tenerse de éstos un concepto muy estricto, como debe ser el de los hechos por la otra parte, seguramente para desplazarse ante el Conde, ya que la pena va dirigida a remunerar al órgano judicial y es, por tanto, un gasto puramente procesal por nacer del proceso, y que se imputa sólo a una parte para soportarlo económicamente. En el Fuero de Usagre, en el que el primer texto es dudoso que responda a una impugnación, pues más bien parece la iniciación de nuevo juicio, el segundo texto es claro en cuanto que se trata de una pena que, al mismo tiempo, va a satisfacer los gastos originados por la actuación de fieles y alcaldes.

B. *La confirmación del criterio objetivo en un sistema de transposición de la responsabilidad moral al Derecho*

Con motivo de apelar los monjes de San Dionisio de una sentencia interlocutoria, Inocencio III, en una Decretal dirigida al Obispo de San Vicores, decide que si no pudieran probar sean condenados en los gastos <sup>469</sup>. Un derecho que, como el canónico, ha mantenido una postura que si no es la objetiva se ha acercado mucho a ella, no es extraño que confirme ese criterio. Si en la primera instancia ha estimado que el vencido por el hecho de serlo ha quedado demostrado ser el responsable de los gastos originados, con más razón ha de pensarlo cuando ese vencido ha litigado, no ya con otra parte, sino contra el propio Juez. Sobre que los tribunales eclesiásticos superiores han observado generalmente este criterio, debe recordarse lo atestiguado por Portolés <sup>470</sup>, aunque

---

468. "... aquel que se alço pectet II morauetis a los fieles et II. a los alcaldes." *F. de Usagre*, cap. 387.

469. "... si in probatione defecerint, in expensis legitimis condemnantes..." *Decretales*, ed. cit., pág. 330. Vid. la edición castellana de Mans Puignarnau, vol 2.º, pág. 114: "... e si los monies esto non pudieren prouar, condempnenlos en las despensas."

470. Vid. nota 393.

esto quede atenuado por lo que dice Covarrubias, y de lo que se dará cuenta más adelante.

También cabe citar dentro de esta rúbrica a la legislación navarra, en cuyo Amejoramiento de 1330 se decide que todo el que sea vencido en apelación de sentencias definitivas pague los gastos al vencedor<sup>471</sup>. Pese al arcaísmo de la legislación navarra no es posible pensar que en el siglo XIV, que ha visto la penetración triunfante del criterio subjetivo en Aragón y Valencia, después que en el siglo anterior, al menos, lo había hecho en Castilla y Cataluña, se haya mantenido con un sistema penal, sino que es más lógico suponer que si se ha observado un criterio objetivo en la primera instancia ha debido serlo basado en la responsabilidad moral del vencido. En todo caso, el Amejoramiento lo que ha hecho ha sido confirmar ese criterio para la apelación de una manera firme.

### C. *La conversión del criterio subjetivo en objetivo*

Así como no es fácil que manteniéndose un criterio objetivo en la primera instancia se mantenga uno subjetivo en la impugnación, es completamente natural que la conversión pueda tener lugar en el caso contrario. Con arreglo al criterio subjetivo no se condena siempre al vencido porque hay supuesto en que se estima que éste ha podido pensar tener razón, pues el asunto era dudoso o incierto, pero estas circunstancias han variado cuando se ha pronunciado sentencia, y la duda o incertidumbre del asunto ha desaparecido o ha disminuido notablemente. Una postura ante este cambio puede ser el cambio también de criterio.

El indicado cambio puede observarse en las Leyes del Estilo, en las que se declara que el que apela al tribunal del Rey y es vencido debe pagar las costas al vencedor, y esto tan rígidamente que las paga también aunque apelando de más de un pronunciamiento, sea confirmado uno y revocado otro<sup>472</sup>.

---

471. *Amejoramiento* de 1330, cap. 8.

472. Ley 164. "Como el que se alza si es vencido, ha de pechar las costas.—El que se alza para casa del rey, si es vencido ante el alcalde de la alzada, ha de pechar las costas al vencedor, sinon vino a seguir la alzada, et si se alzo sobre dos articulos o mas que dieron juicio contra él: et el

La rigurosidad en el apelante se manifiesta en el Ordenamiento de Alcalá, al prohibirse al que apela o a su procurador el alegar la falta de dinero en el primero, o la falta de provisión en el segundo <sup>473</sup>.

El criterio objetivo más riguroso se establece en la legislación recopilada para la apelación de juicios de pequeña cuantía. Don Carlos y D.<sup>a</sup> Juana, en Segovia 1532 y en Madrid 1534, establecen que en los pleitos menores de 40.000 mr. que vinieran de los jueces inferiores a la Audiencia por apelación, confirmándose sentencia se hiciera con condena de costas, y manda a Justicias y Jueces de sus reinos que en la apelación hagan condena de costas <sup>474</sup>.

En el derecho local catalán existe una muestra importante de la citada conversión en las Costumbres de Tortosa, en las que estableciéndose, como se sabe, que las partes no paguen gastos de una a la otra en el pleito principal, dispone, sin embargo, que en apelaciones la parte vencida abone los gastos al vencedor <sup>475</sup>.

#### D. *El mantenimiento del criterio subjetivo*

Pese a que las circunstancias de duda e incertidumbre de la causa hayan variado e, indudablemente, disminuido, puede pensarse que no han desaparecido, y, en consecuencia, mantenerse un criterio subjetivo en la impugnación. Además, no debe olvidarse, está el importante problema que se suscita cuando el vencido en la apelación es el que venció en la primera instancia.

En la legislación castellana, y por más que haya existido práctica en contrario durante alguna época si se recuerda lo dicho de

---

juez de la alzada confirmo el juicio sobre un artículo, et revoco sobre otro, con todo eso el que se alzó, si es vencido sobre un artículo tan solamente, pechará las costas de la corte cumplidamente a la otra parte por quien fue dado el juicio..."

473. "De las alçadas, é de la nulidat de la sentencia.—... nin se defienda el que se alço, nin su procurador por decir el procurador que non le dio dineros el sennor del pleyto, nin tiene con que pagar el proceso del pleyto..." *Ord. de Alcalá*, tít. XIII.

474. *Nov. Rec.*, XI, 19, 3. Vid. COVARRUBIAS, cap. XXVII, núm. 3.

475. "... mas el pleyt de les appellacions, la part vençuda deu refer les despeses a la part que aura vençut." *Cost. Tortosa*, VII, 2, 10.



las Leyes del Estilo, el criterio subjetivo se mantiene para la apelación a través del Fuero Real, que pasa al derecho recopilado. Regulándose el modo de hacer la condena cuando la sentencia inferior se confirma o revoca, el Rey o quien juzga la alzada sobre agravio hecho antes del juicio o afinado, si halla que fue bien dado, envía las partes al Alcalde que las juzgó, y el que se alza sin derecho abona las costas a la otra parte que recibió el juicio, y en caso contrario, ninguna de las partes abona las costas a la otra <sup>476</sup>. Este criterio subjetivo cede ante el objetivo en causas de pequeña cuantía, como se ha indicado en la rúbrica anterior.

La doctrina, como es lógico, confirma el criterio de la legislación. Covarrubias explica que la condena "jure omittenda est" cuando hay causa justa de litigar, lo que es aplicable no sólo en la primera instancia, sino en la apelación, salvo en las causas menores <sup>477</sup>.

La codificación procesal mantiene el criterio, como se deduce de que el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente prevé la tasación de costas sólo para el supuesto de que haya condena. Los casos de condena legal de costas en la segunda instancia (arts. 842, 846, etc.) obedecen a actuaciones de las partes sancionadas.

En cuanto a la situación del apelado vencido, la doctrina sostenida por la Glosa es la de que siempre tiene "iusta causa litigandi" <sup>478</sup>. Para Portolés no es condenado en apelación el que obtuvo sentencia favorable en primera instancia, a no ser que sucumbiera "ex eisdem actitatis" <sup>479</sup>.

---

476. "... y el que se alzó sin derecho, dé las costas a la otra parte que rescibió el juicio...", mientras en caso contrario, "ninguna de las partes no dé costas a la otra." *Nov. Rec.*, XI, 19, 2.—*F. Real*, II, 15, 6.

477. COVARRUBIAS, *op. cit.*, cap. XXVII, núm. 3.

478. Vid. CHIOVENDA, *op. cit.*, págs. 165-166.

479. PORTOLÉS, *op. y paraf. cit.*, núm. 9.

## 2. LA IMPUTACIÓN DEL GASTO EN LAS SUCESIVAS IMPUGNACIONES DE SENTENCIA

### A. *Sistema de penas procesales*

Con objeto de intimidar a los litigantes, sin por ello evitar un sistema de sucesivas instancias, es corriente que se penalice de alguna manera al vencido. Esto se observa en las Leyes del Estilo, donde se opera una curiosa "litis crescentia", al condenar a las costas dobladas al que es vencido cuando se alza en el Tribunal del Rey del pronunciamiento del alcalde del Rey, que hubiera ya oído enalzada, y con las costas cuadruplicadas al que volviera a suplicar y fuera vencido<sup>480</sup>.

El otro ejemplo que puede citarse es el de la segunda suplicación castellana, que aparece en el Derecho recopilado, y en la que dentro de los veinte días el recurrente se ve obligado a dar fianza de pagar mil quinientas doblas, aplicables a la Cámara, parte contraria y Jueces, sistema no aplicable en Indias, donde siempre hubo obligación de admitir la segunda suplicación sin la referida fianza<sup>481</sup>. El sistema no deja de recordar el del viejo "sacramentum" romano.

### B. *El mantenimiento del sistema subjetivo*

Aunque pueda parecer paradójico, las sucesivas impugnaciones pueden fortalecer el criterio subjetivo y debilitar el objetivo, lo que tiene fácil explicación si se piensa en la posibilidad de que las sucesivas sentencias sean contradictorias.

Mientras que en Castilla el sistema de las 1.500 doblas ha convertido el sistema subjetivo de la primera instancia y de la apela-

---

480. "... Et el que se alzó en casa del rey del juicio del alcalde del rey, que libró por alzada, et fuere vencido ante aquel que oyere las alzadas, ha de pechar estas costas dichas dobladas. Et si suplica, y es vencido, el que suplicare pechará las costas del quatro tanto. Et estas mismas costas se juzgan dobladas al que tiesta alguna carta sin derecho, seyendo oido con la parte sobre ello: et quatro dobladas si tiene carta librada por suplicacion que son al de bestia seis mrs. et quatro dineros por cada día, et al de pie tres mrs. et dos dineros..." Ley 164.

481. HEVIA BOLAÑOS, op. cit. quinta parte, par. 5, núms. 9-12.

ción en un sistema de penalización, en Cataluña el sistema subjetivo se ha mantenido en las sucesivas instancias, previniéndose los distintos casos posibles.

Ripoll expone la materia de la siguiente forma: *a)* supuesto de condena en una Sala con conmutación en la otra, conduce a absolución de los gastos; *b)* supuesto de condena y sentencia interlocutoria contrario imperio en causa de suplicación con cláusula "neutram in expensis", conduce a la absolución, pues la "clausulam neutram" comprende ambas provisiones, según sentencia de 1589, con Juan Sabater como relator; *c)* absolución tácita en primera instancia, conduce a pagar primera y segunda suplicación si es condenado en ésta; *d)* absolución expresa en primera instancia, sólo conduce al abono de la segunda si es condenado en ésta <sup>482</sup>. También declara que si en primera instancia y en apelación se vence, y se sucumbe en segunda apelación, se es excusado de las expensas de la última apelación, a no ser que la primera sentencia confirmada en apelación contenga error expreso <sup>483</sup>.

## V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DEL CRITERIO GENERAL DE IMPUTACION

### 1. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DERIVADAS DE LA CONDICIÓN PERSONAL DE LAS PARTES

#### A. *El litigante económicamente débil*

Desde muy antiguo se ha tenido en cuenta la existencia de personas que no están en condiciones de soportar los gastos procesales como los demás, a causa de su debilidad económica, para otorgarles algún privilegio, previa la oportuna garantía.

#### a) La exoneración de los gastos

La exoneración de los gastos a satisfacer por la actuación de los órganos judicial, burocrático y ejecutor constituye uno de los dos grandes privilegios concedidos a los económicamente débiles.

482. RIPOLL, op. cit., rubr. 30, núm. 32.

483. Id., núm. 44.



En el Derecho romano, una constitución del emperador Anastasio dirigida a Esteban, maestro militar, testimonia ya la existencia de personas que tenían el privilegio de satisfacer las espórtulas hasta una cierta cantidad, o rebajarlas o no pagarlas<sup>484</sup>, entre las que, indudablemente, se encontraban los económicamente débiles. El Derecho canónico, según Franceschini, establece la liberación legal de todos los gastos por parte de los pobres<sup>485</sup>.

El año 1283, fecha de numerosos privilegios en la Corona de Aragón, registra dos relacionados con el gasto procesal, uno para Cataluña y otro para Valencia. El primero emana de las Cortes celebradas en Barcelona, en las que con motivo de fijarse los derechos de algunas resoluciones, se exime del pago a los pobres y a las órdenes religiosas<sup>486</sup>. El segundo emana de Cortes de Valencia y dispone que si el deudor condenado no tiene bienes muebles de donde pagar al acreedor, pero asigna inmediatamente inmuebles al acreedor que puedan satisfacer la deuda, se le exonera del pago del "cuarto" a la curia<sup>487</sup>. Si se tiene en cuenta que la actuación judicial se ha producido, y desde el punto de vista legal se ha dado lugar al pago del "cuarto", la exoneración no puede deberse sino a un privilegio concedido al que se considera económicamente débil por carecer de toda clase de bienes muebles, si bien es hombre de buena fe en cuanto asigna los inmuebles que pueda poseer, y que, normalmente, lo constituiría la finca que le sirviera de residencia.

Dentro de Cataluña y en la Edad Media existen diversas disposiciones que contienen indirectamente la exoneración de derechos, en cuanto evitan el que se produzcan éstos. Puede citarse en cuanto al Derecho general, la constitución de Alfonso V, en Cortes de

---

484. C. VII, 51, 6.

485. Cayetano FRANCESCHINI, *El beneficio de pobreza*, trad. José Xirau, Madrid, 1927, págs. 10-11.

486. *Constitutions*, vol. 1.º, I, 25, 2.

487. "Petrus I. Rex. Anno M.cc.lxxxiiij. Valentiae.—Item statuimus, & ordinamus quod si aliquis fuerit condemnatus sub poena quart, & non habeat mobilia, unde soluat, & debitor ante terminum, vel retro clamum assignabit bona sua sedencia: quae ipse voluerit, quae sufficiant ad faciendum solutionem de dicto debito, quod in tali casu debitor non teneatur soluere quartum." *F. R. V.*, I, 4, 6.

Barcelona de 1432, que prescribe la permanencia de las causas de viudas, huérfanos y pobres en la Audiencia del Gobernador General cuando el Rey saliera del Principado, y ello si esas personas no prefirieran la permanencia en las causas ante el juez ordinario<sup>488</sup>. En el Derecho particular, los textos que reflejan la práctica curial en el Rosellón, prevén el que los asuntos de los pobres no sean tratados en forma de pleito<sup>489</sup>.

El Derecho recopilado ofrece disposiciones favorables a los económicamente débiles, que la doctrina confirma y glosa. Hevia Bolaños lo testimonia para Castilla<sup>490</sup>, así como la sustitución del depósito de las mil quinientas doblas en la segunda suplicación por la caución juratoria<sup>491</sup>. Según Castillo de Bovadilla, los jueces, escribanos, abogados, procurador y carcelero no deben llevar costas a los presos pobres<sup>492</sup>.

En la doctrina catalana, Ripoll afirma que los pobres no pagan el salario de los jueces, etc., cuando pierden, prestando caución si vencen<sup>493</sup>. La obligación de pagar en caso de vencer, cosa que eludían, conduce a que se dicte una constitución en las Cortes de Barcelona de 1564, bajo Felipe II, en la que se encomienda a los Diputados del General el hacerla exigir por mediación de los oficiales y porteros que recorrían el país<sup>494</sup>.

Económicamente débiles suele considerarse a algunas de las Ordenes religiosas, como son las mendicantes y las hospitalarias. Una

---

488. *Constitutions*, III, 1, 2.

489. "Que los pobres sien tractats sens plet. XXXVI. Item, promisiones mulierum et gentium pauperum et similia, per officium judicis explicari et cognosci consueverunt, et non per formam querimonie." Vid. Jaume Cots i Gorchs, "*Textos de Dret Rosellonès. Els estils de la cort del veguer del Rosselló i Vallespir.*" *Estudis Universitaris Catalans*. volum. XVII (1932), págs. 65-85.

490. Vid. nota 449.

491. Vid. nota 481.

492. Castillo de BOVADILLA, op. cit., tomo 2.º, lib. III, cap. XV, núm. 64, páginas 334-335.

493. RIPOLL, op. cit., núm. 105. Vid. *Constitutions*, III, 28, tit. "Pobres pledeiants". La constitución 1.ª, de las cortes de Barcelona de 1503, dispone que los pobres litigantes no pagan salario al General, ni derecho de sello de la sentencia y provisiones.

494. *Constitutions*, IV, 8, 24.

pragmática de los Reyes Católicos para Castilla, dada en 1502, confirmada en visita al Consejo Real realizada por Felipe II en 1554, todavía príncipe, ordena no se lleven derechos a las Ordenes de San Francisco, San Agustín, Santo Domingo del Carmen ni a los hospitales y monasterios de monjes reformados, así como a los monasterios que se reformaran. La princesa Doña Juana, en ausencia de Felipe II, promulga pragmática en Valladolid, 1556, ordenando que los escribanos de cámara de los Consejos Real, de Indias y de la Inquisición y Ordenes no llevarán derechos, y si los llevaran por registro, no pasarán de medio real. Contra estas leyes, que fueron recopiladas, se suscita reacción en el siglo XVIII. En 1782, a una petición de la Orden de San Juan de Dios, Campomanes, como fiscal del Consejo, manifiesta que las leyes anteriormente citadas fueron dictadas porque en aquella época los monasterios no podían tener bienes, pero que ese fundamento había desaparecido desde que les autorizó a tenerlos por el Concilio de Trento, publicado en España en 1563, habiendo, en consecuencia, cesado la causa de la exención<sup>495</sup>.

La codificación dedica gran interés al que denomina "pobre", de forma que tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 como en la actual, es objeto de un título completo<sup>496</sup>.

b) La representación y asistencia procesal gratuita

Este constituye el otro gran privilegio de los pobres desde el punto de vista del gasto procesal, y que implica el arbitrio de medios para que sean asistidos gratuitamente por procurador y abogado.

Según Pertile, a fines del siglo IV los Concilios ordenan que los obispos destinen ciertas personas a la defensa contra los ricos, en tanto, según Schott, el Derecho canónico sigue las mismas disposiciones del Derecho romano, aunque fundamentándolo en el dere-

---

495. Vid. Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real*, tomo I, Madrid, 1796, págs. 577-580, cap. LVII: "Sobre despachar por pobres, y sin exigir derechos a las Ordenes Mendicantes, y Hospitales."

496. L. e. c. de 1855, lib. I, tít. V: "De la defensa por pobre", y L. e. c. vigente, lib. I, tit. vigente, lib. I, tít. I, sección 2.ª



cho divino<sup>497</sup>. La condición honorífica de la profesión de abogado, especialmente en el Derecho romano, permitía a éste fácilmente el asegurar la defensa gratuita.

Por lo que se refiere a la Península Ibérica, cuando la representación y defensa procesal ha adquirido cierto relieve como consecuencia de la tecnificación del proceso, la defensa gratuita ha debido correr al principio a cargo de eclesiásticos, aunque ello haya provocado reacción por parte de la misma autoridad eclesiástica. En un sínodo celebrado en Barcelona el año 1243 se prohíbe a los eclesiásticos el abogar en causas seculares ante el juez secular, citándose expresamente el hacerlo en beneficio de huérfanos, viudas, pobres u otras personas miserables, insistiendo en que no se defienda a personas miserables ni ante el juez eclesiástico, salvo un permiso especialísimo<sup>498</sup>.

La profesionalización y colegiación de los abogados, fundamentalmente, ha permitido la existencia de algunos dedicados expresamente a la defensa de los menesterosos, dando lugar a la figura del "abogado de pobres", o la subvención de esa defensa mediante la obligación general, paliada por la rotación de los colegiados o procedimientos similares. Castillo de Bovadilla señala la indicada obligación general diciendo que el abogado peca mortalmente no ayudando de balde al pobre que se encuentra en estado de grave necesidad, para lo que se apoya en el Hostiense, Silvestro, Angelo y otros, y dice que puede ser compelido a hacerlo según glosa aprobada y ley de Partidas<sup>499</sup>. Hasta nuestros días, lo que ha prevalecido es la rotación de los colegiados en lo que se ha denominado tradicionalmente "turno de oficio".

### c) La declaración formal de pobreza

Normalmente, la condición de pobreza ha requerido una declaración formal de la misma. En Cataluña, una constitución de Fernando I en las Cortes de Barcelona de 1413 dispone que se pruebe

---

497. Vid. nota 485.

498. Formulario catalán cit. del siglo XIII, 1.<sup>a</sup> parte, fol. 14.

499. Vid. nota 492.

con testimonios dignos de fe la condición de miserable<sup>500</sup>. La recopilación catalana dedica un título a los pobres litigantes en sentido formal<sup>501</sup>.

En Castilla, la condición de pobre está también sometida a la previa existencia de una "información de su pobreza", testimoniada en todas las importantes reglamentaciones de la administración de justicia, como las Ordenanzas de las Audiencias<sup>502</sup>, y que sobrevive en nuestra legislación actual en la "declaración de pobreza", regulada por la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>503</sup>.

La mencionada declaración puede ser interpretada más o menos formalmente, como ocurre, a veces, dentro de una misma legislación, según las épocas, siendo ilustrativo a este respecto lo que dice el jurista catalán Ripoll de que difícilmente se observaría en su época, y después de promulgada la constitución del título "De pobres pledejants", una resolución a la que aún se refería Ferrer, y según la cual los pobres estaban obligados a pagar el salario por la apelación introducida "iure ordinario", y no "praetestu paupertatis". Según el citado jurista, la resolución, que era de 1495, y, por tanto, anterior a las constituciones que forman el referido título de la recopilación, no hubiera sido posible ya porque bastaba que la pobreza se probara en el transcurso de la suplicación<sup>504</sup>, interpretación, como se ve, bastante espiritualista, pues aunque no se prescinde de la declaración de pobreza se permite su prueba en cualquier momento procesal.

#### d) La protección del litigante contrario

La protección del litigante económicamente débil tiene por objeto compensar su situación deficitaria frente a la de su adversario,

---

500. *Constitutions*, III, 1, 1.

501. III, 28 &.

502. Vid. Rec. cit. de Ordenanzas, tít. octavo, fols. 136-137. Según visita de Don Francisco de Mendoza, a los pobres a quienes se les atormenta "no les han de tomar el sayo ni llevarles dinero, ni cosa alguna" por la ejecución de la justicia, como, al parecer, se había hecho. A los que litigaran por pobres, no se les habían de llevar derecho alguno, y haciendo "la información de su pobreza" en la Corte y trayendo la de sus tierras se debía proveer para no dilatar las causas.

503. Arts. 13 a 50.

504. Loc. cit. en nota 493.

pero esa protección puede descompensar el equilibrio, en cuanto puede inducirle a litigar en la confianza de que sólo puede ganar y, por el contrario, no tiene nada que perder. Por ello, en diversos momentos de la historia ha preocupado esta situación.

En Roma, una disposición ya citada del emperador Anastasio prescribe que los que tienen privilegios en el pago de espórtulas no puedan exigir a sus adversarios más de lo que ellos están obligados a pagar <sup>505</sup>.

En Castilla, la preocupación por este problema puede verse en el Conde de la Cañada, gobernador del Real Consejo en el siglo XVIII, el cual se plantea si el reo rico está obligado a satisfacer los gastos del actor pobre, y refuta la opinión de Guido Papa de que indistintamente debía haberlo, opinando que no cabe esa generalidad, aunque lo admita para el supuesto de fundada presunción del buen derecho del actor pobre <sup>506</sup>.

La codificación, en general, ha seguido el criterio de amparar con el beneficio de pobreza al que no proceda de mala fe. Algún proyecto de reforma, como el de 1894, ha intentado amparar con el beneficio de pobreza al rico contra el litigante pobre hasta que recayera sentencia a su favor <sup>507</sup>.

#### B. *El litisconsorcio*

Según Chiovenda, el problema de la pluralidad de partes no se ha resuelto en el Derecho romano, en el que ante el silencio de las costas, y con base en un texto del Digesto y otro del Código, se han repartido las costas. Partiendo de un concepto subjetivo, como el de la temeridad, se ha estimado independiente la actuación de las partes, y, por tanto, el vínculo de solidaridad no se ha extendido a las costas <sup>508</sup>.

---

505. Vid. nota 484.

506. , CONDE DE LA CAÑADA, *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios, que empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, Madrid, 1793, pág. 257.

507. Base 6.ª Vid. M. de la Plaza, op. cit., pág. 104.

508. CHIOVENDA, op. cit., págs. 283-284.



En el Derecho castellano, las Leyes del Estilo han dedicado amplia atención al problema, distinguiendo el emplazamiento de una persona colectiva, como el concejo, o de varios demandados por la misma causa. Tratándose de concejo, y aunque estuviera representado por diversas personas, las costas se consideran como de una sola persona. Para el caso de varias personas demandadas, manifiesta seguir disposición de Alfonso X, distinguiendo se trate de un hecho sólo o de diversos hechos. En este supuesto, y, sobre todo, nombrando cada uno representante por sí, se da lugar a costas por todos ellos. En el otro caso, y habiendo representante común, distingue entre que los demandados sean tres o más, de tal forma que, venciendo, en el primer supuesto cuenta las costas por los tres, y por encima de este número, sólo por uno, dando de ello una explicación no demasiado convincente, como es la de que dándose costas por tres habría disputa para cuáles debían de ser <sup>509</sup>.

En el Derecho catalán, Ripoll, siguiendo el criterio romano, declara que siendo varios los condenados, cada uno lo es "pro rata", y no "in solidum", pues la condena de expensas es siempre per-

---

509. "Quando un concejo es emplazado, et ha un personero o mas, et vence, que costas debe haber, o si son muchos omes, como se librara.— Otrosi, si el concejo que es emplazado, envía muchos omes por sus personeros, et vencieron el pleyto sobre que fue emplazado el concejo, maguer muchos sean los personeros, non habran costas sinon tan solamente por uno: et el concejo non es contado si non por una cosa. Et otrosi, si muchos omes contra quien tañe un fecho son emplazados, et envian todos un personero, et este personero vence el pleyto, en este caso fue establescido y guardado en tiempo del rey Don Alfonso et es agora guardado este departimiento que se sigue. Ca si estos muchos a quien tañe un fecha, fasta tres, ficieron un personero, si venciere el pleyto, habrá costa fasta estos tres: et si fuesen mas de tres estos a quien tane el fecho, et todos fizieron un personero, et este personero vencio el pleito, non habrá costas mas de por uno. Et esta es la razón, porque quando son muchos, que son mas de fasta tres, et les diesen costas por tres, nasceria ende contienda para quales tres serian aquellas costas, et la generalidad debese repremir. Et otrosi, si muchos són los omes, et son muchos los fechos, et tañen los fechos apartadamente a cada uno, et todos estos facen un personero, et vence este personero, por cada uno destos omes, cuyo personero él es, habrá por cada uno costas, o las pechará la parte cuyo personero es, a cada uno si vencido fuere. Et esto desuso dicho se entiende también en el personero de los demandadores, et de los demandados, que se deben pechar las costas en la guisa que dicha es." Ley 166.

sonal. Si en una causa en que hay varios interesados, uno de ellos gasta por litis común a todos, no por ello obliga a los demás, si éstos lo rechazan o lo prohíben, pues "contra domini voluntatem... repetere non posse". Finalmente, según el mismo jurista catalán, si una universidad, comunidad o capítulo se divide en dos partes y litiga una contra la otra, la mayor parte lo hace a costa de la comunidad, y la otra, a costa propia, a no ser que no tenga de dónde hacerlo, pero entendiendo que aunque pierda la mayor parte, no por ello se restituye en las expensas a la universidad, si bien la parte menor recupera, sin embargo, por acción de gestión de negocios cuando lo que hace es en beneficio de la universidad <sup>510</sup>.

### C. *Las costas del Ministerio fiscal*

Es muy general en el Derecho histórico la regla "Fiscus gratis litigat", apoyada en el absurdo de que el fisco vaya a actuar temerariamente, si se parte, claro está, de un criterio subjetivo <sup>511</sup>. Así lo declara el jurista aragonés Portolés, manifestando que regularmente no es condenado porque en él cesa la "praesumptio calumniae" <sup>512</sup>.

Sin embargo, lo que es la regla sufre excepciones. El mismo jurista dice que el procurador fiscal es condenado en las expensas alguna vez, si litiga injustamente y veja a alguien indebidamente, citando alguna opinión de que debe ser condenado a costa de su propio patrimonio y no del real <sup>513</sup>. También Ripoll opina que en algunos casos el abogado fiscal es condenado, remitiéndose en esta materia a Cortiada <sup>514</sup>.

Así como los privilegios al litigante pobre conducen a una protección del adversario para evitar una descompensación, sucede lo mismo con el contrario del Ministerio Fiscal. En los privilegios de la Seo de Urgel de 1470, se declara exento del pago de gastos al

510. RIPOLL, op. cit., núms. 45-47.

511. Vid. CHIOVENDA, op. cit., págs. 264-265.

512. PORTOLÉS, op. y par. cit., núm. 4.

513. "... expensas de suo solvat, non autem de patrimonio Regio." Idem íd., núm. 3.

514. Ripoll, op. cit. núm. 77.

que pleitea con el fisco<sup>515</sup>, y Carlos I, en Cortes de Barcelona de 1520, establece que en la Audiencia real y en la del "portant veus" del Gobernador general, Maestre racional, Baile general, procurador real, etc., no puede exigirse salario de jueces, abogado o procurador fiscal por la parte que tocaría para el fisco<sup>516</sup>.

En Castilla, un acuerdo de la Chancillería de Valladolid de julio de 1543, que declara la exención de pago cuando se litigue con fiscales, llega a penar con diez mil maravedies "para los estrados" a cada uno que hiciera lo contrario<sup>517</sup>. La emperatriz Isabel, en los capítulos 35 y 36 de la visita de 1536, recogidos en las recopilaciones, dispone que si la parte que litiga contra el procurador fiscal es castigada, los escribanos de la Audiencia y los escribanos del crimen en las causas fiscales, cobren los derechos que habria de pagar el procurador fiscal y manda que no se haga, puesto que en las causas fiscales no se pueden ni se deben llevar derechos<sup>518</sup>.

En Cataluña, Ripoll duda si en las causas fiscales en que el fisco obtiene sentencia con condena en costas es debido el "palmarium" al abogado y procurador fiscal, habiendo observado hacerse así en la Audiencia, la Bailía general y el oficio del Maestre racional, mientras lo contrario en la Casa de la Diputación<sup>519</sup>.

Por lo que se refiere al salario del juez, Ripoll afirma para Cataluña que el fisco no lo paga y el litigante con el fisco no deposita sino la mitad y no paga nada más que la mitad, salvo que sea condenado en las expensas, pues entonces paga el salario íntegro y todos los gastos hechos por parte del fisco<sup>520</sup>.

## 2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LAS PARTES

### A. *El desestimiento*

El desestimiento es una acción procesal exclusiva del actor con-

---

515. "... Mas qui pledeie ab lo fisch, no pague messions." Vid. CARRERAS Y CANDI, op. cit., cap. 89.

516. *Constitutions*, IV, 8, 19.

517. Vid. Rec. cit. de Ordenanzas de Audiencia, lib. IV, tit. 11, fol. 165.

518. *Nov. Rec.*, XI, 19, 5.

519. RIPOLL, op. cit., núm. 68.

520. Id. íd., núms. 103-104.



sistente en el abandono de la acción, generalmente antes de que haya dado lugar a alguna actuación procesal del demandado. Ya en la constitución de Zenón citada, el desestimiento se señala como una de las causas que evitan la condena en el gasto procesal <sup>521</sup>.

El indicado efecto, sin duda por la influencia romanista, se consigue en las Observancias aragonesas, donde se declara que el actor puede desistir de la demanda antes de ser contestada y hasta mudarla, sin costas <sup>522</sup>.

El equivalente en la apelación, es decir, la renuncia a la misma, no obtiene el mismo resultado, como puede verse en Portolés <sup>523</sup>.

Aunque en otros Derechos no existan declaraciones especiales, es claro que los resultados han sido los mismos. Según un criterio objetivo, no es posible condenar porque no ha habido vencimiento, y con arreglo a un criterio subjetivo, tampoco, en cuanto no puede apreciarse temeridad.

#### B. *La contumacia*

Quizá podría hablarse de un concepto estricto y otro extenso de la contumacia. Según este último, la contumacia puede proceder tanto del actor como del demandado, en lo que ya se diferencia del desestimiento, e implica la resistencia o el obstáculo a que la litis concluya con arreglo a su normal desarrollo. Mientras el desestimiento conduce, generalmente, a una liberación del gasto procesal, la contumacia, por el contrario, lleva a la condena.

La rigurosidad contra el contumaz arranca ya del Derecho romano, en el que, como señala Chiovenda, la condena del actor en rebeldía, pese a su victoria, opuesta a las demás disposiciones, no es más que una pena contra la rebeldía <sup>524</sup>. Una Novela de Valentiniano III, del año 452, condena en costas la ausencia del actor por considerarlo un hecho doloso <sup>525</sup>.

---

521. Vid. nota 407.

522. *Observancias*, lib. II, "De litis contestatione".

523. PORTOLÉS, op. y cap. cit., núms. 1-2.

524. CHIOVENDA, op. cit., págs. 104-105: "... propter solam absentiae contumaciam."

525. Id. id., págs. 86-87. Se califica el hecho doloso de "tergiversatio"

El Derecho canónico se muestra igualmente riguroso con la rebeldía, y la Glosa muestra unanimidad en el mismo sentido, aunque suavizándolo Durante para el supuesto de que la rebeldía no fuera "evidens", contra lo que reacciona Baldo, y con la excepción del aldeano por su desconocimiento del Derecho <sup>526</sup>.

En nuestro Derecho histórico, y mientras rige un sistema de penalización procesal, la contumacia es objeto de calumnias o multas, las cuales van siendo sustituidas por la condena en costas con el influjo de la Glosa. El Maestro Jacobo prescribe esta solución expresamente en una de sus obras <sup>527</sup>.

La doctrina se pronuncia, sin excepción, contra la contumacia. Covarrubias, cuando trata de algunos supuestos que pueden excusar la condena en las expensas, excepciona el caso de que sean debidas por contumacia <sup>528</sup>. En Aragón, Portolés declara que es condenado el que renuncia a la litis y es contumaz <sup>529</sup>. En Cataluña, Ripoll parte de que renunciándose a la litis o a la instancia se está obligado a pagar, pero expone el caso de que la parte renuncie al juicio posesorio sumarísimo y la parte contraria insista en la declaración, en cuyo caso debe hacerse ésta a expensas del "petens", según una sentencia de 6 de febrero de 1667 que cita, y en la que actuó José Aleny como ponente. El jurista catalán concluye que, sin embargo, si alguien renuncia a la litis y es caso de admisión de renuncia, se admite pagadas las expensas por el renunciante, y cita una sentencia de 11 de junio de 1668, que lo testimonia <sup>530</sup>.

Un caso expreso en la legislación aragonesa es el de una disposición procedente del lugarteniente general Juan de Navarra, en las Cortes de Alcañiz de 1436, según la cual el demandante que luego no formaliza la demanda contra el citado, debe ser condenado por el Rey, el Regente de la Gobernación y el Justicia a satisfacer al citado las expensas y los daños doblados <sup>531</sup>. En cuanto este abono

---

526. Id. *id.*, págs. 160-162.

527. "... E pero que la parte sea contumaz, se derecho a por si, deue el iuыз dar la sentencia por ela, & entonce deuela condempnar en las despesas por que non uieno & fu contumaz..." Doctrinal, ed. y loc. cit.

528. COVARRUBIAS, *op. cit.*, cap. XXVII, núm. 3.

529. PORTOLÉS, *op. y cap. cit.*, núms. 11-12.

530. RIPOLL, *op. cit.*, núm. 53.

531. Vid. nota 62.

de costas viene a sustituir a las antiguas penas procesales, la disposición está integrada en la rúbrica de las penas por litigar temerariamente.

Aunque no se trate propiamente de contumacia, por tratarse también de defectos en la formalización de la demanda y tener análogos resultados, puede citarse la disposición de Partidas en que se condena en costas al demandante que demanda al deudor en lugar donde éste no debía pagar <sup>532</sup>.

### C. Defectos en el modo de excepcionar

Es el Derecho canónico el que parece dedicar una atención preferente a la condena en los gastos por defectos en el modo de excepcionar.

Inocencio III, a fin de que las partes no sean gravadas por esfuerzos y gastos, especialmente cuando se tratara de beneficios u oficios eclesiásticos, condena a pagar gastos, aunque moderados, si después de que la parte fundamentara la petición, la parte contraria propusiera excepción que luego no pudiera o no quisiera probar, por opinar que frecuentemente se oponían para impedir o diferir el proceso <sup>533</sup>.

Inocencio IV, en la misma línea, impone al reo que excepcionara la excomunión contra el actor la prueba de excepción en un plazo de ocho días, y recuerda al juez que en caso de que no probara no omita el condenar al reo en los gastos que hubiera irrogado al actor durante los días de dilación, previa tasación <sup>534</sup>.

---

532. "Que mal vernia al demandador por demandar su debda en lugar do non gela deuiessen pagar.—... E demas deuele fazer pechar las costas a las misiones que el demandado fizo por esta razon." *Part.* III, 2, 45.

533. "... per excogitatum maliciam opponuntur... ad solvendas alteri parti moderatas expensas... condemnentur." Si no lo hace "secundum arbitrium discreti iudicis puniatur". *Decretales*, II, 14, 5, ed. cit. pág. 292. Vid. ed. castellana de Mans Puigarnau: "...por maleza pensada... sea condemnado a pagar las despensas mesuradas", y si no, "el juez del otra pena segunt el aluedrío...", págs. 71-72, del vol. 2.º.

534. "... Quod si non probaverit, iudex in causa procedere non omittat, reum in expensis, quas actor ob hoc diebus illis se fecisse docuerit, praehabitata taxatione condemnans." *Liber Sextus*, I, 12, 1, en ed. cit. pág. 1005.



En el Derecho histórico español se ocupa de este problema la legislación aragonesa. Pedro IV, en Cortes de Monzón de 1362, manifiesta que las excepciones se oponen en juicio maliciosamente, haciendo inmortales los litigios, por lo que ordena que quien propusiera excepción y no lo probara o sucumbiera en ella debía ser condenado en los gastos en razón de haber retardado el proceso<sup>535</sup>. Naturalmente, la doctrina aragonesa confirma este principio<sup>536</sup>.

D. *Defectos en el modo de probar*

La forma de probar y la capacidad de hacerlo o no, no suele ser motivo de condena en costas, como lo prueba el que en la doctrina aragonesa Portolés proclame que no debe haber condena de expensas en conflicto de pruebas, ni en semiprueba<sup>537</sup>. No obstante, y para Castilla, las Partidas no lo han entendido así, y han amonestado al demandante a que reflexione bien antes de presentar la demanda sobre las posibilidades que tiene de probar, en caso de oposición de la parte contraria, advirtiéndole que en caso de no hacerlo así ha de perjudicarlo porque habrá de pagar las costas al demandado<sup>538</sup>.

El texto parece que ha de referirse a que el demandante carezca de toda prueba, pues de referirse a que esa prueba no sea suficiente para que su pretensión triunfe, resultaría haber mantenido las Partidas un criterio objetivo de imputación al vencido, del que, como se sabe, estuvo muy lejos.

---

535. "Quod succumbens in exceptione in expensis condemnetur", en *Fueros aragoneses*, ed. cit., tomo I, pág. 257.

536. Vid. nota 523.

537. PORTOLÉS, op. y cap. cit., núm. 8.

538. "Que el demandador deue catar ante que comience su demanda, que recaudo tiene para prouarla.—Enuiso e acucioso deue ser el demandador en catar, que recabdo tiene, para prouar aquello que quiere demandar. Ca siempre ha menester de prouar lo que demandare en juycio, si la otra parte gelo negare. E esta prueua ha de ser por testigos, o por cartas, o por otra manera que sea de creer. Ca si desto non fuesse cierto, ante que començasse su demanda lo que cuydasse fazer por su pro, tornarsele y a en daño, e en verguença: ca auria a pechar todas las costas al demandado. E demas fincaria por desatendido, començando cosa en que non sopiesse en ante el recabdo que tenia, para demandarla." *Part.* III, 2, 39.

E. *La "plus petitio"*

Las Partidas han recogido el supuesto de la "plus petitio", es decir, el caso del demandante que demanda por cantidad superior a la que es debida. El texto castellano, siguiendo el Derecho antiguo, es decir, el romano, admite la validez de dicha demanda por la cantidad real, y prescribe se condene por ella; pero para el supuesto de que el demandado hubiera hecho gastos por lo solicitado de más, impone todas las costas al demandante.

En Cataluña, la solución ha sido la misma con arreglo al Derecho común. Ripoll advierte a los litigantes que se abstengan de pedir "plus debito", pues el "plus petens" es condenado en los gastos, aunque venza en parte, siendo válido esto no sólo en lo principal, sino para aquellos que litigan sucediendo a otro, y se apoya en una sentencia de 1597, ya citada por Cáncer. Lo que si admite el jurista catalán es que el "plus petens" se corrija en la petición antes de recaer sentencia, en cuyo caso no es condenado absolutamente en las costas, sino sólo hasta donde señala la corrección, en apoyo de lo cual cita sentencia de 10 de abril de 1620, con Pedro Soler de ponente, y en causa seguida entre Mariana de Biure y de Cardona y Antonio Pascual. En razón de ser "victor" y "victus", cuando el actor solicita dos cantidades y obtiene una la Audiencia de Cataluña suele compensar y no condenar a ninguna de las partes (539).

JESÚS LALINDE ABADIA

---

539. RIPOLL, op. cit., núms. 48-52.

## DOCUMENTOS

### I

## EXPEDIENTES DE CENSURA DE LIBROS JURIDICOS POR LA INQUISICION A FINALES DEL SIGLO XVIII Y PRINCIPIO DEL XIX

Sabido es que una de las funciones desempeñadas por el Santo Oficio de la Inquisición fue la censura de libros, distinguiéndose entre los prohibidos "in totum" y los expurgados. Periódicamente la Inquisición española editaba sus Indices o Catálogos de libros reprobados. El último parece haber sido el de 1789; después de esta fecha la Inquisición promulgó varios edictos, y los libros en ellos prohibidos o mandados expurgar se recogieron en un "Suplemento" publicado en 1805<sup>1</sup>.

¿Decreció la actividad inquisitorial en el siglo XVIII y, más concretamente, en su segunda mitad? Hay una corriente de opinión que considera patente una mayor suavidad (o una menor crueldad) en la Inquisición durante los reinados de Carlos III y Carlos IV<sup>2</sup>. Es posible que el Santo Oficio se sintiera en parte frenado por el nuevo espíritu del siglo (al que tan duramente combatía), y más en concreto por el regalismo imperante en la Corte de Carlos III<sup>3</sup>. No obstante, como han hecho ver Desdevises du

---

1. De los comprendidos entre 1551 y 1747 trata PINTA LLORENTE, Manuel de la, "La Inquisición española y los problemas de la cultura y de la intolerancia", Madrid, 1953, págs. 19 a 56. Sin embargo, no menciona el de 1789 (editado en Madrid por Sancha en 1790), que sí han manejado tanto Sarrailh como Menéndez y Pelayo (cfr. SARRAILH, J., *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII siècle*, París, 1954, pág. 293, nota 3; y MENÉNDEZ Y PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, B. A. C. 1956, II, pág. 614).

Además de dicho *Indice* de 1789, cfr. el "Suplemento al *Indice expurgatorio del año de 1790*, que contiene los libros prohibidos y mandados expurgar en todos los Reynos y Señoríos del Católico Rey de España el Sr. D. Carlos IV, desde el Edicto de 13 de Diciembre del año de 1789, hasta el 25 de Agosto de 1805", Madrid, en la Imprenta Real, Año de 1805.

2. Cfr. SARRAILH, J., *L'Espagne...*, págs. 289 y ss., en donde menciona (sin sentirse convencido por ellos) los testimonios en este sentido de J. A. Llorente, Macanaz y algunos diputados de Cádiz. DESDEVISES DU DEZERT, G., cita también, comentándolas irónicamente, las opiniones de Menéndez y Pelayo, Capra y García Rodrigo: *Notes sur l'Inquisition espagnole au XVIII siècle*, *Revue Hispanique*, VI (1899), págs. 447 a 506; manejo una reimpresión hecha por la Kraus reprint corporation, New York, 1961.

3. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia...*, II, págs. 493 a 500. SARRAILH, J., *L'Espagne...*, pág. 291.



Dezert, Sarrailh o, más recientemente, Defourneaux<sup>4</sup>, nada esencial cambió en su esqueleto institucional: los mismos procesos, las mismas funciones, las mismas normas rectoras subsisten, aunque estas últimas reciban algún retoque de la mano real.

Por otra parte, si quizá con las personas la Inquisición dulcificó algo sus actuaciones, no hay duda de que continuó persiguiendo afanosamente las ideas a su juicio heréticas o peligrosas contenidas en cualquier clase de libros; sobre ello están de acuerdo todos los autores, aunque, claro es, difieran en la valoración de la conducta inquisitorial. Esta se dirigió entonces de manera especial contra el pensamiento de la Ilustración en sus diversas manifestaciones, y contra escritos deshonestos o pornográficos. Refiriéndose al "Índice de 1789" y al "Suplemento de 1805", Menéndez y Pelayo escribió: "No sólo figuran allí todos los padres y corifeos de la impiedad francesa, sino todos los discípulos, aun los más secundarios, y, además, una turbanulta de libros obscenos y licenciosos..."<sup>5</sup>. Tanto Desdevises como Sarrailh han examinado también exclusivamente la censura del pensamiento ilustrado por la Inquisición<sup>6</sup>.

Y, sin embargo, en el "Suplemento" de 1805 aparecen expurgados diversos pasajes de los "Comentarios a las leyes de Toro", de Antonio Gómez; de los compendios de dicha obra que en latín y en castellano publicaron, respectivamente, Juan Pérez Villamil y Pedro Nolasco de Llano, y de la "Práctica universal forense", de Francisco Antonio de Elizondo.

Los autores que han escrito sobre los últimos tiempos del Santo Oficio de la Inquisición no han prestado atención a estas parciales cesuras de libros jurídicos, fijándose tan sólo en las de libros filosóficos ("lato sensu"). Ni siquiera Pinta Llorente, que para escribir su apasionado libro manejó precisamente los legajos del Archivo Histórico Nacional en que se guardan los expedientes de censura de estas obras, se detuvo en comentarlas o, al menos, en citarlas<sup>7</sup>. Movidos por preocupaciones de otra índole, no se inte-

4. DESDEVISES, *Notes...*, passim, en especial páginas finales, en donde escribe: "Elle avait été d'abord cruelle et inintelligente; elle a fini, nous l'avouons, par ne plus être très cruelle, mais elle est restée absurde jusqu'à sa dernière heure". SARRAILH, J. (*L'Espagne...*, págs. 289 a 306) y DEFURNEAUX, M. (*Don Pablo de Olavide ou l'afrancesado*, París, 1959, págs. 341 a 352 y, en concreto, pág. 347) siguen la opinión de Desdevises, aunque matizándola. En igual sentido HERR, R., *España y la revolución del siglo XVIII*, ed. Aguilar, Madrid, 1964, págs. 23 y 24.

5. *Historia...*, II, pág. 614.

6. DESDEVISES, *Notes...*, págs. 488 a 506; SARRAILH, J., *L'Espagne...*, páginas 295 a 306.

7. PINTA LLORENTE, M. de la, *Inquisición...*, cita el Legajo Inquisición 4483, del A. H. N., en la pág. 103, y A. H. N., Inquisición, L.º 4480, en página 137, nota 30; pág. 267, nota 10, y en pág. 274, nota 18.

resaron por la relación entre la Inquisición y estos autores de obras jurídicas.

En las páginas siguientes publico el expediente de censura de la "Práctica...", de Elizondo (Expediente I), y el del "Compendio..." de Pedro Nolasco de Llano, como consecuencia del cual fueron también expurgadas determinadas frases de la obra de Antonio Gómez compendiada y las equivalentes del "Compendio...", de Villamil (Expediente II). Ambos se concluyeron y las obras en cuestión fueron mandadas expurgar por sendos edictos, luego incluidos en el "Suplemento" de 1805.

El expediente abierto a la "Práctica", de Elizondo, nos ilustra acerca de la minuciosidad de la Inquisición; su celo abarcaba desde lo muy grave hasta lo mínimo; tan mínimo como este "no" que se desliza en materia de impedimentos matrimoniales y que transforma la frase en que está inserto por puro "yerro de imprenta" en "contraria a la doctrina del Santo Concilio de Trento". ¿Valía la pena abrir y concluir un expediente de expurgación para condenarlo? La Inquisición estimó que sí. (Lo publico en extracto.)

La obra de Pedro Nolasco de Llano provocó un expediente más serio y también de más larga tramitación. Antes de comentarlo conviene recordar una Real Cédula de Carlos III, de 16 de mayo de 1768 (No. R. VIII, 18, 3), en la que "para evitar motivos de críticas en la condenación y expurgación de libros", realizadas por el Santo Oficio de la Inquisición, toma diversas medidas, entre otras la de que "el Tribunal de la Inquisición oiga a los autores católicos conocidos por sus letras y fama antes de prohibir sus obras", y la de que "por la misma razón no embarazará (el Santo Oficio de la Inquisición) el curso de los libros, obras o papeles a título de ínterin se califican". Ambas disposiciones concretas fueron cumplidas en el caso concerniente a Pedro Nolasco de Llano<sup>8</sup>.

8. Pablo García, Secretario del Consejo de la Santa General Inquisición, publica en Madrid, año de 1622, y "con licencia de los señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición", un libro titulado *Orden que comúnmente se guarda en el Santo Oficio de la Inquisición acerca del procesar en las causas que en él se tratan*. En cuanto a su forma, la típica obra de un práctico del Derecho en pleno barroco. Sin embargo, para la valoración de sus afirmaciones no puede olvidarse su calidad de Secretario del Consejo, que forzosamente había de inclinarse a pregonar las garantías y seguridades procesales —reales o no— ofrecidas por el Santo Oficio de la Inquisición. En los folios 75 a 78 de esta obra leemos: "Quando en poder de alguna persona se hallan papeles suyos o ajenos, o en poder de otros siendo suyos: tiénese este orden": el autor reconocerá ante el Santo Oficio como propios los escritos; los teólogos calificadores indicarán qué proposiciones hay en ellos "de que se pueda imputar delito"; al reo se le leen las proposiciones censuradas "porque es defensa, y podría ser averse declarado en otra parte, o partes, o salvar la proposición". Por el contrario, "no se



Las piezas principales de este expediente (además de otros escritos de mera tramitación que me limito a mencionar) son:

I. Oficio del Inquisidor General mandando reconocer y censurar el compendio de Llano, que le ha sido delatado "por un Prelado respetable". Fecha 19-IX-1786.

II. Calificación primera de Fray Juan de San José y Fray Manuel de San Vicente, fechada el 4-XI-1786.

III. Calificación segunda hecha por el Cura Párroco de la Parroquia de San Ginés, de Madrid, el día 24-XI-1786.

IV. Calificación tercera, que presentan el día 10-XI-1787 los Curas párrocos de San Pedro, San Justo y San Andrés, de Madrid.

V. Autodefensa de don Pedro Nolasco de Llano, firmada y fechada en Granada, a 30-VI-1790.

VI. Nuevo informe de los calificadores, a 13-VIII-1790.

VII. Informe del Promotor Fiscal, a 23-VIII-1790.

VIII. Resolución del Tribunal de Corte: 1-X-1790.

IX. Resolución del Consejo: 31-VII-1792.

Esta resolución se publicó en el Edicto de 3 de febrero de 1793, y se incluyó en el "Suplemento" al índice, fragmentándola en éste, dada su estructura (que sigue el orden alfabético de autores), por lo que aparecen en dicho "Suplemento" separadamente las proposiciones expurgadas bajo los apellidos Gómez (Antonio), Llano (Pedro Nolasco) y Villamil (Juan Pérez)<sup>9</sup>.

---

le han de leer las calificaciones", que permanecen secretas en cuanto a la fundamentación de las censuras en ellas contenidas. Puede también el reo nombrar "Theólogos Patronos" para que le ayuden a defenderse. Presentará su defensa y la de los "Theólogos Patronos"; respuestas que serán examinadas por los calificadores, quienes "echan su última censura a cada proposición diciendo si ha satisfecho o no alguna sospecha: y firmanlo poniendo día, mes y año". Con estas palabras termina el libro del tal Pablo García.

El supuesto aquí estudiado parece ser no el de simples censuras de expurgación de libros impresos, sino más bien una cuestión procesal incidental en un proceso principal abierto a una persona, "el reo", probablemente encarcelado por la Inquisición. Que se cumplieran o no, es otra cuestión. La primera de las resoluciones contenidas en la R. C. de Carlos III en 1768 parece querer llenar precisamente en ésta o muy análoga materia (delimitada en términos más claros y más generales que en el confuso escrito del Secretario García), una ausencia de garantías elementales para los "autores católicos", nacionales o extranjeros, cuyas obras fueran delatadas a la Inquisición.

9. *Suplemento...*, págs. 23, 33, 53. No he visto el Edicto; en el Expediente, al final de la resolución del Consejo, se lee: "Edicto de 3 de febrero de 1793, cl. 3.<sup>a</sup>, n. 2". Sin embargo, en el *Suplemento...*, págs. citadas, se le da fecha de 1.<sup>o</sup> de febrero de 1793 (salvo al referirse a Villamil, página en la que se cita —sin duda por error material— como de 1.<sup>o</sup> de febrero de 1790). La diferencia de dos días carece en todo caso de importancia y puede quizá deberse a que se mencione en un caso la fecha de la firma del edicto, y en otro la de su publicación.



La obra de Pedro Nolasco de Llano apareció publicada en Madrid, Imprenta de don Manuel Martín, año 1777. El expediente se abre, pues, nueve años después de su impresión, cuando por supuesto corría ya en todas manos, dada la utilidad de su resumen en castellano, no en latín como el de Villamil, de los "Comentarios" de Antonio Gómez. Y si tarde se abrió el expediente, mucho tardó también en concluirse (otros siete años más: del 19-IX-1786 al edicto de febrero de 1793 en que se hace pública la resolución del Consejo). No puede alabarse la rapidez de funcionamiento del mecanismo inquisitorial.

Hay un detalle muy curioso. Tengo ante mí un ejemplar del "Compendio" de Llano, cuya cubierta dice así: "Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro". "Escrito por el Licenciado don Pedro de Nolasco de Llano, Abogado de los Reales Consejos y actual Corregidor, Capitán a Guerra, Juez subdelegado de rentas de la Villa de Trebugena por nombramiento del Excelentísimo señor Duque de Medinasidonia. Madrid MDCCLXXXV. Con licencia: en la Imprenta de D. Joséph Doblado". Nótese el impresor (que no es el mismo de la edición de 1777) y la fecha: 1785. Pues bien; a pesar de que en 1785 aún no se había ni siquiera abierto el expediente, todas las frases expurgadas por el Consejo aparecen corregidas en esta edición exactamente con las mismas palabras contenidas en el "Suplemento", que son a su vez trasunto fidelísimo (aunque algo sintético) de la resolución del Consejo.

¿Hay un error de imprenta entre las fechas 1785 y, quizá, 1795? A mi juicio, no. La fecha está en caracteres romanos, y es difícil en ellos confundir MDCCLXXXV con MDCCXCV (ya entonces es muy poco frecuente escribir LXXXXV). Me parece más probable una falsedad intencionada; a una edición realmente impresa después de 1805 (fecha del "Suplemento") se le puso la fecha ficticia de 1785.

El Consejo en su resolución tiene a la vista un ejemplar de 1777 por cuya paginación cita. El impresor de esta edición MDCCLXXXV (?) es distinto; y, sin embargo, la paginación de las frases expurgadas coinciden casi exactamente con las de la impresión de 1777. Tan sólo en una ocasión hay una pequeña diferencia<sup>10</sup>. Eso demuestra, a mi modo de ver, que el editor se esforzó por copiar exactamente la impresión de 1777 expurgándola con cuidado de no alterar ni siquiera la paginación para que parecieran idénticas las impresiones de 1777 y 1785. Con ello los lectores que no hubieran tenido conocimiento del Edicto inquisito-

10. Cfr. de esta edición de José Doblado las págs. 354, n. 1; 361, n. 20, línea 28; 362, n. 21; 362, n. 23; 363, n. 24 (éste empieza al final de la página 362; ésta es la única diferencia de paginación observada); 363, n. 25.

rial, ni siquiera advertirían —tal vez— las correcciones, siendo formalmente tan idénticas ambas impresiones. De este modo se disimulaba al máximo el paso del “Compendio” por las manos del Santo Oficio, cuya intervención es, desde luego, silenciada por completo.

Merece tenerse en cuenta también una frase, la última del escrito de defensa presentado en Granada por Llano el 30 de junio de 1790; en ella pide: “... que no se me pueda hazer cargo si el impressor, ignorante u olvidado de los edictos que resulten arreglando dichos números, reimprimiere mi “Compendio” como oi está, mediante a no correr esto por mi cuenta, y hazer los de este ejercicio lo que quieren subrepticamente”. ¿No es esto curarse en salud contra los excesos de los impresores, fueran éstos dirigidos en el sentido que dice temer Llano o justamente en el sentido contrario, como parece sucedió con don José Doblado? ¿Realizó éste el arreglo con o sin conocimiento del autor? ¿Notaría o no la falsedad el Santo Oficio? Es difícil aclarar este pequeño enigma.

La materia a que se refieren las frases expurgadas abarca dos temas: el de la institución del matrimonio y en relación con éste, el problema de si el acceso carnal extramatrimonial fue siempre pecado (cuestión para nuestra mentalidad actual completamente bizantina), y en segundo lugar la cuestión de si el marido que mata a los adúlteros “in fraganti” (al cual las leyes del reino eximían de pena)<sup>11</sup> pecaba o no. Sería sencillísimo sintetizar en pocas líneas el tratamiento que Antonio Gómez en su obra, Llano en su “Compendio” y los escritores inquisitoriales dan a ambos problemas. Pero me parece innecesario hacerlo, publicando el expediente en sus documentos esenciales. Su lectura (que exige una cierta dosis de paciencia por el fárrago, la reiteración y el detallismo meticuloso del lenguaje inquisitorial) proporciona un buen ejemplo acerca del funcionamiento, la mentalidad y el estilo del Santo Oficio en su penúltima hora.

El Expediente III que publicamos versa sobre el “Extracto de las Siete Partidas” aparecido en Granada, año 1804, del que era autor el famoso y fecundo don Juan de la Reguera Baldelomar. En aras de la brevedad lo publico resumido. (Las frases entre comillas son transcripción literal.) Como puede verse, el expediente se truncó apenas iniciado por anticiparse el Gobierno en la prohibición de la obra<sup>12</sup>.

11. Cfr. F. R., IV, 7, 1; O. A., XX, 1; Ley 93 del Estilo y Ley 82 de Toro. La Ley de F. R. pasó a la N. R. (VIII, 20, 1) y a la No. R. (XII, 27, 1). Cfr. Antonii GOMEZII, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1780; a las leyes 80, 81 y 82, números 51 y siguientes, págs. 716 y ss.

12. El poder real podía prohibir o no dar licencia para imprimir libros, con entera independencia del Santo Oficio. Sobre esto puede verse la prag-



Lo más interesante del caso es relacionar este Expediente III con el documento titulado "Cotejo de las Partidas" (Expediente IV) e incluso con una obra de Llamas y Molina sobre el mismo o muy parecido asunto<sup>13</sup>. Ya el expediente contra la síntesis de Reguera muestra en la Inquisición una voluntad de censurar las posibles herejías contenidas, si no ya en el texto de las Partidas, porque "la reformación y expurgación de cualesquiera de sus partes haría una sorpresa desagradable" (cfr. Expediente III), sí en su transposición al "Extracto". Pero el "Cotejo..." va mucho más allá, pues es, sin duda, el comienzo de un expediente de expurgación del texto de las Partidas según su edición por la Academia de la Historia en 1807.

Había en el Santo Oficio una cierta cautela al enfrentarse con obras clásicas, por temor a destruir la confianza en libros tradicionales y oficialmente de buena reputación. Por eso, cuando durante la gestación del "Índice" de 1612 se planteó la cuestión de si "se debían expurgar algunas proposiciones de autores graves y reputados, ni santos ni antiguos, pero profesores universitarios de buena doctrina u hombres de bien asentada cultura..." respondió oficialmente el Consejo que "no se expurguen por la reverencia que se debe a las personas y doctrinas y seguridad en la fe..."<sup>14</sup>. Esta norma de respeto y exención debía aplicarse con mayor motivo a una obra como las Partidas, que desde 1348 tenía fuerza legal en Castilla.

Y, sin embargo, los "Comentarios" de Antonio Gómez ("obra tan acreditada... que en el dilatado curso de dos siglos ha corrido indemne por mano de los hombres más sabios del Reyno...; obra de un autor catholico de notoria piedad...")<sup>15</sup>, acabó siendo expurgada, si bien a partir y a través del "Compendio" de Pedro Nolasco de Llano; y las Partidas fueron también consideradas objeto de expurgación, aunque en la primera ocasión el "Extracto" de Reguera sirviera de excusa y disimulo, y en la segunda la expurgación de leyes de la Primera Partida propuesta en el Cotejo se amparase siempre en la consideración de que el texto editado por la Academia era poco menos que apócrifo.

En efecto; el autor del "Cotejo" realiza éste confrontando la

---

mática de los Reyes Católicos de 1502 (N. R. I, 7, 23), diversas prohibiciones concretas, en particular de Carlos III (No. R. VIII, 18), y más en general ESCOLANO DE ARRIETA, Pedro, *Práctica del Consejo Real*, Madrid, MDCCXCVI, I, págs. 405 a 477.

13. LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Disertación histórico-crítica sobre la edición de las Partidas del Rey don Alfonso el Sabio que publicó la Real Academia de la Historia en el año de 1807*, Madrid, imprenta de Repullés, 1820.

14. PINTA LLORENTE, *La Inquisición...*, pág. 31.

15. Estas y otras frases análogas pueden verse en la censura de los autores de la primera calificación (Expediente II).



edición de la Academia con el texto "mandado tener por original", que no es otro sino el publicado por Gregorio López. El sentido crítico de las fuentes y la comprensión de la compleja elaboración de cuerpos legales como las Partidas quedan fuera del horizonte mental del autor del "Cotejo". Su valoración del trabajo realizado por la Real Academia no puede ser más negativo; en un momento de su apasionada exposición justifica sus palabras afirmando que las profiere "para demostrar el desorden que nos han querido introducir para involucrar los verdaderos códigos". Y es inmovible su convicción de que el texto impreso en 1555 es el "verdadero".

Tan sólida como esta certidumbre es su fe en la sabiduría y ortodoxia de Alfonso X (a lo que parece, autor material del texto "verdadero"), pues cuando estudia proposiciones censurables del texto de la Academia, con frecuencia exclama que tales doctrinas son tan "erradas, que en su mismo contexto manifiestan ser imposible hayan sido dictadas por el Rey don Alonso el Sabio"; o que "es enteramente imposible" que aquel error que acusa el anónimo lo hubiese dicho el Rey don Alonso el Sabio". Con lo cual las proposiciones teológicamente erróneas son de modo simultáneo consideradas apócrifas. Por supuesto, no se trata aquí de defender ilimitadamente la edición de la Academia, por contraposición a este "Cotejo". Sobre la gestación y justificación de dicha edición es muy útil la lectura de Martínez Marina, como es sabido, juez y parte en el asunto<sup>16</sup>; y las muy importantes deficiencias en orden a la selección y manejo crítico de los manuscritos, cometidas por los académicos editores, han sido magníficamente subrayadas por el profesor García-Gallo<sup>17</sup>. Sin embargo, la intención de esta edición estaba relativamente bien orientada, al menos en cuanto al planteamiento del problema o necesidad de reconstruir el texto primitivo<sup>18</sup>. Y es claro que el autor del "Cotejo" ni siquiera alcanzó a comprender este enfoque; a él parecía bastarle la autoridad del texto mandado tener por original.

¿Qué es este "Cotejo" y quién su autor? En un momento se dice que "... estos apuntes no pueden servir más que de un ligero ensayo". Sin duda, ensayo de una calificación más detenida llevada a cabo por "Theólogos consumados", como se infiere de otros pasajes. Parece tratarse, pues, de una delación informal o acaso más probablemente de un informe privado dirigido a alguna alta auto-

16. MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico*, Madrid, J. Ibarra, MDCCCVIII, núms. 459 y ss., en especial núms. 476, 477 y 478, páginas 414 a 416.

17. GARCÍA-GALLO, A., *El Libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, A. H. D. E. XXI-XXII, págs. 353 a 357.

18. Cfr. las páginas XXX a XXXII del *Prólogo* al tomo I de la ed. de las Partidas por la Academia.

ridad inquisitorial, antes de que ésta se decidiera a mandar iniciar un Expediente que tanto escándalo hubiera levantado. Se nota claramente en su autor la intención de convencer al destinatario de su "Cotejo" de que un examen más extenso y profundo puede dar materia para muchas más expurgaciones de las por él sugeridas en tan rápidas reflexiones.

Cualquier determinación de la persona del escritor del "Cotejo" se nos escapa. Lo único seguro es que era hombre versado en teología y muy familiarizado con el estilo y el procedimiento inquisitorial, lo que no significa casi nada en concreto.

En cuanto a la fecha, puede pensarse entre 1807 o los cuatro primeros meses de 1808. Da la impresión de que el libro que provoca este "Cotejo" es reciente, y la edición de las Partidas por la Academia es de 1807. Tampoco parece haber visto el autor el "Ensayo histórico-crítico" de Martínez Marina, al que acaso hubiera aludido, y que se publicó en 1808. Es probable, pues, que el "Cotejo" se hiciera a finales de 1807 o a principios de 1808. Acaso los sucesos políticos a partir del mes de mayo interrumpieran la atención que la Inquisición prestara a este asunto. En todo caso, sería curioso conocer más datos sobre este apenas nacido expediente.

La obra de Llamas y Molina<sup>19</sup> va dirigida contra una idea apuntada por Martínez Marina en su "Ensayo...", según la cual Alfonso XI no modificó directamente el texto de las Partidas, sino que la corrección de éstas la llevó a cabo en el Ordenamiento de Alcalá<sup>20</sup>. La tesis de Llamas y Molina es que Alfonso XI ejecutó la "enmienda de las Partidas en las mismas leyes, y no en un cuerpo separado de ellas", como se demuestra por las importantes diferencias que hay en la Partida 1.<sup>a</sup>, título IV, entre el texto de la Academia (que ofrece, según él, la redacción original de Alfonso el Sabio), y el editado por Gregorio López, que es el enmendado por Alfonso XI o copia de él. En efecto: "Habiendo emprendido el sabio y laborioso Gregorio López corregir los errores, faltas y equivocaciones que se advertían en los varios códigos que corrían en su tiempo de las leyes de Partida, cotejándolas entre sí, formó uno que le pareció era el más conforme y arreglado al que se publicó por el Rey don Alonso el oncenno". Y por ello en la Real Cédula de 7 de septiembre de 1555 "quedó declarada por auténtica y fé haciende la edición de las Partidas executada por Gregorio López"<sup>21</sup>.

En apoyo de su tesis, Llamas arguye los abundantes errores contra el dogma contenidos en el Título IV, Partida 1.<sup>a</sup>, de la edi-

---

19. Cfr. nota 13.

20. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo...*, núm. 483, pág. 419.

21. LLAMAS, *Disertación...*, págs. 32, 60, 77 y passim.

ción de la Academia. Y aquí es donde resulta curiosa la comparación con el "Cotejo" anónimo. Llamas cree que el texto de la Academia pertenece a Alfonso X, y que Alfonso XI lo corrigió y quitó de él todas las herejías que el Sabio rey hizo o permitió estampar en él. Como se ve, su tesis es muy distinta a la del autor de "Cotejo", cuyo argumento base suele ser discutir la atribución del texto de la Academia a Alfonso el Sabio. Y las leyes y fragmentos que Llamas señala como contrarias al dogma y a la moral cristianas<sup>22</sup> no coinciden con las condenadas en el "Cotejo", con el cual no tiene ninguna afinidad textual el libro de Llamas.

En lo que sus opiniones concuerdan es en la condenación del propósito de los editores-académicos. En efecto, si ese texto inicial, propio de Alfonso X, estaba tan lleno de errores dogmáticos (P. 1. IV) que fue necesaria su corrección por Alfonso XI, y si Gregorio López observando esta cauta conducta de don Alonso el Onceno dio a la imprenta el texto elaborado por éste, ¿de qué sirve ahora la publicación de la Academia? De nada bueno, puesto que por un lado hay que considerar "la ofensa que se hace al buen nombre y fama del Rey don Alonso dando a luz su modo de pensar en una obra que aún no había corregido ni publicado"; y por otro está el daño que la inclusión de tamañas herejías puede causar a los muchos jóvenes que la estudian<sup>23</sup>.

No es éste lugar para enjuiciar la construcción de Llamas y Molina, sino para subrayar las duras apreciaciones contra la edición de la Academia contenidas (aunque partiendo de diversas premisas) en el anónimo "Cotejo" y en la "Disertación" de Llamas y Molina.

Por lo demás, la transcripción de los documentos no ofrece casi nunca dificultades. He seguido las normas usuales y respetado casi todas las abreviaturas, siempre de claro sentido. Las letras suplidas por mí van entre corchetes. Las citas textuales en la transcripción corresponden a otras tantas del documento original. Las notas aclaratorias del texto o explicativas de la transcripción las coloco a pie de página.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

---

22. LLAMAS, *Disertación...*, págs. VI, 38 a 43 y 53 a 60.

23. LLAMAS, *Disertación...*, págs. 44, 52, 53 y 74.



APENDICE DOCUMENTAL

EXPEDIENTE I

(A. H. N., Inquisición, L.º 4.480, núm. 25).

“Expediente de calificación de una proposición contenida en el primer tomo de la «Práctica Universal forense de los Tribunales de España y de las Yndias», por don Francisco Antonio de Elizondo, quinta impresión en Madrid, año 1789.”

Firma la delación Judas Pascual de Barrio, y la fecha en Madrid a 13 de noviembre de 1789. En ella se limita a señalar una proposición contenida en la página 357 del primer tomo (si bien cita por la edición de 1783), en la que se dice: “el quarto impedimento es la cognación espiritual, natural y legal. La primera resulta del bautismo o confirmación. Hoi tan solamente produce impedimento dirimente entre el que bautiza y confirma, bautizado o confirmado, y sus padres, *y no entre el padrino, bautizado y confirmado y sus padres*”. Las últimas palabras van subrayadas por el delator.

Este escrito es enviado por el Tribunal de Corte al Calificador Fray Manuel de San Vicente, el día siguiente, para que “acompañado de theólogo de su satisfacción y Religión reconozca la proposición que se ha delatado”. El escrito de calificación viene firmado además de por Fray Manuel, por Fray Juan de Santo Tomás de Aquino, en Madrid a 16 del mismo mes y año. Opinan que la frase subrayada por el delator ciertamente “es falsa, temeraria y contraria a la doctrina del Santo Concilio de Trento sesión 24, («de reform. Matrimon.» Cap. 2)”, en el sentido de que también el impedimento se contrae entre el padrino, bautizado o confirmado y sus padres. Estiman que puesto que el mismo Elizondo cita a este respecto la doctrina del Concilio de Trento, es porque quiso atenerse a ella, y que, por tanto, si en dicha frase “se halla cosa en contrario será que por equivocación de pluma o yerro de imprenta se haya añadido alguna palabra que varía el sentido”. Y en consecuencia se limitan a pedir que en la frase en cuestión se mande borrar la particula “no”; de modo que en vez de “y no entre el padrino...”, dijera, “y entre el padrino...”.

Unos días después, el 20 de noviembre, el Tribunal de Corte dictó Auto en el que se conformaban con la opinión de los calificadores, y remitían el expediente al Consejo de la Inquisición. A su vez, el Consejo dictó su fallo el día 1 de diciembre de 1789, ratificando el parecer del Tribunal. Inmediatamente debajo del fallo del Consejo, se lee: “Edicto de 7 de marzo de 1790, núm. 2, de los que deben expurgarse”.

## EXPEDIENTE II

(A. H. N., Inquisición, L.º 4.483, núm. 17).

Expediente de calificación de varias opiniones de los *Comentarios de Antonio Gómez a las Leyes de Toro*, por don Pedro Nolasco de Llano, Madrid, 1777.

[Iniciación del expediente por orden del Inquisidor General]

Por un Prelado respetable se pone en mi noticia: que en la obra *Compendio de los Comentarios de Antonio Gómez a las Leyes de Toro*, su autor don Pedro Nolasco de Llano, impresa en Madrid, año 1777, por don Manuel Martín, calle de la Cruz, se repiten aún en términos más fuertes las opiniones de dicho Antonio Gómez, que parecen contrarias a la diez y nueve condenada por Alejandro VII (*No peca el marido*, etc.), y a la cuarenta y ocho por Inocencio XI (*Tan claro parece la fornicación*, etc.); pues dicho Llano, citando los números en que el citado Gómez vierte su doctrina en las leyes 80, 81 y 82 de Toro, reproduce aún con más fuerza estas opiniones desde el principio de la página 354 en seguida de dichas tres leyes, siendo particularmente notables sus números 1, 20, 23 y último. Y conviniendo cortar de raíz este error si la doctrina de Llano se opusiese a las citadas condenaciones, mandaréis se reconozcan y censuren por los calificadores de maior satisfacción, para que en su vista, remitiéndolo al Consejo con vuestro parecer, se acuerde lo más conveniente; con la advertencia de ser dicho Llano moderno escritor, y el Gómez, Viva, y otros varios theólogos y juristas que las adoptaron, anteriores a la condenación expresada.

Dios os guarde.

Madrid, 19 de septiembre de 1786.

Agustín, Obispo de Jaén, Inquisidor General<sup>1</sup>.

[Calificación primera]

Ilustrísimo Señor:

El Secretario, don Antonio Galves, en papel de 22 de septiembre de este año, me previene de orden de V. S. I. que reconozca en la obra *Compendio de los Comentarios de Antonio Gómez a las Leyes de Toro*, su autor don Pedro Nolasco de Llano, impresa en Madrid, año 1777, desde el princi-

1. Este documento llega al Tribunal de Corte el día 20 de septiembre; lo dan por recibido y se manda pase a Calificación. Se remite sucesivamente a tres calificadores. Al primero, el R. P. Fray Manuel de San Vicente, se le envía un oficio, fiel reproducción de la orden del inquisidor, el día 22 de septiembre de 1786.

pio de la página 354, explicando las leyes 80, 81 y 82, con especialidad en los números 1, 20 y 23 se repiten en términos aún más fuertes las opiniones de dicho Antonio Gómez, que parecen símbolos con las proposiciones condenadas, la 19 por Alexandro VII (*No peca el marido, etc.*), y la 48 por Innocencio XI (*Tan claro parece que la fornicación, etc.*). Y que deseando el Tribunal cortar de raíz este error me encarga que las examine y censure, exponiendo por escrito si están o no comprendidas las dichas opiniones assi del Gómez como del Llano, en las mencionadas proposiciones que condenaron los Santisimos Pontifices Alexandro e Innocencio, asociándome para esto con la persona que sea más de mi satisfacción.

En su cumplimiento me he asociado con el P. Definidor General de mi Orden, Fray Juan de San Josef, y ambos, desde luego, hemos presentido la grande dificultad que se ofrece en censurar una obra tan acreditada como la de Antonio Gómez, *In Leges Tauri*; una obra que en el dilatado discurso de dos siglos ha corrido indemne por mano de los hombres más sabios del Reyno, siendo casi regla para la inteligencia de nuestra legislación, y obra de un autor católico de notoria piedad, y que por lo mismo tiene derecho a que se mantengan ilesas sus doctrinas siempre que admitan sentido sano y libre de alguna prohibición de la Iglesia. En obras de esta clase, para haberse de prohibir o tachar alguna proposición o doctrina, no basta que sea contra la opinión del censor o de algunos autores, aunque sean muchos y muy autorizados; es necesario que se opongan al dogma o que esté indubitablemente censurado por la Iglesia o por alguno de los Romanos Pontífices.

En este supuesto parece que todo nuestro estudio se debe dirigir únicamente a examinar si las opiniones de Antonio Gómez en las Leyes de Toro, que repite su compendiador don Pedro Nolasco de Llano desde la página 354 en los números 1, 20 y 23, con remisión a los números en que Gómez las produce en su mencionada obra de las "Leyes de Toro", están o no comprendidas en alguna prohibición de la Iglesia, particularmente en la proposición 19 de las condenadas por Alexandro VII, y en la 48, por Innocencio XI.

En efecto, hemos examinado el punto con toda seriedad, y habiendo conferenciado sobre él, decimos conformes que las opiniones de Gómez y de su compendiador en los lugares citados ni están censuradas por la Iglesia ni comprendidas en las proposiciones condenadas por Alexandro VII e Innocencio XI, como haremos constar por las razones que exponaremos sobre las dos proposiciones que se quieren notar en el Gómez y su compendiador como comprendidas en dichas prohibiciones, de las que trataremos con separación en los párrafos siguientes.

Proposición primera. Gómez (*in leges Tauri* 80, 81 y 82, núm. 1): *De iure naturali primero antequam esset (lex) scripta, vel matrimonium institutum, non erat reprobatus nec punibilis aliquis coitus, vel accessus carnalis. Núm. 2: Hodie tamen post leges scriptas, quidam coitus est licitus*



*et quidam reprobatus. Coitus licitus est matrimonialis: quia matrimonium institutum est a Domino Deo nostro propter generationem, et fornicationem evitandam, ut habetur Genesis Cap. 2, et per Paulum ad Corinthos, cap. 7, n. 4. Omnis autem alius coitus preterquam matrimonialis, est reprobatus de iure divino, et in eo comittitur peccatum mortale, ut habetur Deuteronomii, cap. 5.*

El compendiador Llanos [sic], (pág. 354, n. 1): *Para la mejor comprensión de estas Leyes es de suponer que por Derecho natural primario y antes de la institución del matrimonio no era prohibido ni punible acceso alguno carnal (n. 1). Pero hoy, después de las leyes escritas, sólo es lícito y honesto el que interviene en el matrimonio, como que fue instituido por Christo Señor Nuestro, con el fin de la generación y el de evitar toda fornicación. De forma que todo acceso distinto del matrimonial es reprobado por derecho divino, aunque sea sólo de voluntad (n. 4).*

Pero la doctrina de Gómez y de su compendiador en los lugares citados se reduce a dos proposiciones. 1.<sup>a</sup>: Todo acceso o coito carnal fuera del matrimonio está reprobado por Derecho divino y es pecado mortal, aunque sea sólo de voluntad, como ésta sea deliberada. 2.<sup>a</sup>: Por Derecho natural primario y antes de la institución del matrimonio (por Dios en Adán y Eva; Génesis, 7), no era prohibido ni punible acceso alguno carnal.

En la primera proposición no hay tropiezo. Es su doctrina toda católica y de fe, y lo contrario es herejía.

Donde puede ocurrir alguna dificultad escrupulosa es [en] la proposición segunda, que dice: *Por Derecho natural primario y antes de la institución del matrimonio no era prohibido ni punible acceso alguno carnal.* Donde parece que se da a entender que el acceso carnal fuera del matrimonio (por ejemplo, la fornicación) no es prohibida por Derecho natural ni intrínsecamente mala, sino solamente mala porque está prohibida. Y esto es coincidir con la proposición 48 condenada por Inocencio XI: *Tam clarum videtur fornicationem secundum se nullam involvere malitiam, et solum esse malam quia interdicta, ut contrarium omnino rationi dissonum videatur.*

Así ha entendido y discurrido, sin duda, el escrupuloso que ha puesto en noticia del Santo Oficio la mencionada doctrina de Gómez y su compendiador para que se examine de nuevo, sin hacerse cargo que la mencionada doctrina del Gómez ha corrido libre de censura en doscientos años que hace se publicó, y en el discurso de ciento y siete años que han pasado desde que Inocencio XI condenó la referida proposición 48 sin que hasta ahora se haya declarado auténticamente comprendida la doctrina de Gómez en la condenación.

Esta sola reflexión que hubiere hecho el delator bastara a calmar su escrúpulo, o por lo menos le hubiere precisado a examinar más a fondo la doctrina antes de pasar a hacer la delación, y entonces vería que la

doctrina de Gómez y su compendiador está muy distante de coincidir con la proposición 48 condenada por Innocencio [XI] y de toda otra censura.

No se encontrará que Gómez ni su compendiador digan en la proposición que se califica, ni en otra parte, que el acceso carnal fuera del matrimonio o la fornicación no sea intrínsecamente mala, ni que niegue absolutamente que la fornicación sea prohibida por Derecho natural. Sólo dice que no es prohibida por Derecho natural primario, y en esto no dice cosa que no sea común de todos los theólogos. Porque ¿qué theólogo ha dicho hasta ahora que el precepto que prohíbe la fornicación sea uno de aquellos preceptos primeros de la ley natural, que se manifiestan a todo racional sin discurso alguno o a muy corta diligencia, como son los que constituyen el Derecho primario de la naturaleza? Por exemplo, éstos: Lo que no quieras para ti no harás a su próximo; a cada uno se ha de guardar su derecho; Dios ha de ser adorado. Estos preceptos son de Derecho natural primario. ¿Y hay alguno que coloque en esta clase el precepto natural que prohíbe la fornicación? No, por cierto.

Conque el Gómez y su compendiador en esta parte dicen una verdad contestada por todos los theólogos, muy distante de toda censura y prohibición. No niegan que el acceso carnal fuera del matrimonio sea prohibido por Derecho natural secundario; antes lo confiesan expresamente quando dicen que desde la institución del matrimonio establecido por Dios en Adán y Eva (Génesis cap. 2), por el bien de la generación y para evitar la fornicación, queda ésta prohibida por el Derecho natural de la institución del matrimonio, y por los bienes que éste exige por Derecho de la naturaleza. A pocas palabras reducen aquí, así Gómez como su compendiador todas las razones con que Santo Thomás (a quien siguen todos los theólogos a excepción de Caramuel y Martín de Martinis), establece y prueba ( en el artículo 2.º de la cuestión 154, de la 2.2ae), que la fornicación es intrínsecamente mala y prohibida por Derecho natural. Y por otra parte, así Gómez como su compendiador (n. 4) confiesan que todo coito carnal fuera del matrimonio, aun en solo deseo, está reprobado por el precepto del Decálogo *Ne maechaberis*, (Deuteronomio, cap. 7), que es un precepto de Derecho natural. De donde se convence que la doctrina de Gómez y de Llano no sólo dista mucho, sino que se opone directamente a las proposiciones 48 y 49 condenadas por Innocencio XI, y que es infundado el escrúpulo del que ha pretendido sujetar a nuevo examen del Santo Oficio; una doctrina tan claramente sana y de un autor tan benemérito como Antonio Gómez, de quien no se desvía su compendiador.

Lo mismo sucede con la segunda proposición que se les nota comprendida en la 19 condenada por Alexandro VII. Proposición 2.ª. Gómez (in leg. 80, 81 y 82 Tauri, núm. 51) pregunta: *An maritus possit propria auctoritate interficere uxorem repertam in adulterio?* Y responde: *Hodie de iure nostro regio licite et indistincte potest maritus interficere uxorem, vel sponsam de presenti, et adulterum repertum in flagranti delicto.*

Contra esta resolución se arguye el mismo Gómez en el núm. 52, en esta forma: *Videtur, quod nostra lex regia et praedicta iura quae permit- tum maritum posse occidere uxorem et adulterum in flagranti delicto, non procedant nec debeant servari tanquam iniqua, quia praesuppono, quod omnis lex nutritiva peccati est nulla et non servanda; sed maritus occidens, uxorem propria autoritate peccat mortaliter ut in praecepto divino: Non occides. Ergo etcetera.*

A este argumento responde Gómez remitiéndose a lo que dixo en la ley 76 a igual objeción que allí se hizo sobre el ofendido que mata a su enemigo en el caso permitido por la ley. Y allí, al núm. 18, se explica en estos términos: *Licet talis offensus occidat inimicum suum in praedicto casu lege permittente, et non puniatur de iure; tamen in foro conscientiae peccat mortaliter, nec legis permissio illum excusat.* Y lo mismo es del marido que mata a la mujer adúltera; es impune, no se le castigará por derecho; pero peca mortalmente sin que le excuse la permisión de la ley. Hasta aquí la doctrina de Gómez es sanísima e infinitamente distante de la proposición 19 condenada por Alexandro VII.

Sólo exceptúa un caso en que el ofendido matando a su enemigo, el marido matando a su muger adúltera en el caso permitido por la ley, no pecará en el fuero de la conciencia. Y es quando executen la muerte no por rencor, ni con ánimo de vengarse, sino sólo por zelo de la justicia y por el bien de la república, como executor de ella; y cita a Felino y a Santo Thomás q. 2, 2.<sup>a</sup> e, c. 63, art. 3). Y es porque entonces no mata por autoridad propia, como el soldado que mata al enemigo en la guerra. Y aunque no todos los autores convengan en la doctrina de Gómez en esta parte; pero no se puede negar que es muy probable, fundada en Santo Thomás y del todo distinta de la proposición condenada. Porque esta dice: *No peca el marido que mata por propia autoridad a su muger hallada en adulterio.* Gómez dice: peca mortalmente el marido que por propia autoridad mata a su muger cogida en adulterio, sin que le excuse del pecado en el fuero de la conciencia la permisión e impunidad de la ley. Sólo en el caso de que la mate no por rencor, ni por tomarse venganza, sino por zelo de la justicia como executor de ella, no peca. Y es porque entonces no lo hace por autoridad propia.

El compendiador de Gómez (in leg. Tauri 80, 81 y 82) en los números 20 y 23 no hace otra cosa que reducir a más breves términos la doctrina referida del Gómez, guardando el mismo sentido, y remitiéndose fielmente a los lugares en que Gómez se explica con más extensión. Da a entender con bastante claridad que peca contra el precepto divino *Non occides*, el marido que mata a la muger adúltera por propia autoridad, sin que le excuse la permisión de la ley; y que sólo se libertará de pecado, quando lo haga como executor de la justicia. Y en este sentido se debe entender quando al fin del núm. 23 dice que el marido puede matar a la mujer licitamente, esto es, impunemente en el fuero externo, aunque pecando gravemente en conciencia si lo hace con rencor y por tomarse venganza. O



licitamente tanto en el fuero interno como en el externo si lo hace con autoridad pública como executor de la justicia, pues assi lo dexa explicando en el núm. 20 y en las remisiones que hace alli al Gómez. Y esto, como dejamos dicho, es opinión de muchos autores cathólicos, hasta ahora no censurada por la Iglesia.

Por lo que decimos y hemos probado lo bastante, que ni el compendiador de Gómez, ni el mismo Gómez (in leg. Tauri, 80, 81 y 82) tienen doctrina alguna que se comprehenda en las proposiciones 19 condenada por Alexandro VII ni en la 48 por Innocencio XI, ni en censura alguna dada por la Iglesia, ni que sea cesurable.

Assi lo sentimos, *salvo meliori*, sujetando nuestro juicio a la corrección del Santo Oficio y de nuestra Madre la Iglesia.

Madrid, 4 de noviembre de 1786<sup>2</sup>.

Fray Juan de San Joseph, Definidor General. Fray Manuel de San Vicente, Calificador.

[Calificación tercera]

Ylustrissimo Señor:

Los infrascriptos Curas párrocos de las Parroquias de San Pedro, San Justo y Andrés de esta villa, en cumplimiento de lo decretado por V. I. en 14 de mayo de este presente año, hemos reconocido con atenta reflexión los Comentarios de Antonio Gómez sobre las leyes de Toro 80, 81 y 82, el Compendio de ellos por don Pedro Nolasco de Llano impreso en Madrid el año pasado de 1777, y las dos opuestas censuras que se han dado a la doctrina de dichos autores. Después de haberlo reflexionado y conferenciado todo, somos de parecer:

Lo primero, que la doctrina que vierte el compendiador Llano en la página 354 núm. 1, que principia: *Para la mexor comprehensión*, etc., está ciertamente comprehendida en la proposición 48 condenada por Innocencio XI (*Tan claro parece*, etc.). Este author dice en dicho número, que *por Derecho natural primario y antes de la institución del matri-*

---

2. Esta Calificación es recibida por el Tribunal de Corte al día siguiente. Por indicación de los inquisidores señores Nubla y Cantera se da traslado de la primitiva orden del inquisidor general al doctor don Francisco Quoque, «Cura de San Ginés», el día 7-XI-1786. El citado «Cura de San Ginés» envía su escrito de calificación el 24 del mismo mes y año. El sentido del mismo es condenatorio, tanto respecto a Llano como al Antonio Gómez. La opinión, pues, de don Francisco Couque —que así se firma él— es contraria a la de los autores de la primera calificación. Pero prácticamente idéntica a los de la tercera. Siendo más amplia, más erudita y —a su modo— más razonada la tercera calificación, dejo sin copiar el escrito del R. P. Cuoque.

La Inquisición de Corte lo recibió el día 1 de diciembre de 1786 y mandó que se pidiera escrito de calificación a los curas párrocos de San Andrés, San Justo y San Pedro, todas ellas parroquias madrileñas. Sin embargo, y sin que conste aquí por qué, no se les envió el oficio, requiriendo su escrito calificador hasta el 14 de mayo de 1787. Dicho escrito es el que transcribo como tercera calificación.

*monio no era prohibido ni punible acceso alguno carnal; pero oy despues de las leyes escritas, sólo es licito y honesto el que interviene en el matrimonio.* El sentido obvio y propio de estas palabras es que la fornicación está sólo prohibida por las leyes escritas; y esto es lo mismo que decir que no está prohibida por la ley natural, que es la doctrina condenada en dicha proposición. Ni estas palabras pueden interpretarse diciendo que el Llano lo que entiende por ellas es *que la fornicación no está prohibida por el Derecho natural primario.* Porque si se han de entender en este sentido esas palabras, es preciso decir que, según la doctrina de el Llano, antes de las leyes escritas no habria Derecho natural secundario; o que es lo mismo Derecho natural secundario que leyes escritas. Y ¡cuántos absurdos incluyen estas consecuencias! Es preciso decir también que antes de las leyes escritas no hubo más derecho natural que el primario, y que éste sólo obligó a los hombres en el estado de la ley natural hasta que llegó el de las leyes escritas; errores todos opuestos a la doctrina revelada, a la esencia y perfección de la ley natural y a la sabia Providencia con que Dios crio al hombre dotado de razón para entender la honestidad de las acciones que debía executar para conseguir su fin; lo que no podía conseguir sin conocimiento del Derecho primario y secundario de la ley natural.

Todos estos absurdos se siguen de interpretar en ese sentido las palabras de el Llano. Y por lo mismo esa interpretación no sólo nos parece voluntaria y opuesta a su sentido obvio, sino también llena de mayores errores que el que contienen en su natural sentido. Las razones para confirmar nuestro dictamen nos parecen evidentes.

Aunque se admita Derecho natural primario y secundario es indubitable que uno y otro son Derechos de una sola ley natural sin más diferencia que entender por Derecho primario los primeros preceptos de esa ley más claros y evidentes a la razón: v. gr. *bonum faciendum*, etcétera. Y por secundario entender otros preceptos de la misma ley no tan claros y evidentes, que son como conclusiones que se deducen de los primeros: v. gr., *non mechaberis...* También es indubitable que la ley natural en quanto a unos y otros preceptos obliga necesariamente a todo hombre desde que se le intima por medio de la razón, sin que esta obligación dependa de las leyes escritas, que en quanto a la ley natural sólo sirven no para establecerla, sino para aclararla con nueva promulgación, y evitar las ignorancias que habian ocasionado las pasiones respecto de algunos de sus preceptos. De estas verdades indubitables inferimos evidentemente que quando dice el author Llano que *por Derecho natural primario antes de la institución del matrimonio y leyes escritas no era prohibido ni punible acceso alguno carnal*, no puede entender por estas palabras que *la fornicación aunque no está prohibida por el Derecho natural primario lo está por el secundario*; porque para esto es necesario diga también que antes de las leyes escritas ni hubo ni obligó a los hombres el Derecho natural secundario;



ni que hai más Derecho natural secundario que las leyes escritas; con los demás errores insinuados. Por esto no podemos admitir esta interpretación, ni hallamos otra en que dichas palabras contengan sana doctrina, que no esté comprendida en la proposición condenada.

No es esto sólo. El compendiador Llano supone en dichas palabras que el Derecho natural primario es anterior a la institución de el matrimonio; y tan anterior que a éste lo supone instituido por Jesuchristo Señor nuestro con el fin de la generación. Y en esto notamos un error herético como contrario a la doctrina de la Iglesia y de el Evangelio. Es infalible que el matrimonio fue instituido por Dios en el Paraíso terrestre, y de consiguiente que su institución fue coeva con la creación de nuestros primeros padres; con los cuales podemos decir (para explicarnos sensiblemente) que nació también el Derecho natural primario y secundario. Pues ¿en qué tiempo nos quiere fixar el compendiador Llano esta época de anterioridad con que supone al Derecho natural primario anterior a la institución de el matrimonio? Si no recurrimos a aquellas pocas horas del sexto día en que vivió Adán antes que Eva, que podemos llamar la época de institución de el matrimonio, no hallamos sentido en que pueda verificarse esa anterioridad de uno a otro. Y como esta sea una metafísica impertinente y opuesta al sentido en que habla el Llano, suponiendo al matrimonio instituido por Jesucristo, no hallamos interpretación con que pueda librarse su doctrina de el error referido.

Antonio Gómez, explicando esa misma ley 80 de Toro, página 379, dice en el núm. 1: *Quod de iure naturali primario, antequam esset lex scripta, vel matrimonium institutum, non erat reprobatus, nec punibilis aliquis coitus, vel accessus carnalis.* Estas palabras son las mismas que usa el Llano y tiene el mismo sentido obvio. Pero éste lo corrige en parte en el número 2, suponiendo al matrimonio instituido al principio de el mundo por Dios nuestro Señor, pues cita para esto el capítulo 2 del Génesis, lo que no hace su compendiador Llano. Es verdad que esta corrección no está clara en su doctrina. Dice primeramente que oy, después de las leyes escritas, un acceso carnal es licito y otro reprobado: *Hodie tamen post leges scriptas quidam coitus est licitus, quidam reprobatus.* Y después dice (en ese mismo núm. 2) que el matrimonio fue instituido en Adán. Esto es contradecirse y no ir consiguiente, porque si el matrimonio fué instituido en Adán, que fué anterior a las leyes escritas, y fué instituido por fin de la generación y evitar la fornicación, no debia decir: *Hodie tamen et post leges scriptas...*; sino: *Semper tamen et ante leges scriptas quidam coitus est licitus et quidam reprobatus;* que es la doctrina de la Iglesia.

Por esta contradicción y confusión con que habla, aunque no se manifieste tan claro el error como en su compendiador Llano, nos parece se da ocasión a quien lo estudie o compendie, para concebir los errores insinuados; y que este peligro merece la consideración de Vuestra Ylustrísima. Si el Antonio Gómez no se viera en otras manos que en las de sugetos ins-



truidos en la doctrina de la Iglesia, nos parece también que cesaba ese peligro y podría tolerarse; porque leído este author con reflexión, nos parece que su doctrina mira principalmente al acceso carnal en quanto reprobado y punible por el Derecho civil, para el efecto de constituir naturales o ilegítimos a los hijos. Pues para probar que de Derecho natural primario no era prohibido ni punible acceso alguno carnal alega en dicho número el texto *In authentica quibus modis...*, etc., citando estas palabras: *Nec enim a principio, quando sola natura sanciebat homines, antequam scriptae provenirent leges, fuit quaedam differentia naturalis atque legitima.* Y también cita para prueba las otras palabras de el texto *In authentica quibus modis naturales efficiantur sui...*, que son: *Natura siquidem ab initio, dum de Filiorum creatione sanciret, scriptis nondum positus legibus: omnes similiter quidem liberos produxit ingenuos.*

En estas pruebas con que persuade el Antonio Gómez su doctrina indica claramente a nuestro parecer que la dirixe principalmente a establecer que la legitimidad o ilegitimidad de los hijos en quanto a los efectos civiles, no procede de el Derecho natural, sino de las leyes escritas. Y en este sentido nada hallamos que censurar en su doctrina. Pero como este sentido se halle confundido en este author por la poca claridad con que se explica en los números siguientes (como hemos insinuado), nos parece que subsiste peligro de error en personas poco inteligentes que los lean; y que seria combeniente precaverlo.

También somos de parecer que la doctrina de el Llano con que explica la ley 82 de Toro está ciertamente comprendida en la proposición 19 condenada por Alexandro VII (*No peca el marido...*). Este author, en los números 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de las páginas 361, 362 y 363, afirma e supone claramente que el marido de su propria authoridad puede matar lícitamente a su muger cogida en adulterio. En el número 20 dice: *Advirtiéndose que el marido puede matar lícitamente a los adúlteros hallándolos in fraganti.* En el 21 supone esa facultad también en el caso que su muger estubiese preñada. En el 22 añade que para usar esa facultad basta hallarlos desnudos en un mismo lecho. En el 23 extiende esa facultad al caso en que el marido hubiese amonestado tres veces por escrito o delante de testigos al que juzgue sospechoso de adulterio, diciendo que entonces basta para matarlo lícitamente hallarlo hablando con su mujer en lugar secreto. En el 24, suponiendo esa facultad en el marido, le permite llevar consigo amigos o familiares, que le auxilién en caso de resistencia. Y finalmente, en el número 25, dice que *el marido que de su propria authoridad mata a la muger adúltera, no lucra la dote, que conseguiria proponiendo la correspondiente acusación.* Y después añade: *Aunque no se le prohíbe suceder ab intestato a los hijos o herederos de los adúlteros, dando por razón, por quanto el homicidio fue justamente hecho.* De suerte que la doctrina de el Llano en estos números es decir claramente que el marido puede matar lícitamente de su propria authoridad a la muger

adúltera cogida *in fraganti*. Y ésta es también claramente la doctrina que vierte Antonio Gómez explicando esa ley, especialmente en los números 51, 52, 53, 54 y 55 de la página 391, y en los números 60, 61 [y] 62, de las páginas siguientes 392 y 393, de cuyos números la copió fielmente el Llano. Y por lo mismo, una y otra doctrina, la misma que condenó Alexandro VII en la proposición referida.

Ni puede decirse para excluir esa doctrina de la proposición condenada, que Antonio Gómez y su compendiador hablan de el marido que mata a su muger adúltera *por celo de la justicia y como executor de ella, y no por authoridad privada*. Porque esta interpretación es voluntaria y claramente opuesta a la doctrina y sentido en que la explican el Antonio Gómez y el Llano. Y opuesta también a la misma ley 82 de Toro de que habla. Esta ley se explica así: *El marido que matare de su propria authoridad al adúltero y adúltera aunque los tome in fraganti delito y sea justamente hecha la muerte, no gana la dote ni los bienes de el que matare. Salvo si los matare o condenare por authoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde el Fuero de las Leyes que en este caso disponen*.

Aqui se ve claramente que la ley habla de dos casos: el primero, quando el marido mata de su propria authoridad a la adúltera; el segundo, quando la mata con authoridad de la justicia. Y declara estos dos casos tan opuestos, que en el primero, aunque supone la muerte justamente hecha, no quiere que el marido lucre la dote, y en el segundo, si. Pues si esta ley distingue y declara tan opuestos uno y otro caso, ¿cómo Antonio Gómez y su compendiador han de confundirlos y explicar el uno por el otro? Eso no sería explicar la ley, sino contradecirla. El Llano, en el dicho número 25, usa las mismas palabras de esa ley, y hace la misma distinción de uno y otro caso, diciendo *que el marido que de su propria authoridad mata a la muger adúltera no lucra la dote*. Y que la conseguiria *proponiendo la correspondiente acusación*, como dexamos dicho. Pues si el Llano habla en los mismos términos de la ley y distingue tanto uno y otro caso, ¿cómo ha de ser tan miserable lógico que quiera explicar el uno por el otro? ¿Quándo se ha visto a dos cosas contrarias u opuestas explicarlas con una misma naturaleza?

En este mismo sentido habla Antonio Gómez explicando esa ley (página 391) después de haber dicho en el número 53 que ese derecho que tiene el marido para matar la muger adúltera se extiende también al caso en que esté preñada. Se objeta contra esta doctrina en el número siguiente los textos (*in lege pregnantis, ff. de poenis* y de la *Lex imper. 2, ff. de statu hominum*) en que se ordena que la Sentencia de muerte dada a la muger preñada se difiera hasta que se verifique el parto, y responde a esta obgección que estas leyes no obstan a la facultad que tiene el marido para matar a su muger adúltera, aunque esté preñada, y da esta razón: *Quia illa jura procedunt in sententia et executione iudicis, quod*

*debet fieri cum temperamento et iuris ordine; sed in nostro casu loquimus in executioni facti, et hominis, in quo aliquis ordo iuris non attenditur.* En estas palabras se ve claramente que quando habla Antonio Gómez de la facultad del marido para matar a su muger adúltera, habla de muerte no executada con autoridad de justicia (*executione iudicis*), sino con autoridad privada (*executione facti et hominis*). Y así ha de hablar si ha de responder consiguiente a lo que pregunta en el número 51: *Quaero an maritus possit propria auctoritate interficere uxorem repertam in adulterio.* De lo que se infiere evidentemente a nuestro parecer que quando el Gómez habla de el marido que con propria autoridad mata a su muger, no puede decir sin manifiesta contradicción que procede entonces *caelo iustitiae*, y como *executor de ella*. Ni a esto se opone lo que dice el Gómez en el número 52, obgetándose el precepto divino *non occides*, como contrario a esa ley, y remitiéndose para responder a esta obgeción a lo que dexa dicho explicando la ley 76 de Toro.

Hemos leído con reflexión la doctrina del Gómez en que explica esa ley a que se remite, y hallamos una doctrina muy sana, pero muy opuesta a la que da explicando la ley 82 de que tratamos. La ley 76 habla de la comisión que se puede dar a un ofendido para que mate a su ofensor ausente. Y dice Gómez explicando esa ley (en la página 374, núm. 17) que para esto es necesario citar aquel reo y condenarlo precediendo verdaderas y legítimas pruebas (*requiritur quod sit condemnatus in absentia per veras et legitimas probationes*). Y pruebas no presuntas, sino plenas y perfectas (*non sufficit illa probatio praesumpta, sed requiritur vera et plena et perfecta probatio*). Y en el número siguiente, 18, añade que aun ese caso, para no pecar el ofendido, es necesario que mate al ofensor por celo de la justicia, y como *executor de ella*, y no por afecto de venganza (*si fecit caelo iustitiae et pro bono Reipublicae ut executor*). ¿Quién no ve la manifiesta oposición que tiene esta doctrina con la que vierte el Gómez hablando de la facultad de el marido para matar a su muger adúltera? En este último caso no quiere citación de reo ni plena probanza ni sentencia *in quo aliquis iuris ordo non attenditur*. En el caso de la ley 76 quiere este orden judicial pleno y perfecto. Pues ¿cómo puede sin evidente contradicción explicar una ley por otra y confundir tan opuestas doctrinas?

Ni la doctrina de Santo Tomás favorece a la del Gómez y su compendiador. El Santo Doctor (2, 2ae, quaestio 64, a, 3) pregunta si a una persona privada le es licito matar al pecador, y responde que no. Porque eso pertenece a la autoridad pública y sólo puede hacerlo una persona privada como *executor de ella*. Esta doctrina no es la de Antonio Gómez ni su compendiador, que hablan, como hemos probado, del marido que mata a su muger adúltera por autoridad privada y no por autoridad de justicia. Es verdad que el Llano en el número 20 dice que el marido, para no pecar, debe matar a su muger por celo de justicia y como exe-



cutor de ella. Pero esto no puede ser sin citación de la adúltera, probanza y sentencia de juez, y éste no es el caso de que hablan la ley 82 de Toro y el Antonio Gómez, como hemos probado.

Y así, en el caso de esta ley son términos implicantes *autoridad privada y autoridad de justicia*. Y por lo mismo se contradice el Llano diciendo que el marido en ese caso ha de proceder por celo de justicia y como executor de ella. Quando el Gómez usa esas mismas palabras en el número 18 de la página 374, las aplica al caso en que citado el reo, hecha plena probanza de su causa y sentencia, se da comisión al ofendido para que le mate. Lo que no tiene semejanza con el caso presente, en que las leyes nada dicen de ese orden judicial. No ignoramos que antes de la proposición condenada algunos autores dixeron que en virtud de las leyes civiles podían el padre y el marido matar lícitamente a la hija y muger adúltera, sin observar orden judicial, porque las mismas leyes daban facultad y derecho para ello, y por esta facultad podían hacerlo como executores de la justicia. Así lo opinaron y algunos theólogos lo juzgaron entonces por probable.

Pero también sabemos que otros autores, muchísimos más en número, con Santo Tomás, San Buenaventura, San Antonio Durando y otros clásicos Doctores, reprobaron esa oposición [sic] como falsa y de poca o ninguna probabilidad; sosteniendo que la autoridad legal, como autoridad pública, no puede proceder a castigar los delitos sin conocimiento de causa, citación de reos, admisión de sus defensas y demás que constituye el orden judicial o público convencimiento de los delitos. Exceptuando sólo los casos de la notoriedad de hechos que amenazan males públicos, en que se puede suplir la notoriedad de el derecho.

Con estos sólidos fundamentos afirmaron que esas leyes no podían dar autoridad alguna al marido para que matase a su muger cogida en adulterio, como no precediese acusación, convicción y sentencia, porque sin esto se ejercería la potestad judicial por un conocimiento privado, sin dar lugar a la defensa que pudiera tener la adúltera si fuese forzada, sin darla lugar para la penitencia, exponiendo a manifiesto peligro su salvación, exponiendo también al marido a que executase la muerte con espíritu de venganza, tan difícil de evitar en el hervor de su ira, y habiendo también puerta con esa facultad para que los maridos perversos con el pretexto de adulterio, hiciesen las muertes injustas. Por éstas y otras más pruebas de la razón, cánones y Escrituras, juzgaron los autores que esas leyes civiles eran puramente permisivas, en quanto a no castigar con la pena ordinaria esos delitos, sin sufragar para la conciencia. Y esta fue (dice Covarrubias, 2.<sup>a</sup> parte *De Matrimonio...*, capítulo 7) la común y verdadera opinión en tiempo en que la Iglesia no había condenado dicha proposición. Haora después de condenada, ningún autor cathólico puede interpretar esas leyes en otro sentido que en el de puramente permisivas, sin dar facultad alguna para el

fuero de la conciencia. Y de consiguiente todos debemos decir que el marido en virtud de esas leyes no puede por celo de justicia y como executor de ella matar lícitamente a su muger adúltera. Porque es manifiesta contradicción hacer una muerte como executor de la justicia, sin dar la justicia facultad para ello. Y por lo mismo si hace esa muerte es evidente que la hace con autoridad privada, que es lo que en dicha proposición se condena.

Eu suma, Ilustrísimo Señor: estamos conformes en nuestro parecer y decimos que la doctrina de el compendiador Llano (página 354, número 1), está claramente comprendida en la proposición 48 condenada por Innocencio XI (*Tan claro parece...*, etc.), y contiene doctrina parte herética y parte errónea.

En quanto a la de Antonio Gómez, aunque las palabras de el número 1, página 379, son las mismas que usa el Llano, como las corrige en parte en el número 2 y nos parece se pueden aplicar sin violencia al fuero civil, juzgamos no merecen tanto rigor. Y que para evitar el peligro de error que pueden ocasionar, bastaria que en estas palabras *De iure naturali primario antequam esset lex scripta, vel matrimonium institutum non erat reprobatus, nec punibilis aliquis coitus, vel accessus carnalis*, se añadiese el adverbio *civiliter*; con el cual se evitaba la extrañeza y confusión [de] su doctrina.

Eu quanto a la doctrina que vierte este author explicando la ley 82 de Toro, en los números 51, 52, 53, 54 y 55 (página 391) y la de los números 60, 61 y 62 (páginas 392 y 393); y la doctrina de su compendiador Llano desde el número 20 hasta [el] 25 inclusive (de las páginas 361, 362 y 363), una y otra la juzgamos claramente comprendida en la proposición 19 condenada por Alexandro VII (*No peca el marido...*, etc.); sin otra diferencia que el haver dado el Gómez esa doctrina antes de la proposición condenada y su compendiador después.

Este es nuestro parecer, que sugetamos a otro más acertado y al más sabio y prudente de V. I., a quien Dios Nuestro Señor guarde muchos años para bien de la religión<sup>3</sup>.

3. Este tercer escrito calificador llega al Tribunal tres días después de su firma por los curas párrocos doctor don Fulgencio Herrera, don Juan Alvarez de Castro y doctor don Luis Vicente Delgado.

Llegado el expediente al Tribunal de Corte, éste dicta Auto el día 22 de septiembre de 1787, conformándose con el dictamen de los autores del tercer escrito de calificación.

Se tramita la llegada del expediente al Consejo, y éste («Su ilustrísima y señores Enríquez, Ximénez, Villena, Poveda y Quevedo»), el día 3 de octubre de 1787, decide que se haga enviar la delación y la censura de los curas párrocos de San Andrés, San Pedro, San Ginés y San Justo (es decir, las calificaciones segunda y tercera, ambas acusatorias) a don Pedro Nolasco de Llano «para que exponga quanto tenga por conveniente». Y que dicho escrito de autodefensa sea de nuevo remitido a los curas párrocos de San Pedro, San Justo y San Andrés (autores del tercer escrito de calificación) para que opinen éstos sobre él.

Pero no debió ser fácil encontrar a Pedro Nolasco de Llano o la Inquisición no

Madrid, 10 de septiembre de 1787.

[Firman:] Dr. don Fulgencio Herrera, don Juan Alvarez de Castro y Dr. don Luis Vizente Delgado.

[Escrito de autodefensa de Pedro Nolasco de Llano]

El licenciado don Pedro Nolasco de Llano, Abogado del Ilustre Colegio de la Real Chancillería de esta Corte [sic] y vecino de ella, en vista de las anteriores censuras y supuesta mi veneración a quanto enseña, cree y confiesa nuestra Santa Madre Iglesia, Cathólica, Apóstolica, Romana, y mi adhesión a la más sana doctrina, digo:

Ser inconcusso que Dios nuestro Señor instituyó el matrimonio en el Paraiso terrenal entre Adán y Eva baxo ciertos preceptos, sin que con arreglo a ellos pudiese disolverse aquel nudo, ni fuese licita la poligamia simultánea; pues además de constar todo ello de las divinas letras, según doctisimamente se explica en dichas censuras, tenemos también en nuestras leyes patrias vario[s] textos que lo confirman; y son la rúbrica de la Partida 4.<sup>a</sup>, la de su Título 2.<sup>o</sup> y la ley 4.<sup>a</sup> de este mismo. Pero (excepto en la línea recta y descendental) hubo libertad entre los parientes, aunque fuesen hermanos, según nuestros autores, de conyugarse matrimonialmente *ob paucitatem gentium*, y ser precisa la propagación de el género humano. Hasta que por la ley escrita se puso interdicción a ciertos grados. Motivo por el que el señor Gregorio López, glossando la ley 2, Título 1 de la Partida 1.<sup>a</sup>, a el número 2.<sup>o</sup>, y dejando manifestado traer origen el matrimonio desde nuestros primeros padres, dixo después (aunque en un modo lato y con impropia locución) que según la determinación de personas contrahentes, *institutum. fuit in lege Moyse*. De forma que como antes de las leyes escritas habia la apuntada libertad, y ésta se limitó en ellas, acaso el Antonio Gómez con este respeto diria en el número 1 de su *Commentario* a las leyes 80 y siguientes: *quod de iure naturali primero [sic] antequam esset lex scripta vel matrimonium institutum*. (esto es instituido en quanto a el señalamiento de

---

se esforzó en hallarlo. Hay que esperar hasta el mes de abril de 1790 para que Luis Gabaldón y López (¿de la Inquisición de Granada?) escriba al secretario del Tribunal de Corte don Antonio Galves López Salces, en contestación de una carta de éste, diciéndole que don Pedro Nolasco de Llano «reside en Granada en la calle o acera de Darro, y no se le conoce otro destino que el de mantenerse con lo que le produce la labor que tiene de su cuenta. Aunque ignoran si las fincas son suyas propias. Es casado, con porte y decencia bastantemente regular, y no se le conoce bufete ni se sabe que allí exerza de abogado» (8 de abril de 1790).

Cuatro días después, el Tribunal de Corte envía el expediente al Tribunal de Granada para que lo hagan llegar a Pedro Nolasco de Llano. El Tribunal de Granada contesta a Madrid el día 8 de mayo de 1790 diciendo que se ha efectuado la entrega de los citados documentos a Llano el día 4 de mayo. La autodefensa de Pedro Nolasco de Llano está fechada el 30 de junio de 1790. Está escrita de su puño y letra y firmada y rubricada por él.



personas contrahentes como expresó impropriamente el citado Glosador) *non erat reprobatus, nec punibilis aliquis coitus, vel accessus carnalis*; dando a entender ser lícito el que intervenía en cualquier matrimonio aunque fuese de parientes y aun de hermanos.

También puede inferirse (y parece mejor interpretación) que la proposición de este author fue respectiva a la igual esfera de legitimidad, libertad e ingenuidad en que nacían los hijos a el principio del mundo en tiempo de la ley natural, prescindiéndose de lo lícito o ilícito que fuese el ayuntamiento de que proviniessen, para que unos y otros tuviessen una misma condición de estado y participassen igualmente de los civiles efectos, según los textos que para su apoyo cita y aun copia el mismo commentador. Y este es el sentido a que parece inclinarse la segunda censura.

Por estas intelixencias o interpretaciones que daba de si dicho número 1.º; y como por otro lado veía yo que no sólo se explicaba el Antonio Gómez con términos tan generales e impropios, sino que también lo hacía dicho el señor Gregorio López en el mismo lugar desde el principio del citado número 2.º, autores ambos de reputación en los Tribunales, no me ocurrió mayor reparo, que escribir el *Compendio* en acomodarme a la misma locución. Mayormente quando no dexaban de citarse formalmente en él las doctrinas y textos sagrados, canónicos y civiles señalados por el Antonio Gómez en los números 1, 2, 3 y 4 de su *Comentario*, según la primer advertencia de las que hice en el exordio de mi opúsculo.

De forma que si la mente de este comentador no fue (como efectivamente no lo es) estimar por lícito todo acceso distinto del matrimonio en tiempo de ley natural, ni negar su institución orixinal en el mismo Paraíso, atendidas las citas que vierte y aun trassumpta, el mismo concepto me parece debe formarse de la mía, porque el *Compendio* en lo sustancial citó todo lo que el orixinal expuso y señaló, si se atiende a las palabras de dicha mi primer advertencia, que dicen: *a los números que encierran los paréntesis, corresponden en el orixinal las doctrinas que hasta ellos se encuentran desde los antecedentes*, Pues el fin fue evitar toda extensión y materialidad.

Verdad es que con la expresión *Christo* que puse inadvertidamente en dicho número 1, folio 354, en lugar de la palabra Dios, que es la que debió colocarse, ha sobrado razón para formarse distinto concepto de la intelixencia del *Compendio* que de la del *Comentario*, donde justamente se dixo que el matrimonio fue instituido *a Deo Domino nostro*. A esta inadvertencia o equivocación daría lugar tener yo a la sazón la cabeza caliente y correrse la pluma, fixadas acaso en la memoria sin poderlas desechas aquellas palabras de la definición metafísica de el matrimonio como sacramento *institutum a Christo Domino*. Por esta equivocación y aunque todo el resto de dicho número 1 de mi *Compendio* tenga el

sentido arriba expuesto, a la verdad arroja mal sonido, y amenaza algún peligro su permanencia. Lexos de tener yo reparo alguno en que se quite, me complazco de ello para que así se evite la ruina espiritual que pudiera ocasionar de lo contrario, particularmente a los que no se hiciesen las antexpuestas consideraciones, si no eran facultativos.

Consequente a lo cual y a fin de que dicho número 1 se coloque en otra ympresión con voces mexor sonantes y nada peligrosas, puede estamparse (si no ai inconveniente) en esta forma:

*N. 1. Para la mexor comprehensión de estas leyes, es de suponer que en la ley natural, antes de la escrita y que en esta se pusiese prohibición, a los parientes dentro de cierto grado para contraer matrimonio, no era punible éste entre aquéllos, ni de consiguiente había diferencia alguna de estado o condición entre los hijos provenientes de tales coniuixios, siendo todos iguales en el conzepto civil de libertad, inxenuidad y lexitimidad para la participación, o disfrute de sus funciones, aun quando dimanassen de qualquier otro acceso carnal, pues de esto se prescindía para la adquisición de ellas (n. 1). Pero siempre ha sido prohibido por ley natural y divina todo ayuntamiento distinto de el matrimonial, como que éste fue instituido por Dios nuestro señor desde el principio de el mundo con el fin de la generación y el evitar toda fornicación; extra de que en el matrimonio se verificase mucha honestidad y castidad (n. 2 y 3), cuya reprobación se extiende aunque el acceso sea sólo de voluntad, como sea deliberada (n. 4).*

Por lo que haze a lo que con sólidos fundamentos se censura en los números 20, 21, 23, 24 y 25 de el *Compendio* en el mismo lugar, supongo que si yo a la sazón de escribirlo carecía por mis pocos años de la necesaria ynstrucción para haber reparado en el thenor de ellos, prozediendo con sencillez y mirando con respeto todo quanto afirmaba el original, tanto por la buena reputación de esta obra, quanto por haber corrido hasta aqui sin tropiezo alguno, que yo supiesse, también concurrió la zircunstancia de haberme apresurado sobremanera en este trabajo desde la mitad de la obra hasta su conclusión (en que se incluye el comentario de las zitadas leyes 80 y siguientes), por urxirme su presentación a el Supremo Consejo de Castilla para su censura, antes que de igual obra lo hiciesse otro Abogado que me se dixo solicitaba su preferente producción. Por manera que ambos motibos me impidieron hazer reflexa [sic] sobre las expressions comprehendidas en dichos números.

Pero practicando yo ahora la más exacta, hallo que aunque en el zitado número 20 la expresión *licitamente* apelaba en mi intelixencia a el conzepto externo, no incurriendo en pena alguna civil el marido que matasse a los adúlteros, hallándolos *in fraganti*, esto parece no decir corespondencia con las últimas palabras de el mismo número (ibi): *no por rencor et cétera*. Las quales se dirixen a el interno, máxime siendo como son referentes a el número 18 de el comentario de la ley 76, a cuyo lugar se remite el



Antonio Gómez, para responder a el argumento que éi mismo se propone a el 12.º de la 80 y siguientes sobre parecer iniqua la ley civil permissiva de semejante homicidio. Bien es verdad que aun esta remisión es tambien equivocada porque el caso de que habla dicho número 18 es de un ofendido a quien precedidas, verdaderas y lexitimas pruebas contra el ofensor ausente, y condenado éste por Sentencia definitiva, se le authorize o comisione por el juez para matarlo. El qual, dize dicho author, quedará seguro en ambos fueros, sino es que lo executara por rencor y venganza, y no como verdadero executor que es de la justicia, porque entonzes peca mortalmente. Y en las zircunstancias en que se habla en dicho número 12 de la ley 80 y siguientes de el *Comentario* y 20 de mi *Compendio*, sólo se trata de el marido que de su propia authoridad mata a los adúlteros hallados *in fraganti*. En cuyo evento, aunque la ley positiva lo permite, tolera o disimula, bien que sin aprovación de el acto, como dixo el señor Covarrubias (*De Matrimonio*, cap. 7, p. 2, § 7, n. 20), peca sin duda mortalmente el tal homicida, tenga o no rencor y venganza, estando lo contrario condenado por el señor Alexandro VII, en la 19.ª.

De que se infiere, que el orixinal y *Compendio* se equivocaron efectivamente en medir un caso por otro. Y que por esto y demás doctísimamente vertido en dichas censuras, debe quitarse dicho número 20 de mi extracto, desde la palabra *advertiéndose*, hasta su conclusión, para evitar los inconvenientes en ellas apuntados. Y en su lugar puede sustituirse (no aviendo reparo), lo siguiente:

*“Advertiéndose que el marido no tiene pena civil si matare a los adúlteros hallándolos in fraganti, como lo haga de ambos, si no es que por resistencia o defensa de alguno de ellos se verifique lo contrario. Bien que si lo execute de propósito, no incurre en la pena ordinaria, sino es en otra menor (n. 51, ley 14, tit. 17, p. 7). Y aunque esta ley, por razón de disimular una cosa contra el precepto divino ne occides, parece injusta, y que no debiera practicarse, como quiera que esta tolerancia no aprueba el acto, y sólo omite la punición por justas causas, que a ello moverian el ánimo de el legislador, bien puede correr su disposición, aunque peca en el fuero interno mortalmente el marido que usare de su disimulo zivil (52, dominus Covarrubias, ubi supra).”*

En el número 21, conseqüente a lo dicho puede ponerse la expresión *zivil* después y a continuación de la de *indemnidad*, para evitar interpretaciones en orden a el fuero interno; quitándose a el mismo tiempo las que dizen: *y defensa del el propio honor indemniza a el marido de el expuesto homicidio*, que son las que parece pueden incitar, según la 1.ª censura a cometer absurdos; y poniéndose solamente en su lugar lo que sigue: “porque el justo dolor le dispensaría mucho de su exceso”. Con lo qual puede continuar dicho número hasta su final; si es que aun en estos términos pueda haber algún peligro, porque entonzes me sujeto como en todo a mexor dictamen.



En el 23 (pues parece que en el 22 no se pone obize si no estoi equivocado) será también arreglado el quitar la expresión *puede matarlo licitamente*; y ponerse en su lugar *y lo matare, no incurre en pena alguna zivil*; pues la ley 12, título 17, Partida 7 assi lo prescribe expressamente.

En el 24 para excusar también interpretaciones relativas a conzepto alguno moral, y dulzificar sus expresiones, podría quitarse todo su contexto y ponerse en estos términos: *lo personalissimo que es el disimulo zivil en el marido que mata a los adúlteros hallándolos in fraganti, no se extiende a otra persona distinta de el hijo, en quien por la identidad de la suya con el padre se verifica el mismo indulto legal, si con comission de éste hiziesse el homicidio (n. 31); o si el mismo marido para executar lo hubiesse llebado amigos o familiares, que temeroso de su verez o debilidad, le auxiliassen para preservarlo de alguna invasión (n. 62); bien que parece no dexaria qualquier Tribunal sin castigo qualesquiera de estos dos casos por la premeditación que en ello se verifica; máxime no debiendo ser extensiva una disposición odiosa a casos de que expresamente no habló.*

Finalmente en el número 25 parece que lo que ai de repugnante es la última oración, que dize: *por quanto el homicidio fue licitamente hecho*. La qual puede quitarse y sustituirse por la siguiente: *por quanto la ley sólo pone interdicción en la herencia inmediata de los mismos reos aprehendidos (n. 64).*

En lo tocante a lo que se censura a el mismo *Commentario* (aunque yo no soi su author), de donde se tomaron en el *Compendio* los números zitados, como quiera que versan quasi los mismos motibos de reparo, razón será se quiten y pongan en otra disposición, qual sea conforme a evitar errores, y dicte el Tribunal.

De todo lo anteexpuesto deberá conzebirse que lexos de querer yo sostener cosa alguna contra el justo dictamen de las censuras, me someto con la mayor humildad y complasencia a que se quite de el *Compendio*, no sólo lo que en ellas ahora se apunta, sino también todo lo demás que directe o indirecte pueda causar alguna ruina espiritual. Porque el verdadero cathólico fiel cristiano (qual por la divina misericordia me jacto serlo) debe aspirar no sólo para sí, mas ta[m]bién a beneficio de el próximo, en poner los medios oportunos para la consecución de el fin para que nos crió el Altissimo, evitando todo riesgo que pueda interrumpirlo. Y pues Vuestras Señorías de toda mi presente respuesta (cuyo thenor sujeto a su corrección) collexirán la inadvertencia que tube quando compendia-ba los dichos *Commentarios* por mi corta edad, poca o ninguna tintura (?) en matherias morales y prisa por medio en este trabajo, según llebo insinuado; y de consiguien[te] mi ningún consentimiento en proposición que pudiesse desdecir en qualquier modo de la más sana doctrina;

Les SUPLICO rendidamente que estimándolo assi y perdonando mis faltas, hijas de entendimiento y no de voluntad, conzeptuándome por el

más adicto a los mejores dictámenes, se sirvan reglar la providencia que sea más conforme a el honor de la religión y a el mio, en términos que no se me pueda hazer cargo si el impresor, ignorante u olvidado de los edictos que resulten arreglando dichos números, reimprimiere mi *Compendio* como oi está, mediante a no correr esto por mi cuenta, y hazer los de este ejercicio lo que quieren subrepticamente.

Granada y junio 30 de 1790<sup>4</sup>.

Pedro Nolasco de Llano.

[Nuevo dictamen de los censores autores de la tercera calificación]

Ylustrisimo Señor:

Hemos leído lo que responde don Pedro Nolasco de Llano a las censuras con que se han notado varias proposiciones de su *Compendio*, sobre los *Comentarios* de Antonio Gómez a las leyes de Toro; y nos parece que el reconocimiento que hace de sus errores y sumisión con que se sujeta a que se borren de su obra, acreditan bastantemente que procede con sinceridad, para no reputarle sospechoso de error voluntario contra la Fée o sana doctrina. Y que las expresiones que substituye para reformar las proposiciones notadas, pueden adoptarse como bastantes para salvar sus errores.

Así lo sentimos sugetando nuestro parecer al más acertado de V. I., que Dios nuestro Señor guarde muchos años para bien de la Iglesia.

Madrid y agosto 13 de 1790<sup>5</sup>.

Dr. don Fulgencio Herrera. Dr. don Luis Vicente Delgado.

---

4. La Inquisición de Granada remite al Tribunal de Corte el escrito de defensa de Llano el día 7 de julio del 90; se recibe el 12, y los inquisidores de Corte ordenan su traslado a los tres curas párrocos de San Pedro, San Justo y San Andrés, pero habida noticia de que el titular de la Iglesia parroquial de San Justo se ha ausentado, se dispone que contesten a la defensa de Llano sólo los otros dos sacerdotes.

5. Seguidamente, el expediente pasó a manos del promotor fiscal del Tribunal de Corte. Informó no el fiscal, sino su secretario, doctor don Pedro Juan Larry (?) y Lassala, el 23 de agosto de 1790, limitándose a conformarse con el parecer de los calificadores, dado diez días antes. Del mismo modo, el 4 de octubre de 1790 los señores Nubla, Zeballos y Prada, del Tribunal de Corte, emiten Auto ratificando el parecer último de los calificadores y del fiscal y remitiendo el expediente «a los señores del Consejo».

Entonces se produjo una nueva dilación antes de llegar a la resolución final. En efecto, aunque el expediente lo recibe el Consejo el 5-X-1790, su primera diligencia posterior a esa fecha es del día 19 de diciembre de 1791. En ella pide el Consejo al Tribunal de Corte un ejemplar de la obra de Llano; contesta el Tribunal diciendo que ellos no tienen ejemplar alguno del «Compendio» en cuestión (20-XII-1791). Nuevo silencio hasta el día 31 de julio de 1792, en el que el Consejo emite su resolución definitiva.

[Resolución definitiva del Consejo de Inquisición]

En el Consejo a 31 de julio de 1792.

S. E. y señores Ximénez, Villena, Poveda, Cantera, Consuegra y Nubla.

Que en primer edicto se prevenga: que por quanto algunos han tropezado en la doctrina que vierte el maestro Antonio Gómez en el número 1.º de su *Comentario* a las leyes 80, 81 y 82 de Toro, creiendo que coincide con la proposición 48 (*Tan clarum videtur fornicationem* etc.), de las condenadas por el señor Innocencio XI; y la de los números 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61 y 62 del mismo *Comentario* la estiman comprendida en la proposición 19 condenada por el señor Alexandro VII (que dice *No peca el marido* etc.). Deseando remover todo peligro a los jóvenes que estudian esta obra, pónganse al margen del número 1.º que se entiende *civilliter*. Y que al de los números siguientes expresados, se ponga la nota de que hablan sólo en quanto a los efectos civiles, quedando a salvo el fuero de la conciencia que lo prohíbe; porque lo contrario debe entenderse comprendido en dicha proposición 19 condenada, sin que por esto se minore el concepto de muy savio y cathólico que siempre ha merecido este author, que escribió antes de condenarse dichas proposiciones.

Que las mismas notas se pongan en el *Compendio* de esta obra, que publicó en latin el Licenciado don Juan Pérez Villamil, año de 1776.

Y el que imprimió el año 1777 el Licenciado don Pedro Nolasco de Llano, respecto a advertirse en él el error material de que Jesuchristo instituyó el matrimonio, y que por hallarse en castellano es maior la ocasión y el peligro de errar especialmente los incautos y sencillos, expúrguese y corrija en la forma siguiente:

En la página 354 que comienza el comentario a dichas tres leyes, quítese todo el número 1.º, poniéndose en su lugar: *Que siempre fué prohibido por Derecho natural y divino todo acceso carnal fuera del matrimonio, el qual fué instituido por Dios nuestro Señor desde el principio del mundo con el fin de la generación y evitar toda fornicación.*

En la página 361, número 20, línea sexta, bórrense las palabras: *Advirtiéndose que el marido puede matar lícitamente a los adúlteros hallándolos in fraganti.* Y pónganse éstas en su lugar: *Advirtiéndose que el marido no puede matar lícitamente a los adúlteros hallándolos in fraganti, aunque no tiene pena civil y lo pueda hacer en el caso de ser executor de la justicia sin pecar, como se refiere en el comentario de Gómez a la ley 76, número 18.*

En el número 21, página 362, que comienza: *La indemnidad del marido...*; dígase: *La indemnidad civil del marido.* Y bórrense aquellas palabras que se hallan en el mismo número: *y defensa del propio honor indemniza al marido del expuesto homicidio*, substituyendo en su lugar éstas: *porque el justo dolor le dispensaría mucho su exceso.*

En el número 23 de la misma página, bórrense al fin de él: *puede ma-*



*tarlo lícitamente; poniendo en su lugar: y lo matare, no incurra en pena civil.*

En la página 362, número 24, bórrense las dos primeras líneas y digase: *Lo personalísimo que es el disimulo civil en el marido que mata a los adúlteros in fraganti, no puede cometerse...* etc.

Y en el número 25 de la misma página bórrese al fin de él: *por quanto el homicidio fue lícitamente hecho*, y póngase en su lugar: *por quanto la ley sólo pone interdicción en la herencia inmediata de los mismos reos aprehendidos.*

[Lleva una sola rúbrica; bajo ella, de la misma mano que escribió el documento, se lee:]

Edicto de 3 de febrero de 1793, cl. 3.<sup>a</sup>, núm. 2.

#### EXPEDIENTE III

(A. H. N., Inquisición, L.<sup>o</sup> 4462, n.<sup>o</sup> 39)

“Expediente de calificación del libro en 8.<sup>o</sup> titulado “Extracto de las Siete Partidas”, su autor don Juan de la Reguera Baldelomar.”

En Granada, a 27 de agosto de 1804, el comisario de la Inquisición, Francisco Javier Villalpando, delata en escrito dirigido al Ilmo. Sr. Inquisidor de Granada determinados pasajes de la citada obra; todos ellos versan sobre materia de Sacramentos y corresponden a leyes de la Primera Partida. A 31 de agosto se da traslado del libro y de la delación a los calificadores granadinos, quienes rápidamente (el día 2 de septiembre) contestan diciendo que en tales frases “hallamos proposiciones sapientes de eregia y, respectivamente, falsas, temerarias, inductivas de error, laxas y opuestas a la sana moral, obscuras y sin la debida precisión theológica”. Razones por las cuales piden la expurgación de la obra. Este mismo es el parecer del fiscal inquisidor de Granada, doctor Vega Celis, quien tras reproducir en su escrito el de los calificadores en sus partes sustanciales pide que “a este fin se remita el expediente a los señores del Consejo, debolbiéndose entretanto el libro a su dueño, mediante a ser sus exemplares mui abundantes en la Corte”.

El mismo día del escrito del fiscal, esto es, el 5 de septiembre de 1804, los inquisidores del Santo Oficio de Granada, licenciados don Mathias Gómez Ybar Navarro y don Ignacio Escobedo y Messia dictan un Auto en el que después de referirse a los antecedentes aquí resumidos estiman que “sin embargo, de ser la obra de las Siete Partidas un Código de legislación del primer aprecio y respeto, no sólo de la nación española, sino de quantos son capaces de conocer el sublime mérito de sus Leyes y fundamentos, y que en este concepto la reformation y expurgación de qualesquiera de sus partes haría una sorpresa desagradable, y que parece

que la supresión propuesta por los calificadores en el *Extracto* de que se trata venia a serlo de los originales de donde se deducen los párrafos calificados; no pudiendo, a pesar de lo expuesto, desentenderse el Santo Oficio de reprobado y prohibir quanto se oponga a las verdades de la Religión y a la pureza de la moral christiana; considerándose al mismo paso que los lugares extractados no tienen una absoluta conformidad con los de origen; y por último a que la providencia que se dictase acerca de la expurgación propuesta no habla directamente con la obra de las Siete Partidas, y a que esta omisión escusa el desagrado público que se teme de su reforma: Procédase a lo propuesto por los Padres calificadores y pedido por el señor fiscal, mereciendo este juicio la aprobación de S. A. y señores del Consejo. A cuio fin se remita este expediente."

En el Consejo se recibe el expediente el 10 de septiembre de 1804, pero la primera providencia dada sobre él está fechada el 4 de abril de 1805. En ella los inquisidores dan orden al portero para que compre un ejemplar de la obra delatada y lo remita, junto con la delación, al Canónigo de San Isidro, P. Marina, para que éste, asesorado por un teólogo, emita su dictamen, "teniendo consideración de que se trata del extracto de un Código de leyes nacionales".

La última diligencia de este expediente dice textualmente: "Nota. Dada la comisión al portero del Consejo para la compra del Extracto delatado, se le ha respondido en la librería donde estuvo antes venal, que ya no se vendía por estar prohibido por el Gobierno \*. En su consecuencia, habiéndolo hecho presente al Consejo (presente Su Excelencia) en 18 de abril de este año, se sirvió S. A. proveer: Visto."

#### EXPEDIENTE IV

(A. H. N., Inquisición, L.º 4482, núm. 23).

##### Cotejo de las Partidas.

El prólogo tiene un título que confiesa en nota no tenerlo el Código de la Biblioteca que dicen servirle de original, siendo muy notable, como se ha dicho, esta elección contra el Decreto de 7 de septiembre de 1555 y sin haber precedido el debido conocimiento del Tribunal de la Nación, y mucho más para afirmar ser las leyes que hizo el rey don Alonso el Sabio, puesto en otro Codice de El Escorial, quando debía haber precedido para una obra de este tamaño el maduro examen y juicio formal que tuvo, como se ha visto, Gregorio López, para fixar la letra propia

---

\* No hay ningún dato ni referencia acerca del cuándo y el porqué de la prohibición gubernamental.

de aquel monarca y ponerla a cubierto de qualquiera impugnación, afirmando ser aquélla su mente; todo lo que falta al presente con bastante nota en punto de crítica.

En esta compilación usa de dos Códices y anota con todos los demás de El Escorial y toledanos, que iremos notando en el presente cotejo. Así, pues, en el principal de la Biblioteca Real vemos que pone el título de los Códices del Escorial, sin decirnos qual es el que tiene el citado de la Biblioteca Real o si no tiene ninguno.

El segundo texto que difiere enteramente de la letra del que contiene el decreto citado dice que tiene el título conforme al Códice Toledano, y enmienda la fecha cronológica conforme al número 2 del Códice de la Biblioteca Real, que dice tiene por título *Partidas del rey don Alonso 1.2. y 3.*, que parece debía haberse conservado más bien que ponerle el que no tiene.

Siguiendo, pues, como se pueda con el texto, vemos que el Prólogo tiene alguna diferencia en la locución a el decretado, como se ha dicho, por texto original, y lo anota con las variantes de los Códices del Escorial y Toledo. Pero no puedo dejar de notar una equivocación que produce un error considerable; en la línea segunda de la página 2 dice: *et adelantarse a Dios rogándole, etc.*, quando ningún Códice pone semejante locución errónea, pues todos con el presente que me sirve, dicen, *adelantar a Dios* y el de Biblioteca Real 2 dice, *et asentar a Dios*; y el segundo texto de letra cursiva dice que es tomado del Códice Biblioteca Real 3, sobre lo que se irán haciendo las reflexiones convenientes.

En dicho Códice Biblioteca Real 3, después del Prólogo, empieza también del mismo modo que el texto tomado por principal, pero variado. La Ley 3.<sup>a</sup> no tiene más que el original que le sirve de la Biblioteca Real, y teniendo el título próximo 21 ley[es], el segundo no llega más que hasta la 15; registradas por encima, sin perjuicio del examen prolixo que debe hacerse, se observa que escogen palabras y proposiciones verdaderamente ajenas del legitimo sentido. Así, pues, en la página 23, línea primera, concluyendo la Ley 15 del título 1.<sup>o</sup>, parte 1.<sup>a</sup>, sobre el obediencia de las leyes, dice que aunque el delincuente sea de otro señorío, no puede excusarse de obedecer a las Leyes, y el exemplar que me sirve de original con más fundamento (como he dicho) que a los compiladores de la nueva obra dice: *pues que el yerro fiziesen onde ellas an poder*. Y en el de que se trata y página citada pone: *pues el yerro o el pleyto o la postura fecieron do ellos an poder*, cuya expresión destruye legitimamente el sentido, y por extensión podía tener en adelante peores inteligencias, pues no es todo uno hablar del sitio donde las leyes mandan o tienen poder, o mandar con *poder* los culpados contra quienes ellas lo tienen; y en lo demás es la ley que más en este título.

En el título 2.<sup>o</sup> de la misma Partida 1.<sup>a</sup> se encuentra que el original.



solo tiene nueve Leyes, y el onicobo \* tiene 11, advirtiendo que la octava es la séptima de Gregorio López, y la décima es la novena, y la undécima no se encuentra.

En el título 3.º el original que me sirve no contiene más que tres leyes, y en el de la Academia pone seis, de forma que la 3.ª, 4.ª y 5.ª no las contiene el otro original, y la 6.ª es igual a la 3.ª de los textos antiguos que han servido hasta ahora.

Entrando con el título 4.º, que es el que ofrece más puntos de observación, vemos que en la introducción, aunque principia y acaba del mismo modo, tiene en su contesto variaciones muy singulares, y algunas que pueden inducir a error.

En texto de Gregorio López y de Berni, entrando a hablar de los Sacramentos, dice que debemos tener dos cosas: *la una la fe católica que debe creer, etc.* Y en la colección de la Academia, página 45, diciendo: *que debe creer*, añade: *según en estas Leyes de suso es dicho.* Y aunque esté en ellas mandada la creencia, siempre es mejor poner la expresión de *cómo manda Nuestra Santa Madre Iglesia*, o dejarlo sin lo añadido por la Academia, pues que las leyes en este caso mandan guardar lo que la Iglesia manda, y poniendo a ésta por delante se cumple con la ley que manda guardarla.

En la ley 1.ª de este título 4.º, hablando de la división del pecado, dividiéndolo en dos males, el uno de culpa y el [otro] de pena, dice el texto de la Academia que de éste nacen quatro males, de los quales el primero pone que es no saver; y quando el texto de Gregorio López y el de Berni, igualmente que el segundo de letra cursiva que parece ser el Toledano, dice que para este mal está establecido el Sacramento del Orden, el texto que la Academia ha escogido por original, hablando de este primer mal en la página 47 difiere en un todo, diciendo que se entiende (el no saver) por muchas cosas, y que *en este lugar non se entiende sino por los secretos de Dios que son en la su Ley et en los sus Mandamientos.* En lo demás no tiene variación en la sustancia y sí en el modo, porque los dos Códices y el de letra cursiva de la Academia ponen los siete Sacramentos correlativos a los siete vicios en que subdividen el pecado original como males nacidos de él, y el texto que ha escogido dicha Academia por original pone en la página 48 siete virtudes, diciendo *que ayuda a estos Sacramentos que acaba de decir tratar en adelante de ellos.*

Desde la ley 2.ª difiere enteramente porque es una preparación para hablar de los siete Sacramentos de que trata separadamente en la ley 3.ª, de forma que en la 1.ª pone siete virtudes que son fe, esperanza, caridad, fortaleza para hacer bien, saviduria, mesura y justicia, en lugar que el texto de letra cursiva, y en los dos de Gregorio López y Berni opone

---

\* Palabra de dudosa lectura; la primera letra está rehecha; desde la tercera (... *icobo*), de lectura segura.

cada Sacramento a cada uno de los siete males que quedan dichos suponer que nacen del pecado original.

La ley 4.<sup>a</sup> que pone la Academia no se halla en ninguno de los Códices mandados y determinados seguir, y empezando estableciendo que ninguno pueda hacer sacramento *si lo non feciere cosa que sea sagrada así como Papa primeramente e los otros Perlados que son so él*; pero al principio de la página 50, después de establecer que hay algunas personas en la Yglesia que aunque sean ordenados de órdenes sagradas non pueden ellos sagrar, prosigue diciendo: *et aun hi ha otra mayor cosa, que legos que non son sagrados nin ordenados, pueden dar algunos Sacramentos quando menester fuere.*

Esta proposición difiere enteramente de la ley 5.<sup>a</sup> de este titulo, que es, con muy corta diferencia, la que pone la Academia de letra cursiva al final de la página 58, y es la 5.<sup>a</sup> de los dos textos que sirven de norte en las obras de Gregorio López y Berni. En éstas dice: *e aún otra virtud ha el Baptismo, ca qualquier que lo recibe de Christiano o judio o moro, etcétera, diciendo el que lo baptiza aquellas palabras que son dichas en la 2.<sup>a</sup> Ley ante desta, vale el Baptismo, e se salva por él.*

En este cotejo se ve la diferencia tan sustancial que pone, pues la primera proposición puede enteramente delatarse por herética, porque una generalidad tan grande sin distinguir de Sacramento save a la doctrina luterana, cuya aplicación no es del caso ahora poner hasta su tiempo, y la otra, aunque tiene la dificultad de que la intención es necesaria y que puede presumirse que ninguno que no profese nuestra doctrina tenga intención de hacer lo que se nos manda por ella, con todo si se presta a decir las palabras y echar el agua por ellas, es factible tenga intención de unirla a el que le pide en caso necesario la acción acompañada de las palabras y sea bastante para el efecto, aun quando si pareciere fuera del caso urgente se formalize *sub conditione* para evitar la cuestión de si vasta sólo en tal caso la intención y creencia en el bautizando ya directamente, teniendo edad o supliendo los Padrinos, pues vemos que San Pablo a los de Efeso les pidió la creencia a ellos para la legitimidad del Bautismo, habiendo sido bautizados por el mayor creyente (San Juan Bautista), que bautizaba en el que había de venir después de él, y lo manifestó viéndolo al bautizarlo por la señal que se le había indicado; pero los de Efeso habían sido bautizados sin creer más que en el mismo Bautista, por cuyo motivo fueron bautizados en el nombre de Jesuchristo, e impuestas sobre ellos las manos recibieron al Espiritu Santo. Con que por extensión y venerando la doctrina y resolución de la Iglesia parece que en algún modo queda salva la proposición o expresión del texto de la Ley comprehendido en el Códice Toledano y en los dos de Gregorio López y Berni, y es enteramente condenable la proposición del texto del Códice de la Biblioteca Real que nos da la Historia por original y se implica en las leyes 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>.



En la 5.<sup>a</sup> dice que se necesitan tres cosas tanto en los que los dan como en los que los reciben: limpiedumbre de voluntad, fe creyendo que aquello es lo mejor y esperanza. Y en la 7.<sup>a</sup> dice que deben ser *dados de aquellos que han poder de los dar*, y hacer tres cosas: 1.<sup>a</sup>, darlos de buena voluntad, *ni por don nin por ruego*, etc.; 2.<sup>a</sup>, firme creencia, *et creyendo aquel da el Sacramento que face en ello servicio et placer a Dios*; tercera, *con grant esperanza que habrá buen galardón*. Y en quanto a lo que tiene dicho en la página 51 sobre el Sacramento de la unción en la ley 6.<sup>a</sup>, donde dice, línea 3.<sup>a</sup>: *ca por ésta solamente se desatan los pecados veniales*, etc., ya está tocado en otra parte, y sólo se advierte que no es ley que está en los Códigos de Gregorio López ni Eerni, pues éstos, como he dicho, juntan los siete Sacramentos en contra de los otros tantos males que dicen resultaron del pecado original. Y de aquí sale otra cuestión qual es la addición de las quatro virtudes a las tres teologales, sin omitir que en la 3.<sup>a</sup> sólo habla del amor a Dios, sin extenderse al del próximo, como puede verse en la página 48.

En la ley 9.<sup>a</sup>, página 52, hablando del Bautismo, dice bien que es de tres maneras; pero, siendo irreiterable, incurre en un error añadiendo que Jesuchristo pasó por los tres bautismos, el de agua, por San Juan; el de sangre, por su Pasión, y el del Espiritu Santo, por ser engendrado de éste, pues los mártires en tal caso se dirían rebautizados, y el bautismo *flamminis* es el deseo que el Altísimo infunde en los adultos que llegan a conocer y creer a Dios en sus Misterios, de forma que es menester este deseo y no poder alcanzar el agua o el martirio, y morir en este estado para recibir al Espiritu Santo, en cuyo caso más bien éste recibe el alma. Pero como lo pone la presente ley, se diría que Jesuchristo fue bautizado al engendrarse, y no vendría bien lo que dixo a Nicodemus: *nisi quis renatus fuerit ex aqua et Spiritu Santo*, dándose a entender en estas palabras que debe preceder el Bautismo a la recepción del Espiritu Santo, y que el christiano no reitera el bautismo por el Martirio, pues lo recibe en fuerza de estar confirmado en la fe y en el Espiritu Santo, ni menos el que estando en la hora de la muerte con deseo de recibir el bautismo debe decirse que está bautizado si de qualquier suerte que sea puede alcanzar el agua, saliendo del peligro de perder la vida en que se halle, etc.

En esta ley vemos que se implica el que la extendió, porque diciendo al principio de ella en la página 52 que el Bautismo es *en tres maneras*, dice a continuación que son tres y que *el Nuestro Señor Jesuchristo pasó por ellos et los honró por su cuerpo*, cuya expresión es contraria a la doctrina de San Pablo (Ephes, C.4), que dice: *unus Dominus, una fides, unum. baptismo*. Y se implica en lo que dice al final de la misma ley (página 53): *que non debe nin [sic] ninguno ser bautizado más de una vez*. Y en quanto a lo que dice del Espiritu Santo, no es lo mismo quando vino al grande Misterio de la Encarnación que quando vino a confirmar



y enseñar a los Apóstoles, aunque es lo mismo, y más bien, pero no adecuadamente. Podía haber dicho que vino sobre Jesuchristo quando se presentó a San Juan para ser bautizado; porque la primera venida fue a obrar el grandísimo Misterio de la Encarnación, dándonos un segundo Adán que, siendo hombre, fuese sobre todos los hombres todo lo que no fuese Dios, para redimir al género humano y purificarlo de la ofensa cometida por el primer hombre contra Dios, como dice San Agustín. La segunda venida en el bautismo fue de testigo provatorio, confirmando la profecía del mismo San Juan Bautista no a Jesuchristo, a quien bautizaba porque se le había dicho que aquel sobre quien viese viajar una paloma, en el nombre de aquél era en quien bautizaba; y la tercera vez vino a confirmar a los Apóstoles en la fe que habían recibido de su Maestro y abriles el sentido para conocer las Escrituras antes de salir por el mundo a predicar el Evangelio.

Esto supuesto, aunque en la misma ley 9.<sup>a</sup> y página citada 52 dice, hablando de Jesuchristo, *et por esta razón pasó por tres maneras de bautismo et provolas ante que a otri las diese et las mandare guardar*, no salva el error notado arriba, antes bien comete otro, porque en el bautismo enseñó Jesuchristo la reengendración por el agua, y en la misión del Espíritu Santo la que hablamos de tener por éste para poder entrar en el Reino de Dios, (*nisi quis renatus*, etc.); y en su Pasión enseñó con obras hasta qué punto habíamos de imitarlo para seguirle, tomando cada uno su Cruz como oportunamente nos lo dice San Agustín; que era poco exortar con la palabra a los mártires si no la hubiera confirmado con el exemplo; de que se sigue que esta ley novena, además de no hallarse en los Códigos mandados tener por originales, induce a errores; sin contar que era precisa la muerte y la efusión de sangre para establecer el Nuevo Testamento, pues en doctrina de San Pablo a los hebreos *ningún testamento se confirma sin morir, y no vale mientras vive el textador, por lo que ni aun el primero fue establecido sin sangre, y añade que sin efusión de ésta no se efectúa o verifica el perdón*; y todo esto lo involucra la ley como queda visto.

La ley 10, página 53, también contiene errores que o deben condenarse o aclararse. En ella dice, hablando del agua del bautismo, que así como este elemento lava las cosas que no son limpias, *quando es sagrada por las palabras de Dios que dicen sobre ella*, lo es o la hace con más razón, porque, añade: *estonces descende el Espíritu Santo et consígrala, et tuelle della la suceidat que ganó por el pecado de Adán*. Cuya expresión induce a error o, lo más, es obscura en sumo grado. Primeramente da [a] entender que por solo el bautismo se recibe a el Espíritu Santo, y siendo el primer Sacramento necesaria preparación para el segundo, inclina a hacerlo inútil o que se recibe dos veces a el Espíritu Santo; cuyo error es contrario a lo que practicó San Pablo en Efeso (cap. 19) que no estando bautizados legítimamente según la doctrina dada por Jesuchristo,

sino en el bautismo de penitencia que predicaba San Juan Bautista, los hizo bautizar según la fórmula establecida por Jesuchristo; y vemos que después les impuso las manos y recibieron a el Espiritu Santo; y contra esta práctica y doctrina se produce esta ley en el presente punto, pues aunque después ponga la doctrina correspondiente al Sacramento de la Confirmación, sólo logrará implicarse el que escribió este texto y los que lo eligieron por original, pero no aclararán la doctrina ni desvanecerán el error sin desdecirse o explicarlo, si no se condena; como también el error que induce de que el agua natural fue contaminada por el pecado original.

Otro error tiene esta ley y no de menos nota, y es la segunda que pone en esto de la consagración del agua con lo que dice: *fue en el comienzo del Mundo, do diz que era todo vuelto et dañado et el Espiritu Santo de Dios andaba sobre las aguas*. En esto contradice el texto de la Sagrada Escritura, porque el decirse que había tinieblas sobre la faz del abismo al momento de criar Dios el cielo y la tierra, no es antecedente para decir *que era todo dañado*, y menos es decir que el *Espiritu Santo* (que se supone de Dios) andaba sobre las aguas, si no generalmente el Espiritu de Dios, con lo que se significan en esta y otras operaciones las de poder, sabiduría y amor atribuidas a Dios con referencia a cada una de las personas cuya explicación no es menester adelantar, y es bastante para probar el error propuesto en esta proposición notada en la referida ley 10.ª.

La ley 11.ª, página 54, está concebida en unos términos muy obscuros y nada propios para la instrucción, de forma que es más digna de borrarse que de censurarse. La ley 12 no tiene nada; pero la 13, en el final de la página 55 y principio de la 56, ofrece también confusión, porque hablando del Sacramento del Bautismo en caso de necesidad, diciendo el modo con que puede hacerse, no está bien manifiesta la doctrina tocante a quando ocurre a *algunt ome de otra Ley ha grant cobdicia [sic] de ser cristiano et non falla clérigo*; y tampoco trata de la intención. En la 14 dice que las palabras que se pronuncian en el bautismo son *las que más fuerza han*, siendo las principales y las que en todo caso producen el efecto.

Las leyes siguientes tratan de fórmulas que no constan en los otros Códigos y están como deben en los eclesiásticos. Pero en la ley 17, página 64, pone fórmula distinta de la que está recibida en el dia para quando se dice el *Efeta*, produciendo fórmulas antiguas y distintas de las que contienen los Códigos mandados tener por originales. Siendo de notar que en el de la ley 22, final, página 73, dice expresamente no puede ser Padrino ninguno de otra ley *porque sería cosa mui sin razón de ser ninguno testigo de cosa que no creye[re] que es verdadera*; lo qual contradice a lo que tiene dicho al principio de la página 51, al final de la ley 4.ª, pues si no puede ser testigo de la creencia christiana el que no cre en Christo, menos podrá ser Ministro que abriera la puerta a otro para entrar en el christianismo; y esto solo se profiere para demostrar el desorden que nos



han querido introducir para involucrar los verdaderos códigos, en pena del zelo con que se ha procurado purgar de vicios los libros elementales de la instrucción pública; y por eso se notan aquí estos defectos para lo que haya lugar.

La ley 19 conviene en substancia con la 7.<sup>a</sup> del Código que tenemos por original. La ley 24 conviene en la substancia con la 9.<sup>a</sup> en los códigos tenidos por originales. La 27 está con la 10.<sup>a</sup> en los códigos nuestros en la sustancia, y no tiene cosa particular hasta la revisión general.

En quanto al Sacramento de la Confirmación, diferencian las leyes, y se necesita también un examen maduro, pues la ley 28, página 77, no viene con la 11 de los Códigos citados de Gregorio López y Berni; y ya está notada por otros la expresión de la página 81, línea 17, correspondiente a la ley 31 en adelante, que dice: *ca asi como este olio salle de la crianza del arbol e de la labor que en él facen, asi el Espiritu Santo sallió de la honrra del Padre et de la humanitat del Fijo*; cuya expresión parece imposible haya sido proferida por el Rey don Alonso el Savio, sin contar en el paralelo que sigue de la incorruptibilidad del bálsamo por la incorruptibilidad de la humanitat de Jesuchristo.

También es muy erróneo y no del caso tocar por mayor aquí lo que profiere hablando del olio sacro. Entiéndase que hablando de este crisma debe suponerse que lo aplica al segundo Sacramento de la confirmación para al [sic] Espiritu Santo y que esto es después de purificada el alma del pecado original, y demás cometidos antes del Bautismo. Pues en este caso desde la línea 27 en adelante, hablando del bálsamo en la parte física, que dice: *sana las llagas nuevas et tuelle las señales de las viejas*; aplicando por semejanza a el sagrado crisma, dice: *que sana los corazones de los omes, haciendoles merced quando se duelen de sus pecados, añadiendo, et non tan solamente los que se confiesan mas aun tuelle et desata los antiguos asi como el de Adan et otros que facen los omes ante que sean bautizados, que no se acuerdan*. Porque supone en la Confirmación igual virtud que en el Bautismo; y o es una proposición errónea, o, a lo más, es de las más confusas que pueden darse. Y también con la comparación que hace del aceite con Jesuchristo tan desproporcionadamente, puede afirmarse no ser tampoco dictada por el dicho Rey don Alonso el Savio.

De esta suerte sigue hablando del crisma hasta la ley 50 y en la 51 empieza a tratar de la confirmación, y aunque está separadamente notado el error del final de la línea 4.<sup>a</sup> y principio de la 5.<sup>a</sup> de esta ley, página 110, en que dice que despues del Bautismo quiere hablar de este segundo Sacramento (de la Confirmación) que se *facen despues et se tiene con él ne uno*, es menester estender en algún modo lo notado. Porque no se trata sólo de que se tenga como un mismo Sacramento contra la doctrina sagrada, sino en que continúa manteniendo el error notado arriba de la página 81 de la ley 31, que hablando del crisma dice que borra los pecados antiguos, *asi como el de Adan et otros que facen los omes ante que*



sean bautizados. De forma que tenemos dos errores dignos de notar, quales son: 1.º dar al crisma la virtud que Jesuchristo dio a el agua; y 2.º hacer uno el segundo Sacramento de la Confirmación con el primero del Bautismo, quando la carencia de éste no impide gozar de la bienaventuranza a los que legitimamente han recibido el primero de cualquier suerte que sea dado, guardando las fórmulas establecidas por Jesuchristo y seguidas por su Yglesia.

Aunque Jesuchristo dixo a Nicodemus la noche que lo buscó éste: *nisi quis renatus fuerit ex aqua et Spiritu Santo no potest introire in Regnum Dei*, la conjunción *et* no es precisa de unidad, sino de necesidad para el complemento de todos los Sacramentos; y por el derecho se pide en casos determinados donde es necesario la firmeza de la fe para enseñarla o defenderla determinadamente. Vemos por eso que San Pablo a los discípulos de Efeso primeramente los bautiza *in nomine Domini Jesu*, y después los confirmó imponiéndoles las manos para que recibiesen a el Espíritu Santo, con que empezaron a hablar varias lenguas despues de haverlo recibido para proseguir enseñando; y contra esta doctrina y toda la extensión que puede dársele es la expresión notada en la presente ley 51: y también se duda pueda ser notada por el Rey don Alonso el Savio. Aquí se vale de un sofisma en la ley siguiente 52, página 110 citada, en que dice que *el ome es firme en la fe por el bautismo*, y quiere que en este segundo *porque se afirma otra vez lo que es afirmado*, se le llame confirmación. Lo que aunque en la sustancia o en sí no tiene mucha variedad, con todo por el sentido en que puede tomarse, y porque de recibir la fe aunque se supone afirmarse en ella no se entiende *en uno*, como supone la ley 51 anterior, es digno de notarse, porque los errores savemos que empiezan por poco, y consentida la doctrina pasan luego a mucho.

Por otro lado si este Sacramento *fuera en uno* con el bautismo, resultaria gran daño porque pudiéndose dar éste por qualquiera para dar la fe en caso necesario, quedaba sin efecto faltando el otro, y aun recibido el bautismo con toda la solemnidad decretada, nada serviría si no se completase con el segundo. Y así teniéndose *en uno* como Sacramento, no es *uno* en quanto a la necesidad; y en caso urgente la misma gracia de la fe recibida en el bautismo presta auxilios aunque falte el segundo Sacramento, porque es un error negar que Dios falte en las ocasiones poniendo la criatura quanto esté de su parte. Y con esta corta narrativa se demuestra quantos errores puede producir una sola expresión de esta naturaleza.

Las demás leyes hasta la 57 hablan de las formas de conferir este Sacramento que también necesitan revisarse, porque no están conformes con las leyes de Gregorio López y Berni mandadas tener por auténticas.

La ley 58, página 115, es tocante a la materia con la 17 de los citados códigos de Gregorio López y Berni; pero difieren en la relación. En las demás difieren bastante; pero es notable en la página 120, hablando la ley 62 de la tercera manera de pecados, pone en exemplo tercero con Lá-

zaro, suponiendo que *olia mal*; y no consta de la Escritura sino que mandando Jesu-Christo levantar la piedra, se opuso Marta pensando que teniendo quatro dias de muerto oleria mal, y no siendo asi por relación del mismo Jesuchristo que dijo a sus Apóstoles que Lázaro su amigo dormía; y esta expresión nunca puede ser semejanza del pecado mortal, ni puede el Rey don Alonso el Savio haberlo pensado, pues qualquiera entenderá el pasage por una manifestación del poder del Señor; y asi significó a los Apóstoles que se alegraba de lo ocurrido por ellos, y a Marta le exigió la fe para obrar la resurrección.

También la ley 64, página 121, se mete a explicar confusa e impropia-mente el reato del pecado mortal, porque no *es tornarse en venial* ni menos teniendo un dolor grande; *et poniendo en su corazon que nunca tornará a ellos* queda tanto reato. Y siempre son proposiciones muy oscuras, ajenas de un Código legal, pues aunque el Rey don Alonso el Savio empezase el suyo por las leyes eclesiásticas, no son las del Código elegido por principal en la Academia de esta naturaleza, y por tanto se hacen dignas de notar. Lo mismo sucede con la ley 65 y demás siguientes que seria difuso tocar por menor, y más quando deben registrarse menudamente por profesores destinados a el efecto; pero es de notar entretanto las expresiones que pone en la página 127 tocante a la crucifixión de nuestro Señor Jesuchristo por ser una paridad impropia y muy mal aplicada.

La ley 69, página 129, tampoco está clara en su final y se necesita mucho cuidado para extender [sic] estas doctrinas y otras semejantes que se rozan en materias de predestinación y libre alvedrío. También la ley 74, página 135, está en contradicción con la 4.<sup>a</sup> porque, *si legos que no son sagrados pueden dar algunos Sacramentos*, habiendo (aunque heréticamente) quien supone comprenderse éste de la penitencia entre los que pueden administrarse por legos, es una implicación que tampoco cabe en las leyes originales, y sólo se nota por curiosidad y hacer ver su ninguna coherencia. Pero en la misma ley, página 133, se desordena enseñando que ninguno puede confesarse que no sea con parroquiano suyo o que tenga licencia de éste; cuya práctica no corre en el día y parece error darlas para la instrucción, pues aunque puede pensarse que habla del cumplimiento de Yglesia, bien savido es que sólo obliga la Comunión, y la confesión puede hacerla con quien quisiere.

La ley 75, página 136, viene con la 4.<sup>a</sup> y con lo que dice en la página 50; pues aquí pone abiertamente que en ocasión de peligro puede confesarse uno con legos a falta de clérigos de Misa, quando es contra todo lo establecido por la Yglesia; y es muy perjudicial se haya tratado de propagar unas doctrinas tan erradas que en su mismo contexto manifiesta ser imposible hayan sido dictadas por el Rey don Alonso el Savio y que hayan corrido tanto tiempo sin haberse notado estos errores de tanta consideración quando se save que a falta de confesor el dolor sobrenatural



según los alcances del individuo es bastante a purificar el pecado en la extrema necesidad de que habla la ley. Del mismo modo tienen que notar las leyes 78 y 79 que por no dilatar no se expresan menudamente, pues estos apuntes no pueden servir más que de un ligero ensayo.

La ley 80, página 143, es en la materia con la 31 de la página 146, que coincide con el exemplar de Berni. Lo mismo es la 85 y 86, página 150, y 152 que tratan de la misma materia que la 35 de la página 155; pero la 94 de la página 162 no concuerda con la práctica de la Iglesia en el día, pues siendo constante que la pena eterna merecida por el pecado mortal se conmuta en temporal o se perdona enteramente, según la disposición del que se confiesa, dice esta ley desde el final de la 7.<sup>a</sup> línea de ella en adelante, *que quantos dias les otorgan de perdón a tantos les alivia et les mengua nuestro Señor Jesuchristo de aquella penitencia que habian recevida* etc. En esto puede haber muchas equivocaciones y aun errores principalmente para la juventud jurista, que debe embeberse en los primeros, más saludables y sencillos métodos de Religión para fundamentar debidamente el estudio del derecho; pero embeber a los jóvenes en las prácticas antiguas y dárselas en una colección que casi es dudoso, por no decir imposible, sean dictadas por el Rey don Alonso el Savio es digno de consideración y nota.

La ley 97 que empieza [en la] página 164, tiene en su final, línea 22, final y principio de la 23, de la página 165, un error que no puede disimularse, y creo se halle ya notado, y además no me parece que puede tener interpretación; porque hablando de quatro mercedes que hace Dios por quatro bienes que hacen los vivientes, que son la Misa, la oración, las limosnas y los ayunos, dice que la segunda merced que hace Dios *es que alivia a los que yacen en el Ynfierno las penas que han*; cuya expresión fuera de las censuras que le den no tiene por donde salvarse de quantas censuras quieren darle, empezando por antievangélica, pues está en contradicción con la parábola del rico abariento y Lázaro.

La 98, página 166 ofrece una confusión muy considerable, porque lo que se obra con los cadáveres sin que estando animados hayan tenido parte en ello, no puede de ninguna manera tornarse en daño. En este estado pueden, hallándose en el Purgatorio, merecer por los sufragios de los vivos; pero no costa en ninguna parte que lo que los vivos hacen voluntariamente les irroque perjuicio ni les agrave penas. En este sentido puede tenerse por errónea la proposición. Del mismo, por lo que hace a las sepulturas altas, o las ponen muy pintadas, haciéndose ésto en público, así como hay un Decreto expreso de la Congregación de Ritos para que no se diga Misa en altar debajo del cual haya cadáveres, no siendo de santos; igualmente se hubiera mandado que no se hiciesen las sepulturas altas ni pintadas, bien que esto sucede en muy pocas partes, y como el nombre de Altar no se entiende por el adorno de las paredes, sino por la mesa con el ara donde se celebra el sacrificio, de aquí es que el Decreto



de la Congregación de Ritos, que es la principal ley, sólo habla de los cadáveres enterrados debajo de los altares, no de los que están inmediatos, ni menos en los adornos que suelen ponerse en las paredes de algunas Yglesias, en cuyo centro o en urnas están los cadáveres, y sólo podía decirse ser la prohibición por derecho civil, si el texto que se impugna fuera auténticamente propio del mismo don Alonso el Savio.

Lo notado de la ley que parece la 40, página 166, es del segundo texto que pone de letra bastardilla, y en la numeración viene con la de Gregorio López y Berni; pero muchas discordan, porque el texto dice *galandón* y aquí dice *gracia*, siendo peor la nota de la Biblioteca Real, como puede verse.

La ley 103, página 173, tiene que notar primeramente que en el cuerpo de Jesuchristo con la sangre y agua que salió de su costado, dice que *es acabada complidamente porque en ella se cumple la Santa Trinidad*; y es un error enteramente imposible lo huviese dicho el Rey don Alonso el Savio, y vasta notar lo para que los facultativos lo pongan en el grado que merece, pues por ningún lado puede sin error darse semejanza de la unidad de esencia que se necesita para el efecto de semejanza y mucho más *acabada y complidamente*. Lo demás que sigue asemejando el Sacramento a la Encarnación, el de que trata la Eucaristía, no solamente lo contemplo fuera del caso para la instrucción de un legista principiante, sino que me parece digno de la mayor atención de Theólogos consumados, principalmente en donde dice en la página 174, desde la mitad de la línea 8.<sup>a</sup>, hablando de las tres personas, *que cada una por sí es un Dios*, pues demuestra distinción en la deidad, aunque añade que es por *ayuntamiento*; pero de ser *Dios* cada persona a ser *un Dios* hay una inducción a error que no es menester explayar porque pende de otras plumas y solo hago notar los puntos que he notado.

En la página 175 de la misma ley, línea 4.<sup>a</sup>, hablando de tres cosas que se necesitan para perfeccionar una obra que son *poder et saver et querer*, dice otra especie que también me parece puede inducir a error. Dice pues: *et esta es la Trenidad complida, ca el poder es el Padre, et el saver es el Hijo, et el querer es el Espiritu Santo*; quando con otra explicación no habría dificultad, porque son atribuciones que suponemos y nos tiene la Yglesia bien explicadas al alcance de todos; pues aunque más adelante dice que *todo el fecho es uno, porque son todos ayuntados en ser una misma cosa*, aun esto mismo ofrece equivocaciones, y son proposiciones inductoras a error a causa de que *ser todos ayuntados en ser una misma cosa* no es lo mismo (tómese como se tomare) que decir que las tres cosas provienen de uno (uno en esencia y trino en persona).

Lo mismo sucede con lo que sigue desde el final de la línea 7.<sup>a</sup> en adelante; hablando de las operaciones en Dios, quiere distinguir la Maestria en el Padre, la Figura en el Hijo, y *el complimiento et el apostura que la faz ferosa y acabada en el Espiritu Santo*; siendo menester para esto

desembolver la más recóndita Theologia en la parte que trata de las operaciones *ad intra* y *ad extra* y que se instruyesen los principiantes en unas materias extrañas con esta extensión de la a que van a dedicarse, no estando libres de culpa los editores en haber dado solo por su autoridad preferencia a un Código que trata con sobrada extensión la materia para instruir a la juventud en todas las obligaciones de christiano, antes de hacerlo depositario de las leyes para que las sepa manejar en justicia y en razón. Lo demás que contiene la misma ley hasta acabar creo que necesita también registrarse porque ofrece bastante a los calificadores toda esta ley, no sólo en aclaramiento de expresiones, sino en censuras que no me pertenecen.

Tratando del Prólogo, sin perjuicio de lo que se note por los calificadores, es de advertir en la página 4.<sup>a</sup> la dificultad que propone de dar en general ninguno [sic] *buenas leyes*. En la 5.<sup>a</sup> se inclina a la decantada ley natural; subiendo después con las consultas de los savios en la República Romana, empieza a decir hablando de este derecho: *erizaronle en alguna con las solemnes y precisas fórmulas de que obligaron a los ciudadanos a valerse en algunos negocios*. Y prescindiendo hablar de lo justo o injusto, da ya alguna idea poco favorable del respeto que deve tenerse a la Legislación. En este concepto vemos en la página 7.<sup>a</sup> con qué cuidado, hablando la parte criminal criticando algunas expresiones del Legislador, que no sabemos si serán suyas o no; de este modo sigue hasta la página 9; y es menester mirar con cuidado la censura que pone en dicha página 9, titulando al Rey *demasiado adicto a las disposiciones del derecho común y canónico*, dice sin razón, que *no anduvo acertado en la clasificación de los crímenes*, y que *éste prodigó extrañamente la pena capital* etc., vituperando la *confiscación de bienes*.

En la página 10.<sup>a</sup> le critica lo detenido que estuvo *en la parte ceremonial de la administración de los Sacramentos*, y luego añade: *cierto que no era necesario tanto*, y sigue hablando voluntariamente acerca de la largueza que tuvo con la Yglesia, *diciendo que dió demasiado ensanche a la autoridad de la Yglesia con menoscabo de la suya*; siendo necesario mirarse estas dos páginas 10 y 11 con bastante cuidado, porque respecto de los antecedentes que teníamos y lo que hemos experimentado en la era próxima pasada, puede ser anuncios de ellos el modo que tiene de producirse.

En la página 26 ofrece un pirronismo para que no se pueda fijar la época de la promulgación de este Código, y sabiendo sólo que después de concluido trató el Rey de juntar el célebre Consejo de Cortes, y que no le salió como pensaba, pues que tuvo bastantes desazones por los partidos, no tenemos ciencia fija de que se tratase a propósito de la publicación primera de esta obra; pero no es del caso apurar la materia.

Lo que si es digno de notar es que haciendo relación del comentario de las Partidas hecho por Gregorio López en la página 31, teniendo las primeras ediciones la sanción real, constanding aún en la colección que hizo

Berni del texto sólo la sanción del mismo Consejo para la declaración real, mandando tener aquel texto por original, pida la Academia razón al mismo Gregorio López *de los Códices manuscritos de que se valió* etc.; pues esto no es argüir a Gregorio López ni a Berni, sino a todo un Consejo Real y a los mismos reyes, que después de un maduro examen, determinaron aquel texto por original, y sin este debido y maduro examen de gente ilustrada en quien debe reposar la confianza de la Nación, se presenta reviviendo sesenta y un Códices, y eligiendo sin autoridad por original el más discordante, que seguramente puede pensarse ser retazos voluntarios. Lo que necesariamente deberá mirarse con cuidado y con bastante atención desde la página 28 hasta el final, para que pueda cortarse el veneno que se introducirá con la enseñanza de un texto, que además de la improbabilidad notada de que sea dictado por el Rey don Alonso el Savio, es productivo de los errores notados y demás que puedan calificarse”.



## II

### DOS ORDENAMIENTOS DE ENRIQUE II PARA LOS CABALLEROS DE CUANTIA DE ANDALUCIA Y MURCIA

En las Cortes de Alcalá de 1348 se aprobó un ordenamiento relativo a los caballeros de cuantía, para los que integraban la caballería popular o de alarde. Por vez primera se superaban las variadas disposiciones locales de fueros y privilegios y se legislaba con carácter general para todos los territorios castellanos en frontera con reinos vecinos.

Los reyes fomentaron el aumento de la caballería popular por la natural necesidad de asegurar sus territorios. El simple hecho de adquirir caballo y armas era suficiente para que el peón, el pechero, pasara a convertirse en caballero y a disfrutar de los privilegios y exenciones de su clase. Su consecuencia inmediata sería un aumento considerable de la caballería popular, especialmente en el siglo XIII. Esta atracción hacia la caballería estuvo motivada sobre todo por la apetencia de tierras y, en menor grado, por las ventajas que proporcionaban las exenciones y franquicias que tenían los caballeros.

Pero cuando acaba el siglo XIII finalizan también los extensos repartimientos andaluces y murcianos y, al afianzarse el reino granadino, se estabiliza la frontera: hechos que hacen disminuir considerablemente las atrayentes perspectivas que hasta entonces había ofrecido la caballería popular. Y pronto, muy pronto, no sólo no se aspira a ingresar en ella, sino que se buscan medios para evitar el cumplimiento de sus primordiales obligaciones. Este cambio se debe a que la caballería, de una favorable situación social y económica, pasa a ser una creciente carga. Su condición social acaba por perjudicarles, porque se diferencian cada vez más de la privilegiada posición de los hidalgos y no encuentran compensación proporcional a la obligatoriedad que suponía mantener caballos y armas útiles y de exclusiva dedicación para la guerra.

Sube el valor del caballo pese a las medidas adoptadas por la realeza, quien de por sí tendría también que ir aumentando sus exigencias en cuanto a la calidad y valor de los caballos que debían efectuar los preceptivos alardes. En 1252 se fijaba el valor del caballo en 200 maravedís; subió a 600 en 1348; a 3.000 en 1371, si

bien el propio Enrique II lo redujo a 700 en 1375, y después a 600; cuando comienza el siglo xv el valor del caballo había subido ya a 1.200 maravedís <sup>1</sup>.

Aumentaron también las disposiciones que definían las armas que obligatoriamente debía tener el caballero <sup>2</sup> y las exigencias en la calidad del caballo <sup>3</sup>. Con todo ello la carga económica crece cada vez más, por lo que los caballeros comienzan a buscar formas muy diversas para eludir el cumplimiento del fin esencial de la caballería: mantener caballo apropiado para la guerra. Pero al mismo tiempo la realeza estaba atenta y legisló en consecuencia para evitar deserciones.

Un claro ejemplo es lo ocurrido en Murcia en 1333. Conforme a sus privilegios era el concejo quien fijaba la cuantía mínima por la que debían sus vecinos mantener caballos y armas. Pero entonces intervino el adelantado, representante del poder real y a quien incumbía por principio la seguridad militar del reino. Una carta de Alfonso XI, en Sevilla, 10 de septiembre de 1333, nos aclara lo sucedido. Notificaba al concejo de Murcia que Alfonso Fernández Saavedra, su adelantado mayor "nos enbió mostrar por Fernand García, su criado, en como auedes priuilegio de los que an de tener cauallo e armas, que pongades de qué quantía los tengan, e vos que los posiestes de XV mill marauedís, e segunt esta quantía que non puede aver en Murçia de LXXX omes a cauallo arriba, e esto que non es nuestro seruiçio. E nos sobresto touimos por bien que qualquier vezino e morador de y de la villa e término, que ouiere quantía de XII mill marauedís, que tenga cauallo e armas para nuestro seruiçio" <sup>4</sup>.

Eran los años en que Alfonso XI mantenía guerra contra los musulmanes, y el número tan corto de los caballeros que formaban la hueste murciana suponía la inseguridad militar del reino de Mur-

1. Valor mínimo del caballo que en 1532 había alcanzado a 6.000 maravedís. (Emilio MENESES GARCÍA, *Documentos sobre la caballería de alarde madrileña*, Madrid, 1961, en *Hispania*, LXXXIII, pág. 327.)

2. "Las exigencias vagas con respecto al caballo del guerrero no aparecen hasta mediados del siglo xii; la fijación en maravedís del precio del caballo es propio de los fueros y disposiciones del siglo xiii en adelante; y aquellos fueros en que se les exige además cierto número y calidad de armas y otros requisitos son típicos del siglo xv, aunque haya alguno anterior" (Carmela PESCADOR, *La caballería popular en León y Castilla*, Buenos Aires, 1963, *Cuadernos de la Historia de España*, XXXV-XXXVI, pág. 66. Espléndido estudio, si bien no se extiende a las vicisitudes y desarrollo de la caballería castellana en los siglos xiv y xv.)

3. No se admite en los alardes el caballo de "albarda", el utilizado en el trabajo. Concretamente, Enrique II, dice que los caballos "que sean de siella e non de los del campo".

4. Archivo Municipal de Murcia, Cartulario real 1352-82, Eras, folio 107 v.

cia, fronterizo con el de Granada. Por esta causa y ante la denuncia del adelantado, Alfonso XI no respetó el privilegio murciano e impuso la obligatoriedad de mantener caballos y armas a los que tuvieran hacienda con valor superior a doce mil maravedís. No es una variación de cuantía muy grande el bajar de quince a doce mil la cantidad por la que nacía la obligación, pero sí representa esta disposición un paso importante, pues se establece por la realeza una regulación económica que hasta entonces había sido libre arbitrio concejil. Es desde este momento para Murcia, aunque su generalización no tiene lugar hasta 1348, cuando en verdad el caballero ciudadano, villano, popular o *cé alarde*, pasa a denominarse más propiamente de cuantía, esto es, cuando el monarca fija una cifra en bienes, que obliga a quienes la tienen a mantener caballo y armas.

Esta intervención real se extendió a todos los reinos castellanos en las Cortes de Alcalá de 1348, estableciéndose diferencias conforme a su situación fronteriza y al coste de vida en cada territorio. En líneas generales podemos apreciar que se habían estudiado detenidamente las características esenciales de cada territorio, y por ello se legisla con acierto y ecuanimidad. Los reinos fronterizos con Granada, o sea, los de Andalucía y Murcia, son los más afectados, pero también su frontera era la que exigía mayor vigilancia y por tanto caballería suficiente para la seguridad de sus tierras. Este es el motivo de que la exigencia se extienda, conforme al valor de los bienes de sus vecinos, de uno a tres caballos, en tanto que en los restantes territorios fronterizos castellanos, cualquiera que fuera el capital, no se pide nada más que uno.

Pero también en estos reinos fronterizos con Granada se establecen diferencias, que sin duda responden al distinto nivel de vida de cada circunscripción episcopal en que se singularizan las delimitaciones. Es el reino de Murcia el más beneficiado de todos ellos, quizá por el mayor valor de las cosas y porque su frontera con Granada era la que ofrecía menos peligro. Para Murcia se fijaba un caballo al que tuviera ocho mil maravedís de cuantía; dos al que superara los veinte mil, y tres al que excediera de sesenta mil. Para el arzobispado de Sevilla la proporción era de cinco mil, diez mil y cincuenta mil maravedís respectivamente, y en los obispados de Córdoba y Jaén, los más recargados, pero también de frontera más activa se tasaba a su vez en 4.000, 10.000 y 40.000 maravedís. En el resto de las regiones castellanas tan sólo se exigía un caballo, cualquiera que fuere el patrimonio; y las más favorecidas eran Soria y Agreda, en frontera con Aragón, donde hasta los diez y seis mil maravedís no se obligaba a mantener caballo y armas.

Esta regulación proporcionaría el aumento y sostenimiento de una caballería popular, cada vez más necesaria para la seguridad de



las fronteras. Se sumaban a ella los caballeros hidalgos; los alardes fueron más frecuentes, pues, al efectuarse cada cuatro meses, el control era más efectivo; se acortaron los plazos para que los afectados por estas disposiciones estuvieran dispuestos a cumplir con su obligación, cuando por muerte, venta o baja calidad de los caballos, no hubieran efectuado el correspondiente alarde. Todas estas medidas indican una organización cada vez más perfecta con el fin de lograr una eficiente, numerosa y bien distribuida caballería por todo el ámbito geográfico de Castilla. No hay duda de que en los años inmediatos surgirían dificultades, tanto las propias que implicaban la puesta en marcha de esta nueva modalidad, como la reacción de los afectados por tales disposiciones. Pero gradualmente se irían superando, aunque en muchas ocasiones la debilidad, negligencia o venalidad de los encargados de su cumplimiento impidiera su completa efectividad.

Tiempo más adelante la guerra civil obligó a participar a todos los castellanos en alguno de los contrapuestos bandos que luchaban al lado de Pedro I o de su hermano Enrique. Terminada la guerra, el nuevo monarca hubo de reorganizar las instituciones estatales, atender los compromisos contraídos, pacificar el reino y al mismo tiempo defender sus fronteras exteriores, amenazadas por todas partes. Etapa de confusión administrativa, de preponderancia nobiliaria y de intentos de resurgimiento del poder ciudadano tras el período intervencionista de Alfonso XI y Pedro I, y por tanto de contrapuestas disposiciones reales, con ignorancia, a veces, de cuanto se había legislado con anterioridad.

Será más adelante, superada la crisis política, social, económica y demográfica que tiene lugar en estos años de instauración de los Trastámaras, cuando se inicie lentamente, pero con medidas eficaces, la consolidación de un nuevo estado, en el que los balbuceos son frecuentes y las innovaciones importantes, si bien no se llevan totalmente a la práctica. Castilla irá convirtiéndose, por muchas circunstancias que no son necesarias enumerar, en una fuerte potencia, pese a la debilidad de sus monarcas, desatino de sus gobernantes, ambición insaciable de su oligarquía nobiliaria y de la casi general incompreensión existente hacia los nuevos derroteros históricos por los que se caminaba. Pero el paso ascendente es continuo.

Enrique II fue un rey animoso, que tenazmente luchó por la consolidación de su régimen y por la implantación de nuevas fórmulas institucionales<sup>5</sup>. Precisamente con él, como consecuencia de di-

---

5. Un rutinario método pedagógico de aplicar calificativos a los monarcas para permitir su más fácil diferenciación, si tiene una utilidad indudable, también ha dado lugar a que la visión histórica de algunos reyes haya quedado deformada. Ocurre así, entre otros muchos, con Enrique II, a quien de forma peyorativa se le conoce con el sobrenombre de "el de las

versas circunstancias históricas, en que cabe destacar su alianza con Francia y enemistad con Inglaterra, Castilla inicia un nuevo rumbo oceánico por el que, superando la etapa medieval, se camina aceleradamente hacia la modernidad. Y este giro lleva consigo nuevas instituciones, nuevas formas de vida, nuevo sentido del Estado, aunque a veces con disposiciones contradictorias, pero siempre con un propósito de avance. Las Cortes de Toro de 1371, al igual que las celebradas en Toledo un siglo más tarde por los Reyes Católicos, serían la base de afianzamiento y el comienzo de un nuevo orden de cosas.

Producto de esa confusión y desconocimiento a que aludimos, es una desconcertante disposición de Enrique II en las Cortes de Toro de 1371. Los procuradores le "dixeron que bien sabía la nuestra merçed en como fezieramos ordenamiento que los que ouiesen çiertas quantías, que mantouiesen caualllos so çierta pena, et que por esta rrazón que todos los de nuestros regnos que auían resçebido muy grandes dapnos et pérdidas en los tienpos pasados, et que eso mesmo fazien agora si los ouiesen a mantener; et que nos pedían por merçed que mandásemos que non mantouïessen los dichos caualllos. et que si alguna pena auïen caydo fasta aquí por esta razón, que fuese nuestra merçed de ge la quitar".

Naturalmente y conforme a las circunstancias, el monarca dejó sin efecto las penas en que hubieran incurrido, aunque sin permitir que desapareciera la obligación de mantener caballos y armas, más aún cuando las guerras pasadas le aconsejaban lo contrario. Pero su decisión no pudo ser más benigna: "tenemos por bien e mandamos que del primero día del mes de enero primero que viene en adelante, que qualquier que ouiere quantía de treynta mill marauedís en mueble o en rayz, sacando la casa de su morada, que mantenga vn cauallo de tres mill marauedís"<sup>6</sup>.

Disposición sólo comprensible ante la necesidad de mantener contentos a los representantes de los poderosos concejos, contrapesada por sus crecientes demandas económicas<sup>7</sup>, pero que suponía una

---

mercedes". Sí, efectivamente otorgó cuantiosas donaciones a quienes le habían ayudado a todo lo largo o en parte de sus campañas, son pocos los que saben que don Enrique perdonó a quienes habían combatido en las filas de su hermano hasta el último instante de Montiel y los incorporó a su régimen, sin discriminación de ninguna clase y con iguales posibilidades y medios que sus más fieles partidarios.

6. Cortes de Toro de 1371 (31). En *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Madrid, 1863, II, 215.

7. En 9-VII-1370 contestaba Enrique II a una petición murciana; habían solicitado exención del pago de alcabalas a causa de las grandes necesidades porque pasaban. Su resolución fue contraria, pero teniendo en cuenta lo que le decían, prometía no exigir galeotes, caballos, ballesteros y lanceros para la armada que preparaba contra Portugal. Exigía que sin excusa alguna



considerable disminución de la caballería popular, puesto que con patrimonio superior a treinta mil maravedís pocos serían los obligados. Por el contrario, resultaba desmesurada su exigencia de valorar los caballos en tres mil maravedís, cuando en 1348 lo había fijado Alfonso XI en seiscientos. Ambos motivos explican su corta vigencia, ya que en 1375, teniendo presente el Ordenamiento de Alcalá, dispuso Enrique II la vuelta a las formas y módulos decretados por su padre, con pequeñas variaciones que el aumento del coste de la vida imponía.

Sólo conocemos la disposición destinada a los territorios fronterizos con el reino de Granada, aunque sin duda debió legislar también para los restantes circunscripciones castellanas en frontera con los reinos vecinos. De su examen podemos apreciar una normal distribución, siempre en la línea del Ordenamiento de 1348, y que a tenor de los tiempos se baja la cuantía en bienes por la que nacía la obligatoriedad de mantener caballos y armas. Es bien conocida la devaluación de la moneda, lo que presupone que con esta nueva disposición quedarían afectados un número mucho mayor de ciudadanos, y por tanto se produjo un incremento de jinetes en las huestes concejiles.

También puede advertirse que dentro de las tres clases establecidas en cada reino o diócesis episcopal fronteriza con Granada, los únicos que obtienen algún beneficio son los de menor cuantía y los del segundo grupo sevillano. El cambio de 1348 a 1375 es el siguiente:

		1 caballo	2 caballos	3 caballos	
Murcia ... ..	}	1348	8.000	20.000	60.000
		1375	10.000	20.000	60.000
Sevilla ... ..	}	1348	5.000	10.000	50.000
		1375	6.000	12.000	50.000
Córdoba ... .. y	}	1348	4.000	10.000	40.000
	{	1375	5.000	10.000	40.000

Se regulaban también las armas que debía llevar cada jinete: hojas, bacinete y adarga, o lorigón, bacinete y adarga. El valor del caballo vuelve a cifrarse en los seiscientos maravedís establecidos en 1348, dejándose sin efecto la desmesurada cantidad de tres mil maravedís decretados en 1371. El resto del Ordenamiento, en

---

abonaran las alcabalas como las restantes ciudades castellanas (Archivo Mun. Murcia, Cart. real 1405-18, Eras, fol 36).



que se especifica la forma de tener y utilizar mulas es, con leves discrepancias, igual a lo legislado en Alcalá en 1348.

La innovación introducida por Enrique II no fue acatada por entero en el reino de Murcia. La guerra civil, la buena armonía de hidalgos y pecheros unidos contra las demasías del adelantado don Juan Sánchez Manuel, conde de Carrión y la lejanía de la Corte, permitieron la formación de un concejo fuerte que, si obedecía las cartas reales, no siempre llevaba a efecto su cumplimiento. Rebeldía encubierta con la disculpa, no siempre falsa, de malas cosechas de cereales que habían obligado a los caballeros a desprenderse de sus cabalgaduras por no poder mantenerlas, "por el fuerte tiempo que agora pasó que non pudierades mantener cauallos", decía Enrique II en 23 de marzo de 1337. Cosa que repite en 17 de abril: "nos por la grand mengua e carestía de pan que fue en la tierra este año que agora pasó, non quisimos proceder contra los que non quisieron guardar el dicho nuestro ordenamiento". Concedía plazo hasta el 24 de junio para que los cuantiosos tuvieran sus caballos, pero nos queda constancia documental de que tampoco efectuaron alarde en el resto del año, pues las cartas de perdón y de insistencia para que se cumpliera el Ordenamiento se repiten en 3 de septiembre y 23 de octubre del mismo año 1377<sup>8</sup>.

Es por entonces, en este año, cuando Enrique II lleva a efecto una modificación de su Ordenamiento de 1375, con la curiosa novedad de fecharlo en igual día que el otorgado dos años antes. Se explica porque la totalidad de sus disposiciones se repiten por igual, salvo leves discrepancias y adición de una nueva. En carta de 23 de octubre de 1377 comunicaba al concejo de Murcia: "mandamos enmendar el dicho Ordenamiento, que agora uos enbiamos, e que lo guardedes e fagades guardar"<sup>9</sup>.

La conservación de ambos ordenamientos, el segundo de ellos incluido en apéndice, nos permite su confrontación y valoración. Solamente se añade un artículo más para aclarar la forma en que se podía tener mulas. En texto reiterativo se dice que aparte de los caballos que tuvieran los caballeros por sus cuantías, si además quisieran tener mulas, quedaban autorizados, siempre que por cada mula mantuvieran otro caballo.

También en los comienzos de 1375 se preocupó Enrique II de recordar a los hidalgos su obligación de mantener caballos y armas. En el ordenamiento de los caballeros de cuantía de 18 de enero, con Enrique, lo mismo que anteriormente Alfonso XI en 1348, no hacía otra mención que la de advertir a los hidalgos que, al igual que los de cuantía, estaban obligados a tener tantos caballos como

8. Archivo Mun. Murcia, Cart. cit., fols. 111, 113-5.

9. Archivo Mun. Murcia, Cart. cit., fol. 117 r.

mulas les pertenecieran. En 1 de febrero del mismo año, otra carta suya dirigida a todos los caballeros y escuderos "nuestros vasallos", servía para notificarles que "es mi merçed que todos uos aperçibades luego de cauallos e armas, cada vnos de uos por la tierra que cada vnos de uos tienen de nos"<sup>10</sup>.

Completaba el monarca sus disposiciones referentes a la caballería con otro Ordenamiento para los caballeros de cuantía del reino de Murcia. Se encuentra fechado en este primer trimestre de 1375, a igual que los dos anteriores. Y este Ordenamiento de 25 de marzo completa el anterior de 18 de enero, pues está dedicado a la exención que gozaban los caballeros de cuantía en el pago del impuesto de monedas. En el primero se exigía la tenencia de caballos a los por que sus bienes están obligados a poseerlos; en el segundo se dictan disposiciones encaminadas a que los que por alguna causa no hubieran efectuado alarde con sus caballos, perdieran su franqueza de monedas y se les obligara a pagarlas. Así, de una y otra forma, se presionaba a los cuantiosos para que se atuvieran a su condición social y económica.

En el preámbulo de su Ordenamiento no ocultaba Enrique II la razón de su disposición: "no ay en las dichas çibdades e villas e lugares omnes que mantienen cauallos" y pese a ello procuraban liberarse del pago de monedas que se recaudaba entre los pecheros. Exponía el monarca que no eran válidas sus manifestaciones de que eran en la honra de los caballeros por haber mantenido anteriormente caballo durante un año, sin tenerlo después, o por haber presentado caballos o yeguas no admitidos en los alardes por falta de calidad. A todos ellos debía exigírseles el pago de monedas.

En el Ordenamiento se adoptan toda clase de medidas para evitar que nadie pudiera librarse de pagar monedas, a no ser que mantuvieran los preceptivos caballos y armas correspondientes a su posición económica. Se observa también una insistente preocupación por el hecho de que estos caballos fueran de la cuantía señalada, lo que hace pensar, y en documentos anteriores así puede apreciarse, que se efectuaban los alardes con caballos de poca valía o de los utilizados en las labores del campo. Por esta causa se incluía al alcalde designado para juzgar los pleitos de las monedas, o al propio alcalde de las monedas, para que fuera quien apreciara el valor de los caballos presentados en los alardes.

Igualmente se tiene en cuenta la distinta situación de las viu-

10. Cart. cit., fol. 89. En 1371, en las Cortes de Toro, los procuradores de las ciudades pidieron al monarca que no diera más tierras o dineros a sus vasallos que por los hombres a caballo pudieran sostener. Se quejaban que muchos de ellos disfrutaban de mayores rentas, a costa de la corona, que caballos podían mantener. (*Cortes de León y Castilla*, II, 207-8.)



das e hijos de caballeros de cuantía, de los caballeros de premia y de los que habiendo perdido sus bienes, no podían mantener caballo. Por todos los medios se intentaba una de las dos cosas: o que tuvieran caballos apropiados o, caso contrario, tributaran como pecheros.

También nos ofrece este Ordenamiento una clara distinción del caballero de cuantía y del caballero de premia, que generalmente y de forma errónea se confunden. El caballero de premia es el de cuantía que no es incluido en el alarde, bien por no valorarse su caballo en la cuantía ordenada, bien por no tenerlo (muerte o venta). Si era uno de estos dos últimos casos se concedía plazo de tres o un mes respectivamente para comprar otros, pero con embargo preventivo de sus bienes. Esta apremiante exigencia, esta "premia", obligaba a la venta de bienes y consiguiente adquisición de caballo a corto plazo con mayores gastos. Motivo por el que con probada frecuencia se solicitaba del monarca la concesión de un plazo mayor de tiempo para su presentación.

Que esto es así, por lo menos en estos años, se precisa en el Ordenamiento y mejor aún en una carta de Enrique II de 1377 en que decía: "vyemos vuestras peticiones que nos enbiastes, e a lo que nos enbiastes dezir que por el fuerte tienpo que agora pasó que non pudierades mantener caualllos, segund que lo nos ordenamos, e otrosy, que algunos de vosotros que manteniades caualllos e que non eran tan buenos que valiesen la quantía que por el nuestro Ordenamiento se contiene, e que nos pidiades por merced que vos diesemos plazo fasta el día de sant Johan de junio primero que viene, porque los non mantuuiessedes por premia. Sabed que nos plaze de vos dar el dicho plazo e tenemos por bien que non mantengades los dichos caualllos por premia fasta el día de sant Johan...", a lo que añadía que se devolvieran los embargos o prendas que por este motivo se hubieran efectuado<sup>11</sup>.

Estos Ordenamientos de Enrique II, todos del primer trimestre de 1375 y destinados exclusivamente para los reinos castellanos fronterizos con Granada, significarían un paso más, tras su vacilante disposición de 1371, hacia la normal y obligada participación de sus súbditos en la seguridad del territorio, del necesario incremento de la caballería o del saneamiento y aumento de sus rentas. Ordenamientos cuyo cumplimiento explica la elevada cantidad de jinetes castellanos que mencionan las crónicas reales de los siglos XIV y XV, y de que nos queda abundante constancia documental en lo que se refiere a la caballería murciana, que actualmente tenemos en estudio.

JUAN TORRES FONTES

---

11. En Sevilla, 23-III-1377. (Cart. cit., fol. 111.)



## APENDICE DOCUMENTAL

## I

1375-I-18, CORDOBA.—ORDENAMIENTO DE ENRIQUE II PARA LOS CABALLEROS DE ANDALUCÍA Y MURCIA <sup>1</sup>.

(Arch. Mun. Murcia, Cartulario real 1405-18, Eras, fols. 117 v-119 r.)

En el nombre de Dios, amen. Por quanto los reyes son tenidos de ordenar e fazer en sus reynos todas aquellas cosas que entendieren que son seruiçio de Dios e porque los sus reynos sean defendidos e guardados en la manera que cunple a su seruiçio e a onrra suya e de los dichos sus reynos, por ende, nos, don Enrrique, por la graçia de Dios, rey de Castiella, de Toledo, de León, de Gallizia, de Seuilla, de Córdoua, de Murcia, de Jahen, de Algarbe, de Algezira e señor de Molina, por quanto entendemos ques cosa que cunple mucho a seruiçio de Dios e nuestro e a pro e a onrra e a guarda e defendimiento de los nuestros reynos que nos, con acuerdo e consejo de algunos perlados e otros caualleros e ricos omnes del nuestro consejo, fiziemos este nuestro ordenamiento e ordenamos estas cosas que en el se contienen, las quales son estas que aquí dirá:

1. Primeramente, ordenamos e tenemos por bien que el arçobispado de Seuilla el que ouiere quantía de seys mill marauedís que mantenga vn cauallo, e el que touiere quantía de dotze mill marauedís que mantenga dos cauалlos, e el que touiere contía de çinquenta mil marauedís que mantenga tres cauалlos, e qualquier destos que asy ouieren de mantener cauалlos, que tengan para cada omne de cauallo fojas e baçinete e adarga, o lorigón e baçinete e adarga; todavía que en estas quantías no sean contadas las casas de su morada en que moraren.

2. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que en Córdoua e en su obispado el que touiere quantía de çinco mill marauedís que mantenga vn cauallo, e el que touiere quantía de diez mill marauedís que mantenga dos cauалlos, e el que touiere quantía de quarenta mil marauedís que mantenga tres cauалlos, e qualquier destos caualleros que asy ouieren de mantener cauалlos que mantenga para cada vno de los cauалlos fojas e baçinete e adarga, o lorigon e baçinete e adarga; todavía que en las quantías non sean contadas las casas de su morada en que moraren, segund de suso dicho es.

3. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que en Jahén e en su obispado el que touiere quantía de çinco mill marauedís que mantenga vn cauallo, e el que touiere quantía de diez mill marauedís que mantenga dos cauалlos, e el que touiere quantía de quarenta mill marauedís que mantenga tres cauалlos, e qualquier destos que asy ouieren de mantener cauалlos

---

1. Numeramos las disposiciones de este Ordenamiento con objeto de advertir, en nota, las concordancias y diferencias existentes con los de 1348 y el que con igual fecha de 18-I-1375 se promulgó con anterioridad a éste.

que tengan para cada omne de cauallo fojas e baçinete e adarga, o lorigon e baçinete e adarga; todavía que en las quantias que non seaan contadas las casas de su morada en que moraren, segúnd dicho es.

4. Otrosy, ordenamos e mandamos que en el reyno de Murçia el que touiere quantia de diez mil marauedis que mantenga vn cauallo, e el que touiere quantia de veynte mill marauedis que mantenga dos cauallos, e el que touiere quantia de sesenta mill marauedis que mantenga tres cauallos, e qualquier destos que asy ouieren de mantener, cauallos que tengan para cada uno de cauallo fojas e baçinete e adarga, o lorigon e baçinete e adarga; todavía que en las quantias que non sean contadas las casas de su morada en que moraren, segund dicho es.

5. Otrosy, ordenamos e mandamos que el cauallo o cauallos que qualquier omne de los sobredichos ouiere de mantener, que sea cada vno de quantia de setecientos marauedis o dende arriba.

6. Otrosy, ordenamos e mandamos que qualquier que ouiere las dichas contias e non mantuiere cauallo, segund que en este nuestro ordenamiento se contiene, que peche en pena seyzyentos marauedis; e destos que sea la terçia parte para la nuestra cámara e la otra terçia parte para el acusador e la otra terçia parte para el alguazil que fiziere la entrega.

7. Otrosy tenemos por bien e mandamos quel mandamiento que nos ouimos mandado fazer en razón de los que an de andar de mulas que touiesen cauallos, que se guarde en la manera que aqui dirá:

Primeramente, mandamos e tenemos por bien que quantos cauallos ouiere cada vno suyos, que tantas mulas pueda traher o conpañias de mulas sy quisiere <sup>2</sup>.

8. Otrosy, mandamos que qualquier que ouiere cauallo o roçin que pueda andar de mula, pero tenemos por bien que los freyles de Santo Domingo e de Sant Françisco e de Sant Agostín, que puedan andar de mulas <sup>3</sup>.

9. Otrosy, ordenamos e mandamos que en cada villa todos los que quisieren mantener mulas, que mantenga cauallos en la manera que dicha es, e el que andudiere de mula syn mantener o traher cauallo o roçin como dicho es, que pierda la mula o mulas que asy troxiere, e que sea la meytad para el que lo acusare e la otra meytad para el fiziere la entrega. E sy el alcalde ante quien fuere querellado o el que ouiere a fazer la entrega non cunplieren esto, que qualquier de los que la non cumplieren que peche tanto como valía la mula o mulas que asy fuere enbargada; e desta pena que sea la meytad para el acusador e la otra meytad para la nuestra cámara; e para guardar engaño, quando ouiere a yr fuera de la villa o del término alguna parte, e otrosy, para guardar daño que vernía en los cauallos sy todavía los troxieron ante sy, tenemos por bien que los alcalles de la villa que requieran tres vezes en el año, vna vez

---

2. Corresponde a los números 60 y 61 de Alcalá.

3. 62 del Ordenamiento de Alcalá, si bien éste agrega igualmente a los de San Paulo .



a cabo de quatro meses, los caualllos, o roçin o roçines, o potro de tres años, quel den alualá firmado de sus nonbres e sellado con sus sellos por que pueda andar de mulas o de mula segund los caualllos o roçines que toueren, segund el ordenamiento que dicho es, e quel non sean enbargados avnque non trayan los caualllos ante sy, maguer anden por la villa de mula o fuera como dicho es; e el alualá que cada vno ouiere e al que fallaren que tienen cauallo o caualllos, que vala los quatro meses e non más; e por dar estos alualanes que ninguno de los alcalles que non tome dinero ninguno, so pena de seysçientos marauedis desta moneda para la nuestra cámara por cada alualá de que tomare dineros; e sy algunos destos ouiere de venir a la nuestra corte o a otra parte que sea lexos, quel dia que quisiere partir de la villa ó del lugar que morare, que muestre al alcalle el cauallo o roçin ante sy, e el alualá que vala los quatro meses e non más; e sy los alcalles dieran alualanes a algunos maliçiosamente non teniendo cauallo, que peche por cada cauallo el tres a tanto que valiere la mula de aquel de quien la encubriere, e desta pena sean las dos partes para la nuestra cámara e la terçia parte que fincase que sea la meytad para el que lo acusare e la otra meytad para el alcalle o el alguazil que fiziere la entrega <sup>4</sup>.

10. Otrosy, tenemos por bien que esto que asy an de tener estas mulas que se non entienda los que ouieren quantias para mantener caualllos, saluo quel que ouiere quantia para lo mantener que lo mantenga por las quantias e sy quisiere tener mula que mantenga por ella otro cauallo, canos tenemos por bien que los que ouieren caualllos puedan tener mulas e esto que se entienda a los que non ouieren las quantias para los mantener, pero sy contias ouieren, que tengan caualllos por ellas e demás sy quisiere tener mula que tenga por ella otro cauallo como dicho es <sup>5</sup>.

11. E para esto tenemos por bien dar plazo para que conpren caualllos e otrosy, los que tienen mulas que tengan caualllos segund que en este nuestro ordenamiento se contiene fasta primero día de junio primero que viene, e mandamos que para este plazo se faga alarde e dende adelante que fagan requerimiento de quatro en quatro meses e mandamos que los requerimientos que asy fizieren que nos los enblen los dichos ofiçiales signados de escriuano público fasta vn mes del día que lo fizieren <sup>6</sup>.

12. Otrosy, tenemos por bien que los fijosdalgo que moran en las çibdades o villas o lugares o en las aldeas del arçobispado de Seuilla e de los

---

4. El de Alcalá, número 63, dice su comienzo: «Otrosy que en cada villa todos los que quisieren mantener mulas o traer cauallo o rroçin commo dicho es, que pierda la mula o mulas que asi troxiere, e sea la meatad...» Como puede apreciarse al cotejar ambos textos, en el de Alcalá impreso se han omitido dos líneas, lo que explica su falta de sentido. Sin duda su redacción original fue como ésta de Enrique II.

5. Innovación. No se incluye en los Ordenamientos de 1348 y 1375, en su primera redacción.

6. No se incluye en el Ordenamiento de 1348.



obispados de Córdoua e de Jahén o del reyno de Murçia, que fagan e guarden eso mesmo que dicho es e so las dichas penas<sup>7</sup>.

13. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que los omnes buenos e fijosdalgo que moran fuera de las nuestras villas e de sus términos, que lo guarden en la manera que dicha es, que trayan tantos caualllos quantas mulas troxieron so la dicha pena<sup>8</sup>.

14. Otrosy, ordenamos e mandamos que sy algund omne enbiare a otro omne fuera parte en su mula, que leuando el alualá que dieren los alcalles al dueño de la mula, e otrosy, el alualá del dueño de la mula, que non sea enbargada la dicha mula<sup>9</sup>.

15. Otrosy, ordenamos e mandamos que sy algund perlado o omne bueno enbiare algund omne suyo a alguna parte, que leuando alualá de los alcalles e alguazil de la villa o del lugar do fuere vezino e morador aquel que lo enbiare sellada con su sello commo es suya<sup>10</sup>, que pueda yr de mula e quel non sea enbargada.

16. Otrosy, mandamos que el que fuere fallado que dá alualá sy non por su mula delo del que viene con el, que peche la mula con el dublo, e las dos partes para nos e la terçia parte que se parta commo dicho es<sup>11</sup>.

17. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que sy diere la mula algund corredor que ge la venda o la muestre andar o la enbie con su moço al agua o por yerua, quel non sea enbargada<sup>12</sup>.

18. Otrosy, mandamos que qualquier que quisier criar mula que lo pueda fazer fasta que la mula sea de tres años, avnque non tenga cauallo, e dende adelante que sea tenuto de tener cauallo sy la mula touiere consigo<sup>13</sup>.

19. Otrosy, ordenamos e mandamos quel que vendiere cauallo que aya plazo de vn mes para conprar otro, sy non que pierda la quantía porque vendió el dicho cauallo e sean las dos partes para la nuestra cámara e la terçia para el que lo acusare<sup>14</sup>.

20. Otrosy, mandamos e tenemos por bien que al que se le muriere el cauallo que aya plazo de tres meses para conprar otro, so esta pena de suso dicha<sup>15</sup>.

21. Otrosy, ordenamos e mandamos que los mercadores de fuera del reyno o otros omnes de otros reynos que non ayan vezindat en el reyno e vengán recabdar alguna cosa e vayan caminales, que les non sean en-

---

7. En el Ordenamiento de 1348 (núm. 64), se hace con carácter general.

8. Ordenamiento de 1348 (núm. 65).

9. Ordenamiento de 1348 (núm. 66).

10. Ordenamiento de 1348 (núm. 67). En la primera redacción de 1375 dice sólo «leuando su alualá sellada con su sello commo es suya...».

11. Ordenamiento de 1348 (núm. 68) dice «vive» en lugar de «viene».

12. Ordenamiento de 1348 (núm. 69).

13. Ordenamiento de 1348 (núm. 70).

14. Ordenamiento de 1348 (núm. 71).

15. Ordenamiento de 1348 (núm. 71).

bargadas las mulas e a esto que trayan testimonio de la primera villa del reyno del rey que llegaren en commo es omne mercader o estrangel <sup>16</sup>.

22. Otrosy, mandamos que qualquier que no ouiere más de vna bestia, que sea cauallo o roçin, e que sea de la valia sobreñicha <sup>17</sup>.

23. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que todos los cauалlos que qualquier omne ouiere de mantener para poder andar de mulas, que sean de contia de seysçientos o dende arriba e sy dubda ouiere sy valiere la contia e non, quel cauallo que sea apreçiado por dos omnes buenos de la çibdat o villa o lugar do esto acaesçiere o por el alcalle o el alguazil dende sy valiere la contia, e sy non que peche la pena de los seysçientos marauedis contenidos en este ordenamiento; e tenemos por bien que aquellos a que nos fezimos graçia syn traher o tener cauалlos que puedan andar de mulas, que sean tenudos a guardar este ordenamiento, e en otra manera que les non vala las graçias; e este apreçiamiento que lo fagan so juramento que les sea tomado que bien e verdaderamente fagan el dicho apreçiamiento <sup>18</sup>.

24. Otrosy, mandamos e tenemos por bien que qualquier judio que non ouiere más de vna bestia, que la pueda traher mula syn traher cauallo, e sy ouiere a traher conpañero, que sea de mula; e sy touiere dos mulas, que tenga vn cauallo <sup>19</sup>.

25. Otrosy, tenemos por bien e mandamos que los omnes ayan tienpo de conprar cauалlos, que ayan plazo a que los conpren fasta el día de sant Johan de junio primero que viene, e entre tanto que puedan andar de mulas syn traher e mantener cauалlos; e qualquier que del dicho plazo de sant Johan en adelante andudiere syn traher e tener cauallo commo dicho es, que aya la pena sobreñicha <sup>20</sup>.

E por ende, mandamos a todos los conçeios e alcalles e alguaziles e caualleros e escuderos e omnes buenos e otros ofiçiales qualesquier de la muy noble çibdat de Seuilla e de todo su arçobispado, e de la muy noble çibdat de Córdoba e de su obispado, e de la noble çibdat de Jahén e de todo su obispado, e a los del reyno de Murçia, e a qualquier o qualesquier que este nuestro ordenamiento vieredes, que guardedes e fagades guardar e tener conplir todo quanto en este dicho nuestro ordenamiento se con tiene, e que los publiquedes e fagades luego pregonar públicamente cada vnos de uos en vuestras çibdades e villas e lugares de los dichos arço-

16. Ordenamiento de 1348 (núm. 72).

17. Ordenamiento de 1348 (núm. 73).

18. En la primera redacción dice: «... contía de seteçientos marauedis o dende arriba e sy dubda ouiere sy valiere la quantía o non, que sea creydo por su jura quel costó tanto, sy lo conpró; e sy lo non conpró e ge lo dieron o lo crió potro, que jure que valió tanto después que fue en su poder; e tenemos por bien que aquellos que nos fezimos graçia que puedan andar en mulas sin tener o traher cauallo, que sean tenudos a guardar este ordenamiento, e en otra manera que les non vala las graçias». En el Ordenamiento de 1348 (núm. 74) igual, pero 600 mrs.

19. Ordenamiento de 1348 (núm. 75).

20. Ordenamiento de 1348 (núm. 76).

bispados e obispados e reyno de Murçia, en guisa que ninguno nin algunos non puedan alegar que lo non sopo, sy non sed çiertos que a los cuerpos e a lo que auedes nos tornariemos por ello, e demás pecharnos y edes por ello cada vno de uos los dichos ofiçiales diez mill marauedís desta moneda vsual para la nuestra cámara, e los otros que lo non guardaren pecharan las penas en este nuestro ordenamiento contenidas. Dado este nuestro ordenamiento e firmado de nuestro nonbre en la muy noble çibdat de Córdoba, diez e ocho días andados de enero, era de mill e quatroçientos e treze años. Nos el rey.

II

1375-III-25, CORDOBA.—ORDENAMIENTO DE ENRIQUE II SOBRE MANTENER CABALLOS DE CUANTÍA O PAGO DE MONEDAS.

(Arch. Mun. Murcia, Cartulario real 1405-18, Eras, fol. 95 r.)

Nos el rey. Fazemos saber a los conçejos e alcalles e alguaziles de la noble çibdat de Murçia e de todas las çibdades e villas e lugares de su reynado, e a los nuestros alcalles de los pleitos de las monedas de las dichas çibdades e villas e lugares, e qualquier o qualesquier de uos que este nuestro ordenamiento viéredes o el su traslado del, signado de escriuano publico, por quanto nos fizieron saber que algunos omnes e mugeres, vezinos e moradores de las dichas çibdades e villas e lugares, que se escusan o se escusauan de pagar monedas diziendo que eran e son en la onrra de los caualleros porque mantouieron cauillos año e día, e non los mantienen agora, e porque tienen agora algunos cauillos e yeguas non seyendo de contia, nin tales quales cunplen a nuestro seruiçio, por lo qual se nos sigue grande deseruiçio e non ay en las dichas çibdades e villas e lugares omnes que mantienen cauillos, fue la nuestra merced con acuerdo de los del nuestro consejo de fazer ordenamiento en esta razón, el qual es este que se sigue:

Primeramente, que en las dicha çibdat de Murçia e en todas las otras çibdades e villas e lugares de su reynado, qualquier vezino e morador que mantiene cauillo o potro o yegua que non sea tenuto de pagar monedas, pero el cauallero que se escusare de pagar estas monedas que primeramente sea apreçiado el cauillo o potro o yegua que tuuiere por el alcalle de la dicha çibdat o de la villa o del lugar do esto acaesçiere que ouiere a librar el pleito de las monedas si vale el cauillo o potro o yegua seysçientos marauedís; e este apreçiamiento que sea fecho por el dicho alcalle e por vn omne bueno de la villa o del lugar do esto acaesçiere, abonado e de buena fama que el conçejo diere para ello; e si el conçejo non diere el omne para fazer el dicho apreçiamiento, o el que diere non estudiere residentemente, que lo faga el alcalle de las monedas; e si el cauillo o potro o yegua non fuera apreçiado por los dichos seysçientos marauedís,



que pague las monedas, pero todavía non enbargando los tres meses que an de auer de plazo para conprar cauallo si se les muriere, o dos meses para conprar otro sy lo vendieron; e esto que sea fasta el día de Sant Johan, e dende adelante quel cauallo que touiere que sea apreciado en seyscientos: el que lo a de mantener de premia e el de graçia que sea de los dichos seyscientos marauedis; e estos dichos cauалlos e potros e yeguas que sean de siella e non de los del campo.

Otrosi, en razón de los caualleros de premia que se non escusen de pagar las dichas monedas saluo teniendo el cauallo en casa suyo e que sea apreciado en la dicha quantia en la manera que dicha es; e esto de los de premia se pone por quanto el alferez desque manhiere algunos que mantengan cauалlos dziendo que an quantia de los mantener, avnque non conpren los cauалlos defiéndense de pagar las monedas dziendo que son manheridos para los conprar.

Otrossi, las mugeres viudas e sus fijos que se escussen de pagar monedas dziendo que sus maridos que fueron en la onrra de los caualleros, tenemos por bien que las tales commo estas que sean escusadas de pagar las dichas monedas las que antel alcalle de las monedas mostraren que son auidas por priuillejadas e que non pagaron moneda fasta aquí en los tiempos pasados; pero los que fueren viudas que de aquí adelante non se escusen de pagar las monedas saluo auiendo prouado que mantuuieron cauалlos sus maridos al tiempo de su finamiento o tres meses ante que finasen.

Otrossi, todos aquellos que se defienden de pagar las dichas monedas dziendo que mantuuieron cauallo e armas año e día e lo non mantienen oy, que se non escusen de pagar las dichas monedas, saluo los que prouaren que dexaron de mantener el cauallo con pobreza de lo non poder mantener, pero sy después fuere o fueren contiosos para mantener cauallo e lo non mantouieren de la dicha contia, que pague las dichas monedas.

E en los términos de las dichas çibdades e villas del dicho regno de Murçia que se non escusen alguno nin algunos de pagar las dichas monedas, saluo aquellos que tienen cauалlos e potros o yeguas suyos apreciados en la dicha contia que dicha es, e los que lo non tuieren que paguen las dichas monedas. Porque vos mandamos visto este nuestro ordenamiento o el traslado del signado commo dicho es, que lo cunplades e guardedes e fagades conplir e guardar en todo bien e conplidamente segund que en el se contiene; e todo juyzio o sentençia o sentençias que sobre las dichas razones e sobre cada vna dellas fueren dadas, mandamos que vala, que la nuestra merçed es que se cunpla e se guarde este dicho nuestro ordenamiento en la manera que dicha es. E los vnos e los otros non fagades ende al so pena de la nuestra merçed e de quanto auedes; e desto mandamos fazer este nuestro ordenamiento en que escriuimos nuestro nonbre. Fecho en la muy noble çibdat de Córdoua, veynte e çinco dias de março, era de mill e quatroçientos e treze años. Nos el rey.

## MISCELANEA

### I

## CONSORTIUM ERCTO NON CITO

### 1. NOTAS GENERALES

Sostenemos en otro trabajo sobre la venta de herencia<sup>1</sup> que la noción de *hereditas* no es originaria, al menos en el sentido técnico que tomará posteriormente. En la época de las XII Tablas, es indudable para nosotros que no existe tal concepto. Esto resulta claro del fragmento decemviral V.4, que ha dado lugar a interpretaciones tan diversas. En la época arcaica los *sui* no recibirían una *hereditas* en sentido riguroso, porque probablemente ya eran *domini* aun viviendo el *pater familias* (Gayo 2.157; D. 28.2.11). Hay que admitir que a la muerte del *pater familias* se formaba una comunidad familiar integrada por sus hijos. La *hereditas* en este sentido, de admitir su existencia para esta época, sería un concepto vacío de contenido, porque los agnados y *gentiles* sólo recibirían la *familia*, y es una incongruencia admitir la *hereditas* para los *sui* y la *familia* para agnados y *gentiles*.

En la época de las XII Tablas no hay testamento; el testamento más antiguo, el *testamentum calatis comitiis*, no sería tal testamento, sino una *adrogatio*, que no comporta la designación de un heredero en sentido técnico. Tampoco la primitiva *mancipatio familiae* sería tal testamento. Señala Kaser<sup>2</sup> cómo la *mancipatio familiae*, estando *heredis loco* el *familiae emptor*, no comportaba el nombramiento de un *heres*; aunque fuese llamado testamento no era un negocio de última voluntad ni *mortis causa*. Sólo más tarde, a la *muncupatio* sobre la que reposaba la eficacia de la *mancipatio*, se acompañó la presentación de las *tabulae testamenti*, y más tarde todavía, se insertó en ellas la *heredis institutio*.

Por todo ello, sostenemos que no hubo una *hereditas* en tiempos primitivos. El *testamentum calatis comitiis* no es, a nuestro

---

1. TORRENT, "Venditio hereditatis". *La venta de herencia en Derecho Romano*. Salamanca (1966) 46 y ss. El presente trabajo sobre el *consortium* lo hemos realizado en gran parte en la Universidad de Heidelberg. Queremos hacer constar nuestro agradecimiento al Prof. Brogginì que con generosidad entrañable nos abrió las puertas de su seminario.

2. KASER, *Das altrömische Ius* (Göttingen, 1949), p. 153.

juicio, tal testamento; es únicamente un expediente que tiene el *pater familias* de procurarse un *suus heres*. Una vez que tiene *suus*, que es su descendiente más inmediato, su hijo, no tiene por qué preocuparse de disponer de sus bienes para después de su muerte, porque prácticamente no tiene la disposición de ellos, al menos de la familia. Los *heredes sui* reciben la familia, no *ex novo*, sino que se produce una *continuatio domini*<sup>3</sup>, por lo que no hay una idea hereditaria clara, como tampoco está claro que hubiera *hereditas* en el sentido de concebirse como un derecho. Esta sólo llegó a tener sentido de *ius* (*nomen iuris* dicen las fuentes) a finales de la República, y el proceso está claramente perfilado en Labeón: D. 37.1.3.1; cfr. también D. 50.16.178.1 (*Ulp. 49 ad Sab.*).

En este orden de cosas, nos parece indudable la existencia en Roma de una antigua comunidad hereditaria familiar formada por los descendientes del *pater familias* a la muerte de éste, que no hacían sino actualizar un latente derecho de copropiedad ya existente en vida de éste. Sería esta la primera forma —muy rudimentaria— de sociedad familiar en Roma. Ya en el siglo pasado se dio relieve en la ciencia romanística a esta comunidad entre hermanos, de la que los autores hicieron derivar a través del correr de los siglos, el contrato consensual de sociedad, tal como lo conocemos en los juristas de la época clásica; así Lastig<sup>4</sup>, Pernice<sup>5</sup>, Leist<sup>6</sup> y Ferrini<sup>7</sup>, entre otros. Modernamente, también se sigue sosteniendo esta idea por Girard<sup>8</sup>, Monier<sup>9</sup>, Levy<sup>10</sup>, Collinet<sup>11</sup>,

3. WESTRUP, *Introduction to early Roman Law, II Joint family and family property* (Copenhagen-London, 1934), p. 73, dice que la herencia material primitiva era solamente una *continuatio domini*; a la muerte del *pater* —dice— no se transmite la propiedad ni hay sucesión en el sentido moderno de la palabra. Los descendientes inmediatamente pasaban a la propiedad. Solamente el hijo que a la muerte del *pater* sucedía *ipso iure* en el derecho ideal (*potestas*), en el gobierno económico de la casa (*libera bonorum administratio*), era propio *heres* en el sentido primitivo. Añadimos nosotros que ésta era la situación que se daba cuando eran varios los hijos que a la muerte del *pater* continuaban la explotación del patrimonio familiar.

4. LASTIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 24 (1879) 409 ss.

5. PERNICE, *Labeo I*, p. 444; id. *Parerga I*, *Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, en *ZSS.* 3 (1882) 49, 66 y ss.; id. *Parerga III*, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, en *ZSS.* 9 (1888) 233.

6. LEIST, *Zur Geschichte der römischen Societas* (Jena, 1881), p. 27.

7. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, en *Opere III* (Milano, 1929), p. 18 ss. (publicado primeramente en *AG.* 38 [1887]).

8. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 7.<sup>a</sup> ed. (París, 1924), p. 605.

9. MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutions de Gaius* (París, 1933), p. 23 ss.

10. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, en *ZSS.* 54 (1934) 291.

11. COLLINET, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, en *RH.*, 1934, p. 101.



Albertario<sup>12</sup> y Arias Ramos<sup>13</sup>. Cuenta, sin embargo, esta tesis con la oposición de Levy-Bruhl<sup>14</sup>.

El descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo en un papiro egipcio, ha venido a arrojar gran luz sobre la primitiva comunidad hereditaria romana, el llamado por los romanos *consortium ercto non cito*, y, en consecuencia, sobre la primera forma de sociedad —en este caso comunidad familiar— que hubo en Roma, de la que se tengan noticias. Sobre estos nuevos fragmentos, a partir de la *editio princeps*, de Arangio Ruiz<sup>15</sup>, se ha vertido una abundantísima literatura, no sólo desde el punto de vista del Derecho de sociedad, sino también desde el ángulo de las instituciones hereditarias<sup>16</sup>.

La laguna que presentaba en este punto el manuscrito veronés ha sido colmada con este papiro, que ha venido a integrar la exposición de la *societas* en Gayo 3.154. En general, salvo pequeñas modificaciones, ha sido aceptado el texto leído por Arangio-Ruiz, aunque no faltan autores, como Beseler, Stoll y, principalmente, Solazzi, que sostienen la inserción de algún glosema en el texto. Nosotros seguiremos la edición de De Zulueta<sup>17</sup>, que es bastante aceptable.

Gayo 3.154. Sed haec quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 3.154a. Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum, olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso, erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; ciere autem dividere est; unde caedere et secare dicimus. 3.154b. Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione in hac autem societate fratrum ceterorumve quid ad exemplum fratrum suorum societatem, coierunt, illud proprium erat. quod vel unus

12. ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio familiare romano*, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 232.

13. ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, p. 149 ss. Ultimamente VAN WARMELO, *Aspects of joint ownership in Roman Law*, en *TR* 25 (1957) p. 168 sigue también esta opinión.

14. LEVY-BRUHL, *Le consortium artificiel du nouveau Gaius*, en *Nouv. et.* (París, 1947), p. 60. Vid. también las prudentes reservas de ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, en *AHDE* 19 (1948-49) 237 ss.

15. ARANGIO-RUIZ, *P. S. I. XI* (Firenze, 1933); también en *Il nuovo Gaio*, en *BIDR* 42 (1934) 537 ss. La parte que nos interesa de estos fragmentos está en las líneas 14 a 44.

16. Véase una exposición muy completa de la bibliografía en BRETONE, *Consortium e communitio*, en *LAREO* 6 (1960) 163 y nota.

17. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part I* (Oxford, 1946).

ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat, et omnibus libertum adquirebat; item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat.

No compartimos el punto de vista de Bretone<sup>18</sup> al afirmar que, desde el punto de vista sistemático, el discurso gayano se compone con cierta dificultad. Esta objeción no la compartimos. Gayo venía hablando de la sociedad consensual, y en un determinado momento de su exposición, recuerda que en otros tiempos (*olim*) existía otra forma de sociedad, el *consortium*, que Gayo llama *societas ercto non cito*, que contrapone con la partícula adversativa *autem*, a la sociedad consensual clásica de la que había hablado antes. No hay, por tanto, dificultad alguna en el engarce de estos dos tipos de sociedad, bien que una visión del problema con categorías dogmáticas más rigurosas que las de Gayo nos advertiría que el tipo que Gayo llama *societas ercto non cito* no es tal *societas*, sino un *consortium*, una comunidad de bienes de naturaleza familiar. Ahora bien, el mismo Gayo, en cierta manera, se daba cuenta que el *consortium* no era un tipo de sociedad tal como él la entendía, es decir, consensual, pero esto ya lo indica claramente al señalar unas características típicas al *consortium* que lo diferencian de la sociedad consensual clásica.

## 2. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Cuestión muy debatida es el nombre de la primitiva comunidad familiar "*consortium ercto non cito*", que se formaba entre los hijos a la muerte de su común *pater familias*. Una gran corriente de la doctrina romanística sostiene el significado de *ercto non cito* como "división no provocada", interpretación aducida fundamentalmente desde el punto de vista filológico<sup>19</sup>. En contra de esta interpretación pueden alegarse serias objeciones, como la derivada del mismo Gayo 3.154a: *ercto non cito, id est dominio non diviso*, y Servio (*ad Aen.* 8.642): *Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: "citae", divisae, ut est iure "ercto non cito", id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam "citus", cum divisus significat, ci longa est. Ergo citae veloces intellegamus*. Desde luego, la

18. BREZONE, en *LABEO* 6 (1960) 169.

19. Vid. entre otros COLLINET, en *RH*, 1934, p. 113; GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain* (París, 1934), p. 11 n. 5; MARKY, *Societate ercto non cito*, en *Romanitas* 1 (1958) 51; MONIER, *Les nouveaux fragments*, p. 22; ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali Palermo* 20 (1949) 142 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955), p. 230 n. 89.

etimología de estas voces es muy oscura, como confirma el mismo Quintiliano en *Inst. orat.* 7.3.13: *opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, quid sit clarigatio, erctum citum.*

Una vía hipotética de aclaración podría ser relacionar *erctum* a *erūs* = *dominus*, tal como parecen hacer Gayo y Servio. Que *erūs* equivalga a *dominus* encuentra apoyo en algunas fuentes, como Festo (p. 88 ed. Lindsay): *heres apud antiquos pro domino ponebatur*, en relación con D. 9.2.11.6<sup>20</sup> e *Inst.* 2.19.7. Es bien sabido, y nosotros lo hemos sostenido en nuestra monografía citada sobre la venta de herencia, que *heres* en principio sólo significaría el *dominus* del patrimonio familiar, de donde los *sui heredes*, a la muerte del *pater*, pasarían a ser *domini* sobre los bienes que ya en cierta manera eran dueños en vida de éste; indudablemente, con esta interpretación habríamos de traducir *ercto non cito* como "patrimonio no dividido". En este sentido parece apuntar Levy<sup>21</sup>, que hipotiza la derivación de *erctum* del término griego αἰχτόν (propiedad cerrada); así, *erctum* vendría a significar lugar donde se recoge el ganado, redil.

Un dato más, en este caso contradictorio, aporta de nuevo Festo (p. 72 ed. Lindsay): *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.* Esta explicación más parece confundir que aclarar. La etimología *a coercendo* no tiene gran sentido, tanto si tomáramos *erctum* como división, cuanto si lo tomáramos por dominio o patrimonio. Más correcta es la etimología de *ercisci*. Según todas las probabilidades, *ercisco* significaría dividir, distribuir: cfr. *Inst.* 4.6.20; D. 10.2.1 pr.; *Cic. de orat.* 1.56.237; *Isid. Etym.* 5.25.9; Gayo 2.219<sup>22</sup>; igualmente Festo (p. 63 ed. Lindsay): *disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*<sup>23</sup>. De nuevo, el mismo Festo (p. 97) nos aporta la siguiente aclaración: *inercta indivisa.*

Por otra parte, la voz *cieo*, de la cual deriva el participio absoluto *citum*, viene incluida en todos los diccionarios como provocar, poner en movimiento, excitar<sup>24</sup>; de ahí que la frase completa en

20. Vid. ARNO, *Legis Aquiliae actio directa ero competit*, *BIDR* 42 (1934) 197; WUBBE, *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, Fribourg (1963) 31; BIONDI, *Obbietto e natura dell antica hereditas*, *IVRA I* (1950) 171.

21. LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 278.

22. Vid. *Th. L. L.* V, 2 col. 745; igualmente ERNOUT-MEILLET, *Dict. etim.* s. v.

23. Vid. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano, 1935), p. 33 ss.

24. Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dict. etim.* s. v.; *Th. L. L.* III, 1054; WALDEHOFFMAN, *Lat. et. Wörterbuch* s. v. *cieo*; Cfr. también ALBANESE, en *An. Palermo* 20 (1949) 155 ss.



el sentido ablativo absoluto —como se lee normalmente— venga explicada como “división no provocada”. Creemos que ésta es la interpretación más exacta, aunque no dejamos de reconocer que la interpretación de Gayo 3.154a tiene cierta viabilidad, o al menos, encuentra algún apoyo en las fuentes. Son dos términos distintos cuya etimología no nos parece absolutamente seguras, y se prestan a diversas interpretaciones, como la de Fadda<sup>25</sup>, que sostiene que *erciscere* es la contracción de *erctum ciere*, idea que nos parece tiene poca defensa en el terreno filológico. En todo caso, reconocemos que la expresión *ercto non cito* es bastante extraña, hasta el punto de que algún autor, como Levy-Bruhl<sup>26</sup>, se fija precisamente en esta expresión, que, a su juicio, prueba por su forma negativa que era una institución anormal, poco usada<sup>27</sup>, y que la situación más frecuente sería aquella en la que hay partición, testamento, en la que la *domus* se encuentra situada bajo la autoridad de un jefe único: el *pater familias*. Si Roma ha conocido una “joint family” —dice Levy-Bruhl—, los nuevos fragmentos de Gayo no dejan duda —reconoce— de que no es sino de una manera esporádica y excepcional, y concluye que este régimen era, sin duda, contrario “au génie de ce peuple profondément individualiste”. Creemos que Levy-Bruhl aporta consideraciones de épocas históricas mejor conocidas a la época en la que tiene vigor el *consortium ercto non cito*, es decir, la visión de Levy-Bruhl puede ser cierta en los dos últimos siglos de la República, pero no antes.

### 3. CARACTERES DEL “CONSORTIUM ERCTO NON CITO”

Sigamos ahora viendo los caracteres que Gayo da al *consortium ercto non cito*. Por lo pronto dice que era *legitima simul et naturalis societas*. Hay quien ha entendido que *legitima* se refiere a que tal *societas* estaría sancionada por las XII Tablas específica-

25. FADDA, *Consortium, collegia, magistratum, communio*, en *Studi Brugi* (Pavía, 1910), p. 149.

26. LEVY-BRUHL, en *Nouv. ét.* p. 60.

27. Así piensa DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, en *SDHI*. 22 (1956) 62, que estima que el *consortium* es una formación secundaria, que presupone lógica e históricamente la familia regida por un *pater* en cuanto se compone de personas que ya se encontraban bajo su potestad, y no debía ser una forma muy difundida frente a la división (a su muerte) del grupo familiar en tantos otros grupos como hijos hubieran. A esta tesis oponemos las mismas objeciones que a Levy-Bruhl: retrotraer ideas de épocas históricas a tiempos antiguos.

mente<sup>28</sup>, mientras para otros autores, como Kaser<sup>29</sup>, sólo indicaría que tal *societas* sería conforme a una *lex publica*. Albertario<sup>30</sup> señala que *legitima* quiere decir puesta por la antiquísima *lex*, o sea, por los *mores* que los escritores romanos confunden con antiquísimas *leges*. Desde luego, es muy probable que este adjetivo se refiera a las XII Tablas en el sentido de que fueron las XII Tablas las que introdujeron la acción de división del *consortium* a través de la *actio familiae erciscundae*. Esto Gayo lo sabía perfectamente (D. 10.2.1 pr.; cfr. Gayo 4.17a). Pero que Gayo diga *legitima*<sup>31</sup> en el siglo II d. C. para referirse al *consortium*, no nos aclara gran cosa en torno a los orígenes y a los caracteres del primitivo *consortium*. Gayo habla en términos de su época, y hoy nosotros sabemos mucho más de antigüedades romanas que el propio Gayo. Quizá se refiera a que había en el *consortium* un cierto arrastre de ideas históricas en el sentido de haber tenido consagración legal o, en todo caso, que la constitución del *consortium* habría de hacerse a través de la *legis actio*, quizá a través de una *in iure cessio*. Una explicación quizá viable sería decir *legitima* en el sentido de ser producto, la continuación de tal comunidad familiar, de la voluntad concorde de todos los *fratres* de no proceder a la división. Este *consortium*, que tiene un origen extravoluntario, al generarse por el simple hecho de la muerte del *pater familias*, necesitaba el acuerdo continuo de los *fratres* para continuar la comunidad, acuerdo que puede verse en cierta manera como *lex*; así como la *lex* en la primitiva constitución republicana sería el acuerdo vinculante del pueblo, en el orden de la pequeña comunidad familiar sería el acuerdo de los hermanos de continuar viviendo en la misma situación de indivisión producida a la muerte de su común *pater familias*. No entendemos *legitima* en el sentido de ser el *consortium* una sociedad (hablamos de sociedad en sentido amplio, no en el sentido que los clásicos dieron a este término, donde se acentúa fundamentalmente el factor consensual) coactiva, como se ha entendido por algunos autores, basándose, además, en el texto de Gelio 1.9.12. que habla de *societas inseparabilis*, y en el mismo

28. BESELER, *Fruges et Paleae*, en *Scritti Beatificazione Ferrini III* (Milano, 1948), p. 280; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 279; FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), 530 n. 41; DE ZULUETA, *The new fragments of Gaius*, en *JRS.* 25 (1935) 20.

29. KASER, *Das altrömische Jus*, p. 74 n. 48; GAUDEMET, *Indivision*, p. 12, señala que *legitima* sólo quiere decir prevista por la ley; como era una *societas propria civium Romanorum*, habría sido objeto de disposiciones legales válidas sólo para los ciudadanos.

30. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 228.

31. Es curioso que BESELER, *Scritti Beatificazione Ferrini*, III, p. 278, deja por genuina *legitima*, y, sin embargo, entiende alterados *simul et naturalis*.



adjetivo de Gayo *legitima*, que identifican con coercibilidad. Mantenemos que no había tal coercibilidad<sup>32</sup> en el *consortium ercto non cito*; ésta era una figura que si bien con origen extravoluntario, necesitaba el consentimiento para seguir subsistiendo, y, por tanto, si accidental en su origen, era voluntaria en su continuación, y en consecuencia, no coactivo. Quien más se ha distinguido en la defensa de la no coactividad del *consortium* ha sido Maschi<sup>33</sup>, que ha dedicado muchas páginas a la exposición de esta tesis, fundamentalmente desde el punto de vista de la divisibilidad del *consortium*.

También refiere Gayo que el *consortium* era una *societas naturalis*. La doctrina romanística entiende que sería natural en el sentido de ser conforme a la naturaleza, a la *natura rerum*. Quizá debamos entender este término en el sentido de venir el *consortium* dado por la evolución natural de la familia. En todo caso la comunidad familiar era común en los pueblos antiguos, y la prueba nos la da el estudio comparado de las instituciones familiares en los pueblos de la Antigüedad, lo que Westrup ha visto brillantemente en la *joint undivided family* de los pueblos arios. Referido a Roma, Westrup<sup>34</sup> ha visto una reminiscencia en la *joint undivided family* de un *innate joint right of ownership* en el antiguo Derecho Romano, cuando los *sui heredes* eran mirados como copropietarios de la propiedad de la casa. En este sentido Westrup observa que llegó a ser concebido legalmente que el patrimonio familiar perteneciera a la familia en común. Los descendientes son mirados como copropietarios del patrimonio familiar con cuotas ideales iguales, análogamente a los *consortes* de la *communio incidens* del Derecho Romano histórico.

La calificación "*naturalis*" referida al antiguo *consortium* la entendemos simplemente en el sentido que vendría dada por la tradición; estaría en la *natura rerum*, no en el sentido de ser una institución del *ius naturale* frente a la *societas quae nudo consensu contrahitur*, que sería *iuris gentium*; esta distinción es más tardía y sería un error retrotraer conceptos de la dogmática posterior al siglo V a. C., que probablemente sería la época de apogeo del *consortium*. El *consortium ercto non cito* sería una

32. Defienden la coactividad del *consortium*, PRINGSHEIM, *Stephanos zu D. 17.2.52.6*, en *ZSS.* 45 (1925) 492; ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio*, en *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934), p. 511 (= *Studi V*, 468); FREZZA, *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, en *Riv. di istruzione e filologia classica* 62 (1934) 27 ss.

33. MASCHI, *Disertiones*, 23 ss.; cfr. ALBANESE, *Annali Palermo* 20 (1949) 170; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934) 445.

34. WESTRUP, *Joint family and family property*, en *Studi Albertoni I* (Padova, 1934), p. 167; id. *Introduction II*, p. 32 ss.



institución natural en la antigua Roma; sería normal. Así, Lambert<sup>35</sup> afirma que el sistema de la casa y bienes comunes con 16 hogares ha sido conocido en Roma, y cita en su apoyo la familia de los *Aelii* (cfr. Val. Max. 4.4.8; Plut. *Aemil.* 5). Estas noticias, aunque se refieren a época relativamente tardía, nos dan una muestra de la vitalidad que pudiera tener la comunidad familiar a finales de la República, noticias que a nuestro juicio no son muy vinculantes desde un punto de vista crítico-jurídico. Por su parte, Albertario<sup>36</sup> señala que el *consortium* es *naturalis* porque responde al orden natural de las cosas, lo que equivale a decir, por el ordenamiento de la economía romana primitiva. Esta consideración nos parece muy instructiva: el *consortium erecto non cito* sería *naturalis* porque, por un lado —y en esto estamos de acuerdo con Albertario— sería una institución exigida por la primitiva estructura económica-agrícola romana<sup>37</sup>, por otro, sostenemos nosotros que al no haber testamento, y al no poder disponer el *pater familias* libremente de sus bienes —al menos de la *familia*, tab. V.4—, la comunidad entre los *sui* se formaba exigida por el orden natural de las cosas. Nos referimos —siempre que hablamos sobre los orígenes del *consortium*— al siglo v a. C., fecha que utilizamos como referencia segura al poder contar con la codificación decemviral.

Hay algún autor como Coli<sup>38</sup> que, dentro de una visión económica, explica el *consortium* como un régimen de riqueza. El *consortium* —dice— estaba caracterizado por la coexistencia en una misma *domus*, en torno a un mismo fuego, de varios *patres* en pie de absoluta paridad en una relación de *naturalis societas*; era el tipo de familia preferido por los ricos como aquel que favorecía la concentración de la riqueza y el poder.

Otro de los caracteres que Gayo señala como típicos del *consortium erecto non cito* es el de ser una figura *propria civium Romanorum*. Esto en Gayo se explica porque ha venido hablando de la *societas* consensual precedentemente, instituto *iuris gentium*, y para destacar el *consortium* a sus escolares, les indica que era *proprium civium Romanorum*. Pero esta distinción no cabría para la

35. LAMBERT, *Les origines de Rome à la lumière du droit comparé: Romulus*, en *Studi De Francisci I* (Milano, 1956), p. 347.

36. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (134) 228.

37. Por ello es muy lógico ver en el *consortium* una finalidad económica de continuación del patrimonio familiar. Este aspecto es destacado —en consonancia con su tesis de la familia como organismo económico— por ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914 (= Scritti Centenario Jovene, Napoli 1954, 119), que observa que por necesidades de la agricultura, que requiere la persistencia de la comunidad entre los hermanos, sirvió el instituto del *consortium*. Arangio-Ruiz añade que se trató siempre de una verdadera y propia forma de comunidad, presuponiendo ésta la plena e independiente capacidad jurídica de cada uno de los *consortes*.

38. COLI, *Requum*, en *SDHI* 17 (1951) 126.

época arcaica en la que tiene vigor el *consortium*, al menos, para la época de las XII Tablas. En estos momentos no cabe hablar de una *societas iuris gentium* porque no existe; lo único que existiría es la comunidad familiar propia de los Romanos y otro tipo de sociedad calcada sobre esta comunidad (*ad exemplum fratrum suorum*), pero en principio sólo existiría la comunidad familiar formada por los hermanos a la muerte del *pater*. Con el tiempo, a medida que las necesidades económicas fueron aumentando, vendrían exigidas por la estructura económica romana nuevos tipos de sociedad, probablemente derivadas del *consortium* artificial del que nos informa Gayo 3.154b, que en cierta manera ya se iba diferenciando del *consortium ercto non cito inter fratres* en la medida que el *consortium* artificial tenía su origen, no ya en una situación familiar anterior, sino en la voluntad concorde de los ciudadanos que acudían a esta forma social imitadora de la primitiva comunidad familiar<sup>39</sup>. En esta misma medida los nuevos fragmentos de Gayo nos dicen que la primera forma social que hubo en Roma fue el *consortium inter fratres*, del que derivó el *consortium* o *societas inter alios*. En estas dos figuras podemos ver el antecedente de la sociedad clásica. ¿De dónde nace el *ius fraternitatis* de la sociedad clásica sino de estas figuras?<sup>40</sup> ¿Es que no se observan muchos de los caracteres de la *societas omnium bonorum* en el *consortium ercto non cito*? Pero tan errado es no querer ver una relación entre estas figuras, como identificarlas. Está claro que el *consortium ercto non cito* tiene su origen al margen de la voluntad de los *consortes*; de ahí el error de Solazzi<sup>41</sup>, que defiende el *aliud genus societatis proprium civium Romanorum* como sociedad voluntaria y consensual al igual que la *societas iuris gentium*.

#### 4. CONSTITUCIÓN DEL “CONSORTIUM ERCTO NON CITO”

Una cosa es que los hermanos acuerden—ya formado el *consortium*—continuar la comunidad no ejercitando los oportunos me-

39. Vid. ARIAS BONET, en *AHDE*. 19 (1948-49) 238.

40. Así, por ejemplo, COLLINET, en *RH*. (1943) 105, que mantiene la derivación del *ius fraternitatis* del *consortium inter alios*.

41. SOLAZZI, en *Per il XIV Centenario*. 445 ss.; id. *Societas e communitio*, en *Scritti III* (Napoli, 1960), p. 427 ss., que entiende que “*id est quae nudo consensu contrahitur*” de Gayo 3.154 es un glosema. Igualmente BESELER, en *Scritti Beatificazione Ferrini III*, p. 280, y STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, en *ZSS*. 44 (1944) 8 n. 2. El mismo BESELER, *Einzelne Stellen*, en *ZSS*. 46 (1926) 268, antes del descubrimiento del nuevo Gayo, criticando 3.154, se preguntaba “Gibt es noch eine andere *societas* ausser der konsensualen?” La respuesta nos la da el *consortium ercto non cito* de Gayo 3.154a. Defienden la no consensualidad del *consortium* el resto de la doctrina; vid. últimamente GAUDEMET, *Les communautés familiales* (París. 1963), p. 68.



dios de partición, y otra sostener el origen voluntario y consensual de comunidad. Por eso también nos parece desacertada la opinión de Biscardi<sup>42</sup>, que afirma que en el antiguo Derecho Romano el momento constitutivo del *consortium ercto non cito* no estaba en el contrato supuesto por Solazzi, sino en el voluntario permanecer de los hermanos *sui heredes* en aquel estado de indivisión. Esta opinión no la podemos compartir: el *consortium ercto non cito* se forma por el simple hecho que muerto el *pater* sus hijos se encuentran automáticamente en estado de indivisión, no es que se constituya por la voluntad de los *fratres* de continuar la indivisión; esta voluntad afecta a la pervivencia del *consortium*, pero éste está ya constituido. Queda claro, por tanto, que el primitivo *consortium* no era más ni menos que una comunidad entre hermanos constituida a la muerte del común *pater familias*. Todavía alude Ferrini<sup>43</sup> que en los Digestos la palabra *consortes* alude siempre a los hermanos, y cita D. 29.2.78 (*Pomp. 35 ad Q. M.*) y D. 27.1.31.4 (*Paul. 6 quaest.*); cfr. D. 10.2.39.3 (*Scaev. 1 resp.*) y D. 17.2.52.8 (*Ulp. 31 ad Ed.*).

También nos parece desacertada la idea de algún autor como Arnó<sup>44</sup>, que estima que, independientemente del antiguo *consortium*, existía para alguna corriente de juristas, como los Servianos, un *aliud genus societatis* que surgía sin el consentimiento, y en cuanto a ésta se llegaba *non consensu sed re*, sería por tanto una *societas re contracta*<sup>45</sup>. Esta idea tan desacertada no tiene en cuenta que Gayo—en el que se basa Arno—habla de un *aliud genus societatis* para referirse al *consortium* después de su exposición de la sociedad consensual, pero no dice nada de que fuera una *societas re contracta*. Tal distinción no cabe en una época antigua; sólo cabría—y habría que ver en qué medida—en una época posterior en la que ya se habían ido decantando los conceptos jurídicos, y se advertía claramente que tal tipo de sociedades—tales como la comunidad hereditaria—no cabían en el cuadro clásico de la sociedad consensual. Por eso llegó a admitirse en una cierta medida el concepto de *societas re contracta*, que los postclásicos solucionaron con

42. BISCARDI, *Sul regime della comproprietà in diritto attico*, en *Studi Paoli* (Firenze, 1955), p. 119.

43. FERRINI, *Opere* III, p. 20.

44. ARNO, *Corso di diritto romano. Il contratto di società* (Torino, 1938), p. 44 y 45.

45. Defienden la clasicidad de la *societas re contracta*, EIN, *L'azione dei condomini*, en *BIDR.* 39 (1931) 76 ss.; y FREZZA, *Actio communi dividundo*, en *RISG* (N. S.) 7 (1932) 3 ss. Estos autores parten de una identificación en época clásica entre *communio* y *societas*, basándose fundamentalmente en que, en las fuentes, "socii" es utilizado para indicar tanto los condóminos como las partes de un contrato de sociedad. En contra, ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono* 4 (Palermo, 1936), p. 357 ss.



la inserción de tales comunidades en el marco de los cuasicontratos: *communio incidens*.

De todo lo expuesto, queda bien claro que el primitivo *consortium ercto non cito* era la comunidad doméstica que se formaba automáticamente entre los *sui heredes* a la muerte del *pater familias*. Y al decir que se formaba automáticamente negamos, no sólo la teoría de Collinet<sup>46</sup> sino también la de Betti<sup>47</sup>, que sostiene que para la constitución del *consortium ercto non cito* actuarían los *sui* por medio de recíprocas *in iure cessiones*, por las que cada uno de los *sui*, reivindicando en la cualidad de *suus* la herencia frente a los hermanos que consienten en ello, llegaba a constituirse un dominio integral (*in solidum*) en concurrencia con los otros sobre el patrimonio común. Hemos de confesar que esta idea nos sedujo en principio, e incluso llegamos a pensar que Gayo hablaría de *consortium* como *societas legitima* en este sentido: en el sentido de que los *sui* para constituir el *consortium* actuaría a través de una *legis actio*, en este caso, de una *in iure cessio*. Pero nos parece que es forzar demasiado la constitución de la primitiva comunidad hereditaria. La tesis de Betti podría ser exacta de admitir el testamento en la época al menos de las XII Tablas, y esto—yo lo hemos dicho repetidas veces—no lo admitimos. Por ello, y aun reconociendo que es sugestiva la construcción de Betti, que incluso nos llegó a parecer una plausible explicación del término *societas legitima* de Gayo, no la compartimos<sup>48</sup>.

46. COLLINET, en *RH.* (1934) 102, sostiene que para la constitución del *consortium* era necesario un acto especial de constitución, y se funda para ello en un texto de Varrón, *De lingua latina* 6.64 v. *conserere manu*. Collinet conjetura que los coherederos juntarían sus manos sobre un objeto de la herencia que la simbolizaba en su totalidad, pronunciando a la vez determinadas palabras solemnes que podrían ser *ercto non cito vivamus*, fórmula que Collinet cree propia no sólo del *consortium inter suos heredes*, sino también del *consortium inter alii*. Esta tesis cuenta, sin embargo, con el obstáculo que en Gayo 3.154a no se dice nada de ello, y, además, con la existencia de otros textos importantes, como Gayo 2.157 y D. 28.2.11, que tampoco dicen nada de tan complicado ritual.

47. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* I (rist. inalt. de la 2.<sup>a</sup> ed. Padova, 1947), p. 89 n. 25.

48. Muy en relación con esta cuestión, dice RICCOBONO, *Note sulla dottrina dell'errore*, en *BIDR.* 43 (1935) 3, que las interpolaciones más célebres y frecuentes en el Digesto son las constituidas por la sustitución de términos del *ius gentium* a los actos solemnes del *ius civile*. Así, el nuevo Gayo—dice Riccobono—ha revelado que a la *societas quae nudo consensu contrahitur* se solía contraponer la figura propia del *ius civile* que Gayo llama *societas legitima*; esta parte del nuevo Gayo fue suprimida en el manuscrito veronés, y es correcta la sospecha que la misma eliminación se produjese en D. 44.7.57 (*Pomp. 36 ad Q. M.*), en el que entre los negocios solemnes del *ius civile* la *societas legitima* debía ser recordada en oposición o junto a aquella *quae in consensu consistit*. Esta idea confirma nuestra tesis que ve el *consortium*

## 5. DIVISIBILIDAD DEL "CONSORTIUM ERCTO NON CITO"

Pero aun admitiendo este origen "natural" del *consortium*, en el sentido de no contar en el momento inicial con la voluntad de los *consortes*, no queremos decir con ello que fuera una comunidad indivisible. Hay que observar que de la misma expresión *ercto non cito* ha habido autores que mantienen la indivisibilidad del *consortium* primitivo<sup>49</sup>. Fundamentalmente se apoyan en el famoso texto de Gelio, *Noctes Atticae* 1.9.12: *Sed id quoque non praetereundum est, omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito"*.

Naturalmente, para todos aquellos autores que defienden la formación coactiva del *consortium*<sup>50</sup>, es decir, que piensan que la ley imponía necesariamente el *consortium*, habrán de suponer que la división era muy difícil o, al menos, estaría sustraída a la voluntad de las partes. Nosotros ya nos hemos pronunciado por la no coactividad del *consortium*, y, consecuentes con esta tesis, mantenemos la divisibilidad del mismo. Pero de todas maneras, el texto de Gelio merece un análisis detenido.

Sostenemos que no puede darse al término *societas inseparabilis* de Gelio un riguroso valor técnico<sup>51</sup>. Por otro lado, es de observar que Gelio se refiere ante todo a las sociedades pitagóricas<sup>52</sup>, y a este respecto señala Maschi<sup>53</sup> que resulta evidente del contexto de Gelio que éste no tiene preocupaciones de técnica jurídica, y habla del antiguo consorcio incidentalmente, por vía de simple comparación. El consorcio, al no ser coactivo, podría dividirse en cuanto uno de los *consortes* lo requiriera. Desde la época de las XII Tablas el medio legal de dividir el consorcio sería a través de una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo 4.17a), que

---

como *societas legitima* en cuanto ésta vendría dada por la tradición, por las antiguas *mores*.

49. KARLOWA, *Der römischen Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen* (1872), p. 143 n. 2; FADDA, en *Studi Brugi*, p. 146 ss.; ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 228; id. *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934), p. 511; ARNO, *Il contratto di società*, p. 40.

50. Vid. *supra* n. 32.

51. Así ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 178. Para SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome* (Paris, 1947), p. 215 ss., el texto de Gelio referido a la *societas inseparabilis* quiere decir que esta sociedad no se disolvía de pleno derecho a la muerte de uno de los asociados.

52. PEROZZI, *Parentela e gruppo parentale*, en *BIDR.* 31 (1921) 121; WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft I* (Weimar, 1936), p. 105 n. 2; BISCARDI, en *Studi Paoli*, 110 n. 1.

53. MASCHI, *Disertiones*, p. 6.



daría lugar a la *actio familiae erciscundae* que parece ser, sin género de dudas, la acción divisoria más antigua a lo largo de todo el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas romanas<sup>54</sup>. Antes de las XII Tablas, se procedería a la partición por medio de acuerdos amistosos<sup>55</sup>, o, como señala Gioffredi<sup>56</sup>, se debe añadir que algún expediente judicial debía preexistir a las XII Tablas, porque es poco verosímil—añade Gioffredi—que la ley crease de la nada una nueva acción para relaciones nunca antes tuteladas; en el fondo lo que harían las XII Tablas sería aprestar un procedimiento más adecuado.

Hemos de observar que, salvo Gelio—y ya hemos visto el valor dudoso de su afirmación—, los datos que tenemos se pronuncian sobre la divisibilidad del *consortium*. Una prueba en este sentido podemos extraerla de la declamación 321 de Quintiliano<sup>57</sup>, en la que la división aparece como normal. En todo caso, tal división está clarísima a partir de las XII Tablas (D. 10.2.1 pr.), que proveyó a la división por medio de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo 4.17a). Para antes de las XII Tablas, hemos de admitir que no conocemos claramente ningún medio jurídico idóneo para ello, pero es de presumir racionalmente que se procediera a la partición de una forma amistosa. En el fondo, la comunidad familiar se regía por principios igualitarios, como ha demostrado el nuevo Gayo, y si cualquiera de los *consortes* podía mancipar las cosas comunes y libertar los esclavos comunes con efectos obligatorios para todos, es más de suponer que pudiera pedir la partición—al menos, de su cuota (ideal)—con iguales efectos obligatorios.

Desde luego, hay que pensar que la *actio familiae erciscundae* no ha sido un remedio originario para la división del *consortium*; por ello piensa Cornil<sup>58</sup>, seguido por Albanese<sup>59</sup>, que la división estaría condicionada originariamente al acuerdo efectivo de todos los *consortes*. A partir de las XII Tablas, cada uno de los miembros del *consortium* podría pedir independientemente de los demás la partición. Tal hipótesis la apoya Albanese en la consideración que tales límites originarios (necesidad del acuerdo de to-

54. Vid. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar, 1912), p. 2 ss.

55. Así MICHON, *Autour des origines légales de l'agnation externe*, en *Mélanges Cornil* 2 (París, 1926), p. 116; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli, 1950), p. 6 n. 5.

56. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, p. 230 n. 90.

57. Vid. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano, 1938), p. 243.

58. CORNIL, *Du mancipium au dominium*, en *Festschrift Koschaker I* (Weimar, 1939), p. 411, 425. Cornil sigue bastante la opinión del holandés Wilms, cuyas obras no hemos podido manejar directamente, sino a través de Cornil.

59. ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 183.



dos los miembros para la partición antes de las XII Tablas) serían conformes al estado general de la vida social romana primitiva, y, sobre todo, sería conforme al rígido sistema patrimonial del *consortium* que presupone indudablemente una importante exigencia de unidad. A la posibilidad de división del consorcio refiere Albanese un texto de Quintiliano, ya citado más arriba: *Inst. orat.* 7.3.13: *clarigatio ercti citi*. Observa Albanese que el término *clarigatio* es muy antiguo y se aplica en el campo del lenguaje publicístico y religioso<sup>60</sup>; haría referencia al Derecho de guerra, significando intimación de guerra, de lo que deduce Albanese que se puede estimar con bastante probabilidad que la frase *clarigatio ercti citi* indicase la intimación por parte de un miembro del consorcio a los otros para obtener la división del mismo. Nos parece muy hipotética esta explicación; no olvidemos que Quintiliano cita estas palabras a propósito de ejemplificar términos oscuros en la lengua latina.

#### 6. ADMINISTRACIÓN DEL "CONSORTIUM ERCTO NON CITO"

Veamos ahora los problemas que plantea la administración del *consortium*. El nuevo Gayo 3.154b hace referencia, ciertamente, a un régimen solidario en el que todos los *consortes* tienen idénticos poderes en orden a la administración, poderes amplios en cuanto que uno cualquiera de los *consortes* manumitiendo un siervo común hacía adquirir para todos el derecho de patronato sobre el mismo, y, haciendo la *mancipatio* de la cosa común, el comprador adquiría válidamente la cosa. Este régimen, en abierta oposición con los principios clásicos, no puede explicarse de otro modo que recurriendo al vínculo familiar que unía a los *consortes*, que colocaba a todos en una posición jurídica igualitaria. Rechazamos por ello la hipótesis de Solazzi<sup>61</sup>, que el "unus" de Gayo sea el *consors* administrador al que los otros *consortes* hubieran confiado el encargo de regir y administrar el consorcio. Los argumentos de Solazzi son los siguientes: ningún consorcio ha podido vivir y florecer sin la persona de los administradores; el antiguo Derecho romano admitía que el administrador con plenos poderes de disposición fuese uno solo de los socios (*vel unus*), y si hay un *suus* que puede enajenar la propiedad social y verosíblemente también obligar a todos los socios, aquel *suus* moral y jurídicamente asume el puesto de jefe del consorcio. La absoluta paridad entre los miembros del consorcio no es cierta, porque las necesidades vitales del consorcio no lo permiten. Esta tesis ha sido combatida desde todas

60. Cfr. WISSOWA, v. *clarigatio*, en *REPW.* III c. 2627.

61. SOLAZZI, en *Per il XIV Centenario*, p. 448 ss.

partes<sup>62</sup>, y ciertamente tiene muchos puntos débiles. El principal, quizá sea que el *unus* del que habla Gayo se refiere evidentemente a que uno cualquiera de los *consortes* podría actuar válidamente sobre las cosas comunes obligando con su actuación a los demás<sup>63</sup>; no se refiere a que los *consortes* eligieran un administrador al que confirieran poderes amplios. Esto sería concebir la primitiva comunidad hereditaria con unos moldes tardíos. Las escasas fuentes de que disponemos no nos dicen nada en este sentido (Gayo 2.157 y D. 28.2.11); más bien insisten en la posición igual de todos los hermanos.

El régimen del *consortium* sería análogo a la colegialidad<sup>64</sup>. Cada uno de los *consortes* podría hacer todo en cuanto no se lo impidiera cualquiera de los otros. En este punto, los esfuerzos de Bonfante son todavía de gran utilidad. Así, dice Albertario<sup>65</sup> que en el consorcio familiar —esto es, dice, en el primer tiempo histórico del condominio— cada uno de los *consortes* tiene el poder sobre toda la cosa, como cada uno de los dos cónsules está investido de todo el poder soberano. En todas estas ideas hay un gran eco de las teorías bonfantianas, en primer lugar de la famosa “teoría política de la familia”, y también de la teoría del “dominio plúrimo integral” que Bonfante atribuye al condominio<sup>66</sup>. Así, en España, el profesor Arias Ramos<sup>67</sup> señala que los nuevos fragmentos de Gayo, en vez de desnaturalizar la tesis de Bonfante, demuestran el paralelismo que éste tanto acentuó entre la evolución de la familia y la de la *civitas* en el paso de la monarquía a la colegialidad republicana.

Hay que pensar que para Bonfante la familia primitiva romana sería un organismo cuya estructura y función tenía la misma estructura que la *civitas*, o sea, la familia tendría una naturaleza política en cuanto realizaba prácticamente los mismos fines que realizaban los organismos primitivos: orden y autoridad internos,

62. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 237; ARANGIO-RUIZ, en *BIDR.* 42 (1934) 602; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 281 ss.; MASCHI, *Dissertationes*, p. 49 n. 2; WIEACKER, *Societas*, p. 180; ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 186 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo*, p. 230 n. 87.

63. Cfr., por ejemplo, WIEACKER, ob. cit. y ALBANESE, ob. cit.

64. Vid. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. priv.* 1942, p. 147; DE VISSCHER, *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, en *Nouv. ét.* (Milano, 1949), p. 268; id. en *Conf. rom. Castelli* (Milano, 1940), p. 13; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 281; FREZZA, en *Studi Solazzi*, p. 501. 529 ss.; FADDA, en *Studi Brugi*, p. 143; ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 231.

65. ALBERTARIO, en *Per il XIV Centenario delle Pandette*, p. 514 ss.

66. La teoría política de BONFANTE puede verse en sus *Scritti giuridici varii I* (Torino, 1926), p. 101 ss.; *Corso di diritto romano VI* (Roma, 1930), p. 79 ss. La tesis del dominio plúrimo integral puede encontrarse en su *Corso di diritto romano II. 2* (Roma, 1928), p. 13 ss.

67. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. Priv.* 1942, p. 147.



dirigidos por un *pater familias*, y un sistema de defensa hacia el exterior. En esta tesis de Bonfante hay un núcleo admisible, en cuanto ha logrado captar la fuerza y energía del núcleo primitivo de la familia en ausencia de un núcleo fuerte estatal, tesis política que se difundió extraordinariamente y en el mundo del Derecho sirvió para explicar una serie de aspectos de las instituciones jurídicas. Pero la teoría política comenzó a decaer en Italia mismo<sup>68</sup>, y en realidad los autores alemanes nunca habían aceptado claramente la teoría política al partir de la comunidad primitiva romana de la casa. Arrastrando los romanistas alemanes una tendencia comunitaria en el estudio de las instituciones primitivas, supusieron que la familia romana, como la germánica, era una gran comunidad donde todos los miembros eran iguales en derecho, trasunto de las comunidades germánicas primitivas; y, en efecto, en las instituciones romanas hallaron un *mínimum* de base para llegar a esta idea. Los hijos se consideraban en cierta manera *condóminos* en la vida de su padre. Por otro lado, el *consortium ercto non cito* del nuevo Gayo fue para los romanistas alemanes una prueba de que la familia romana era una comunidad integrada por el padre y los hijos en igualdad de derechos<sup>69</sup>. Es decir, insisten fundamentalmente en el carácter de comunidad familiar —“Hausgemeinschaft”— del primitivo instituto romano. El *consortium ceterorum* lo explican dentro de esta corriente de ideas, como un hermanamiento artificial, una “Verbrüderung”<sup>70</sup>.

Pero con todo, el núcleo de ideas de Bonfante sigue teniendo defensores. Así, Arias Ramos<sup>71</sup>, en orden al *consortium*, dice: “la finalidad a que con el *consortium* se apuntaba, presenta, juntamente con el aspecto económico, aquel otro de tipo político en el que tanto insistió Bonfante. La familia fue originariamente organismo político; especie de válvula federal o feudal, cuyo agrupamiento integraba la *civitas*, y al evitar el fraccionamiento del patrimonio familiar, no se buscaba sólo la finalidad económica de la continuidad en la explotación, sino la de no debilitar con la des-

68. Quizá el último gran esfuerzo antibonfantino en Italia sea el realizado por AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, en *SDHI*, 10 (1944) 1 ss.

69. Vid. BESELER, *Lucubrationes Balticae*, en *SDHI*, 3 (1937) 386; *Rö-misch-Germanischen Frührecht*, en *Conf. rom. Castelli*, p. 46 ss.; LEICHT, *Il diritto privato preirneriano* (Bologna, 1933), p. 74 (para época más tardía); SIBER, *Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden*, en *Acta Acad. univ. iurispr. comp.* I (1928) 986; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* 2.<sup>a</sup> ed. (Köln-Graz, 1956), p. 5; WESTRUP, en *Studi Albertoni* 1, p.160 ss.; RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung*, en *Mnemosyna Pappulias* (Atenas, 1934), p. 187; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 258 ss.; WIEACKER, *Societas*, p. 212 ss. En contra, muy vigorosamente, ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 195 ss.

70. Así, por ejemplo, WIEACKER, *Societas*, p. 131 ss. y 169 ss.

71. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. Priv.* 1942, p. 146.



membración de su territorio el núcleo político que la familia constituía, así como la de procurar que en la organización centuriada de la *civitas*, los miembros de la familia en el régimen de *consortium*, siguieran conservando el mismo puesto en el censo". En este mismo campo de ideas se mueve De Martino<sup>72</sup>, que actualmente sigue diciendo que la teoría política de la *gens* y la familia resiste todavía: es la única que permite entender la estructura de los grupos en el mundo romano antiguo. Explica el proceso histórico antiguo como el traspaso de la originaria comunidad familiar doméstica a un rudimentario grupo político para que surgieran los primeros poderes coercitivos. De Martino<sup>73</sup> no acepta la hipótesis de que el ordenamiento de la *gens* se pueda reconstruir sobre la base del *consortium*, porque para él el *consortium* es un derivado histórico de la gran familia primitiva en la que el fuerte poder del padre era atenuado por el poder colegial de los hermanos. Concorde con su tesis, añade<sup>74</sup> que los esfuerzos realizados para encontrar en el sistema de *consortium* romano la prueba de una comunión doméstica, en la que los miembros singulares son copartícipes ya durante la vida del padre, no aparecen coronados por el éxito. En tal hipótesis —dice De Martino— convendría distinguir entre herencia y comunión colegial de los hermanos, y tal distinción no está probada de ninguna manera; por otro lado —añade—, el consorcio familiar no excluye que en época más arcaica el poder fuese atribuido a uno solo de los hermanos, y que el régimen descrito por Gayo se remonte a una etapa intermedia del desarrollo histórico.

Hay varios puntos corregibles en la tesis de De Martino. Quizá el principal —desde nuestro punto de vista— sea hablar de la herencia en la época en la que rige el *consortium exco non cito* (creemos que el *consortium* se mantuvo desde antes de las XII Tablas hasta finales de la República, es decir, se mantuvo en la medida que no había un concepto de *hereditas*, ni de testamento con institución de heredero en sentido técnico), porque sostenemos que durante gran parte de la República y, desde luego, en las XII Tablas no había un concepto de *hereditas* técnicamente hablando. Si hay un único *suus heres*, éste sucede automáticamente al *pater familias*, y si hay varios, se forma una comunidad entre ellos, automáticamente, sin intervención de la voluntad (cfr., aunque es mucho más tardío, D. 10.2.25.16), porque ya en vida del *pater* los hijos, en cierta manera, son copropietarios del patrimonio familiar (Gayo 2.157; D. 28.2.11). El concepto de *hereditas* iría naciendo en la medida que la fuerte cohesión de la familia primitiva se iba

72. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I (Napoli, 1958), p. 11.

73. DE MARTINO, *Storia* I p. 12.

74. DE MARTINO, *Storia* I p. 15.

disgregando, y llegaría un momento en que tal dispersión daría facultad al *pater* para designar un heredero. El *pater* en la época arcaica tendría dentro de la familia unos poderes grandes, tales como la *potestas* sobre sus hijos, poder tan enraizado dentro de las antiguas *mores*, que para perderlo habría de mancipar (*venum dare*, dicen las fuentes: XII Tablas III.2, según la reconstrucción de Bruns) tres veces al hijo<sup>75</sup>, pero el ámbito de atribuciones patrimoniales le estaba vedado. No podría disponer de los bienes fundamentales dentro de aquella economía primitiva (*familia*), porque socialmente, y es más, jurídicamente (XII Tablas V.4), estos bienes eran adquiridos automáticamente por sus hijos —*sui heredes*—, que más que adquirir dichos bienes *ex novo*, no harían más que actualizar su latente derecho de propiedad que ya tenían en vida del padre, de tal manera que Paulo, comentando a Sabino, para este caso señala *ut nulla videatur hereditas fuisse*, sino una *continuatio domini*. Ya la idea de *hereditas* era normal en época de Sabino, y Paulo, para acentuar de qué manera se producía la sucesión de los *sui*, no tenía más remedio que apelar al ejemplo, extraño probablemente en su época, de que no pareciera haber *hereditas*.

De todas maneras, la tesis de la finalidad política del *consortium* no está muy descaminada. En este sentido, numerosos autores señalan que los hijos, viviendo en la indivisión familiar, continuarían incluidos en las mismas clases del censo en la que estuviera el *pater familias*<sup>76</sup>. Ahora bien, esta situación, a nuestro juicio, es más una consecuencia que causa del *consortium*<sup>77</sup>. Los hijos continuarían viviendo en la indivisión porque no había testamento por el que el padre pudiera asignar a cada uno de ellos una porción

75. Vid. últimamente FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano* (Salamanca, 1963) p. 45.

76. Vid. en este sentido, ARIAS RAMOS, ob. cit. 146; DEL CHIARO, *Le contrat de société en Droit Romain privé* (París, 1928) p. 11; MONIER, *Nouveaux fragments* p. 25; DE ZULUETA, en *JRS.* 25 (1935) 27 n. 30; ARANGIO-RUIZ, *P. S. I.* XI p. 36 n. 3; íd. *La società* p. 7; GAUDEMET, *Indivision* p. 13.

77. Aunque no admitamos el núcleo de ideas bonfatianas, no quiere decir que suscribamos ideas como las que expone GIOFFREDI, *Diritto e processo* 229, para quien el *consortium* se explica como una cuestión de oportunidad. Gioffredi observa que constituida la familia como núcleo autónomo, emerge paralelamente la autonomía de los *fili* a la muerte del *pater*, y su permanencia en la comunidad familiar se pone como cuestión de oportunidad que no lesiona aquel principio de autonomía. No creemos que el *consortium* fuera una cuestión de oportunidad; es que la misma estructura económica primitiva, y la fuerte cohesión de la familia lo exigía, todo ello unido a la imposibilidad por parte del *pater* de designar un heredero entre los *sui*, al no tener facultad para ello. La familia sería una comunidad —incluso de bienes— aun en vida del *pater*, comunidad que aparece con mucha mayor transparencia a la muerte de éste.

de los bienes familiares en el caso de su muerte, por lo que los hijos, siempre que fueran varios, automáticamente pasarían a ser titulares del patrimonio familiar solidariamente. En este sentido, es aceptable la tesis de Arangio-Ruiz<sup>78</sup>, que mantiene que en el *consortium* la idea de fracción (cuota hereditaria) que funciona en el interior del grupo para el reparto de los frutos y los gastos, y ciertamente ha dado la norma a la eventual división, no entraba en juego en las relaciones con los extraños: aquí cada uno de los *consortes* representaba todo el consorcio, tanto en los actos positivos como en la defensa judicial. Y no había testamento porque no se conocía aún la idea de *hereditas*. Esta sufrió un largo período de evolución: en principio tendría un carácter de *res corporalis*, quizá de cosa colectiva<sup>79</sup>, y más tarde, a finales de la República, llegaría a ser un concepto jurídico abstracto; el proceso está ya claramente perfilado en Labeón, que habla de la *hereditas* como *nomen iuris* (cfr. D. 37.1.3.1).

## 7. LA COMUNIDAD FAMILIAR

Veamos ahora las fuentes de época clásica que nos informan de la comunidad familiar.

Gayo 2.157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur. unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum, necessarii vero dicuntur, quia omni modo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

D. 28.2.11. (Paul. 2 ad Sab.) In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

78. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli, 1957), p. 226.

79. Para una ampliación de estos conceptos, vid. nuestro trabajo citado, *La venta de herencia en Derecho Romano*.

80. Así, WIEACKER, *Societas*, p. 178, señala D. 28.2.11 como "Kernstelle". LEIFER, *Suus heres und älteres Libraltestament*, en *Festschrift Koschaker*



Estos textos, tan exaltados para la doctrina que defiende la comunidad doméstica<sup>80</sup>, han sido atacados desde diversos puntos de vista. Metodológicamente los critica De Martino<sup>81</sup>, que observa que no pueden ser invocados para sostener la originaria comunión doméstica, porque no es posible que los clásicos pudieran tener todavía conciencia de principios antiquísimos y extraños a su mentalidad. Contra la genuinidad de los mismos se pronuncian Beseler, Solazzi y, durísimamente, Albanese.

Beseler<sup>82</sup> elimina del texto: <*Sui heredes*> [*in suis hereditibus - essent, qui*] ... [*sola nota - genitus sit*], por lo que deja una puerta abierta a la comunidad familiar; rechaza la *continuatio domini*, pero mantiene como genuina la frase *vivo patre quodammodo*... Solazzi<sup>83</sup> sostiene como glosema "*et vivo... existimantur*" en ambos textos. Solazzi entiende que es exacto afirmar que los *liberi* se llaman *sui* y que reciben en primer grado la sucesión intestada porque son *domestici heredes*. Pero no es exacto —dice— que el grado de la vocación dependa o se justifique por el condominio; la idea de la comunidad de derecho no es necesaria para justificar la sucesión de los hijos a la muerte del padre, y menos la adquisición inmediata del patrimonio hereditario sin que realizaran la adición. También observa<sup>84</sup> que la *continuatio domini* no sería una prerrogativa de los *sui*, sino un fenómeno que existe en toda herencia, bien que sea más conspicuo y rico en consecuencias en la sucesión de los *sui*.

Rabel<sup>85</sup>, por su parte, somete D. 28.2.11 a una crítica muy discreta. Elimina *evidentius*, el inciso *sola nota - genitus sit*, y desde *hac ex causa* hasta el final, de forma que mantiene perfectamente la tesis de la "*Hausgemeinschaft*"<sup>86</sup>.

Pero la crítica más exagerada a estos textos, fundamentalmente a D. 28.2.11, ha sido la realizada por Albanese<sup>87</sup>, que niega todo valor al texto; crítica realizada —a nuestro juicio— con unos caracteres demasiado dogmáticos.

Es posible que haya alguna alteración: el *evidentius, consequuntur* en vez de *consequi*, introducidos en el texto por obra de

2 (Weimar, 1939), p. 248 n. 2 destaca la importancia —y genuinidad— de estos textos en orden a "*der latenten Mitberechtigung der Hauskinder am Familieneigentum*".

81. DE MARTINO, *Storia* I, p. 15 n. 16.

82. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (Tübingen, 1920), p. 231.

83. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* I (Napoli, 1932), p. 160 ss.; *id.* "*Quodam modo*" nelle istituzioni di Gaio, en *SDHI*. 19 (1953) 124 ss.

84. SOLAZZI, en *SDHI*. 19 (1953) 129 n. 24.

85. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantès*, en *ZSS*. 50 (1930) 326 ss.

86. Que desarrollará el mismo RABEL más tarde en *Mnemosyna Pappulias*, p. 187 ss.

87. ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 218 ss.

algún postclásico, pero no creemos por ello que esté alterada la sustancia del texto, porque, entre otras razones, no creemos reflejara la situación en la época clásica, sino que se refiere a otra época más antigua. Hay que pensar que el texto de Paulo está sacado de un comentario de Sabino, y por otro lado, Gayo como es hoy admitido que sus Instituciones no son íntegramente del siglo II, sino que habría comentado unas Instituciones anteriores<sup>88</sup>, probablemente habría comentado a Sabino —aunque esta hipótesis no tenemos conocimiento que esté demostrada todavía—. En la época clásica el *consortium* entre hermanos no tendría los mismos caracteres que hemos visto en el antiguo *consortium ercto non cito*; ahora se acentúa más el momento voluntario, cfr. D. 17.2.52.8: *si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit*; cfr. también D. 10.2.39.3; 26.7.47.6, que apuntan ya a la *societas omnium bonorum* constituida entre los hermanos voluntariamente entre ellos. De ahí que creamos que D. 28.2.11 y Gayo 2.157 no se refieren tampoco exactamente a la situación de su época, sino a una época anterior<sup>89</sup>.

Kunkel<sup>90</sup> señala que aún quedan en el primer siglo del Imperio huellas —sobre todo epigráficas, aunque también cita alguna fuente literaria— que atestiguan que el concepto y función social del *consortium* estaban vivos todavía. Así cita C. I. L. XII 5864; VI 22355a; V 2844; V 6066; V 3405; VI 14093, y Plinio, *ep.* 4.10; 5.1; 5.7 y 7.11 Estos datos prueban que aún perduraría en los romanos el recuerdo del antiguo *consortium*, aunque en el terreno técnico-jurídico se le iba dando otra configuración: quizá en primer lugar se le consideraría una *societas re contracta* o una *communio*, y en todo caso, y esto es ya obra postclásica, como *communio incidens* (D. 10.2.25.16). Aún recuerda Kübler<sup>91</sup> que en Plauto, *Trucul. Prol.* 21 se hace una alusión al *consortium ercto non cito*, y Pringsheim<sup>92</sup>, corrigiendo una lectura de Heimbach (*Bas.* I, 753), encuentra una mención del *consortium* —κοινωνία— *ercto non cito* en el escolio de Esteban a D. 17.2.52.6, lectura confirmada por Lawson<sup>93</sup>, y posteriormente por el propio Pringsheim<sup>94</sup>.

88. En este sentido, D'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca, 1943), p. 99.

89. Así, por ejemplo, ARANGIO-RUIZ, *La società*, p. 8 n. 11, señala que D. 28.2.11 tiene un valor más social que jurídico, no compartiendo tampoco la exagerada crítica de ALBANESE.

90. KUNKEL, *Ein unbachtetes Zeugnis über das römische consortium*, en *Ann. Fac. Droit d'Istanbul*, 4-5 (1955) 57 ss.

91. KÜBLER, *Erctum ciere bei Plautus?*, en *ZSS.* 56 (1936) 257.

92. PRINGSHEIM, *Stephanos zu D. 17.2.52.6*, en *ZSS.* 45 (1925) 492.

93. LAWSON, *Bemerkungen zur Basilikenhandschrift Coislinianus 152*, en *ZSS.* 49 (1929) 208 ss.

94. PRINGSHEIM, *Das Basilikonskolion zu ercto non cito*, en *BIDR.* 44 (1936-37) 415.



Este dato nos asombra bastante, y sólo puede explicarse en el sentido que el escoliasta Esteban era un gran conocedor de las antigüedades romanas.

#### 8. EL "CONSORTIUM CETERORUM"

En Gayo 3.154b se menciona la posibilidad de que a imitación del *consortium ercto non cito*, pudieran extraños formar una sociedad análoga. Pero este consorcio entre extraños tiene su fundamento en la voluntad de sus miembros (*societatem coierint*), voluntad que ha de tener una manifestación expresa y solemne delante del pretor, y por medio de una *certa legis actio*, probablemente a través de una *in iure cessio*<sup>95</sup>. Cada uno de los que pretendían formar parte de esta sociedad haría cesión *in iure* de sus bienes en favor de la sociedad, o en todo caso, cada uno de ellos harían *in iure cessiones* recíprocas para formar este nuevo consorcio<sup>96</sup>. Está muy clara la consensualidad de esta forma social; no es que sea la consensualidad pura como se dio en la época clásica; el *consortium* artificial se rodea de ciertos requisitos: presencia ante el pretor, actuación por medio de una *legis actio*, actos que no se requerirán más adelante, en el momento en que el simple consentimiento generaba obligaciones entre las partes por ello mismo: porque se había otorgado el consentimiento. Pero en una etapa primitiva de Roma, que podemos centrar desde antes de las XII Tablas hasta el siglo II o I a. C., sólo había un tipo de sociedad, sociedad que no era consensual, sino una comunidad familiar; todos aquellos que querían formar una sociedad no tenían más remedio que acudir al expediente de imitar en su constitución tal comunidad familiar; esta nueva forma sería consensual, pero sujeta a una serie de requisitos, de forma que con el tiempo, a medida que el principio de autonomía de la voluntad se va desarrollando, irán desapareciendo, hasta llegar a la época clásica en la que el tipo más general de sociedad será contractual por antonomasia. Todavía se admiten ciertos tipos sociales que no entran exactamente dentro de

95. En este sentido, entre otros, vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* (13 ed.), p. 350; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 290; WEISS, *Untersuchungen zum neuen Gaius*, en *Festschrift Schulz II* (Weimar, 1951), p. 87; DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, p. 177.

96. WIEACKER, *Societas*, p. 154, da al consorcio entre extraños el nombre de *ercto non cito*, considerando que Gelio *N. A.* 1.9.12 aplica tal nombre al consorcio artificial, como lo prueba las frases *in medium dabat, coibatur...* que apuntan a una constitución del consorcio mediante actos idóneos que no se exige para el consorcio entre hermanos. En contra, ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 142 n. 3, objetando que Gelio se refiere solamente al consorcio pitagórico cuya constitución no podía producirse sino por actos de tal género.



la sociedad contractual, que fuerzan a los juristas a hablar de una *societas re contracta*, una sociedad contraída, no por la voluntad, sino por la fuerza misma de determinadas situaciones, formas que en época postclásica ya se encuadrarán al margen de obligaciones contractuales para entrar en el campo de los cuasicontratos.

ARMANDO TORRENT  
(*Universidad de Salamanca*)

## II

### MERCANTILISTAS ESPAÑOLES DE FINALES DEL SIGLO XIX Y COMIENZOS DEL XX \*

Hace bastantes años pronuncié en esta Universidad el Discurso de Apertura del Curso académico y lo dediqué a dar una notoriedad merecida a la vida y la obra de aquellos mercantilistas nacionales que florecieron en la época de nuestro primer Código de comercio<sup>1</sup>. No constituyó para mí pesada tarea, sino más bien gozo, el recordar y tributar homenaje a quien, por su exclusiva iniciativa individual, abrió la nueva era de la Codificación mercantil en España y también a los tratadistas y comentaristas que, seguidamente, impulsaron el progreso científico de esta rama del Derecho privado.

Correspondiendo al amable requerimiento que me han hecho algunos queridos colegas de Facultad, singularmente los historiadores, voy a continuar ahora aquel estudio, siguiendo los pasos del tiempo. Re caerá mi atención sobre los numerosos e ilustres varones, ya desaparecidos, que prepararon el advenimiento del segundo Código comercial y que luego, girando dentro de su órbita de vigencia, supieron dar mayor desarrollo al Derecho mercantil, ampliando los conocimientos y elevando el tono de la investigación doctrinal. Merece ser evocada con singular complacencia esta otra generación que vivió en el tránsito entre dos centurias; porque, como pronto se verá, mejoró mucho con su esfuerzo la situación precedente y nos dejó una estimable herencia, hoy recogida y acrecentada por otro brillantísimo contingente de maestros especializados en la materia. Que así, con lentitud, pero con firme seguridad, va tejiendo la historia humana sus adelantos y creaciones.

---

\* Conferencia pronunciada el 21 de octubre de 1965, en el Curso de "Historia Universitaria" de la cátedra de Historia del Derecho Español de la Universidad de Granada.

1. *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de Comercio*. Discurso de apertura en la Universidad de Granada, 1950-51. 2.ª ed. en el *Boletín* de esta Universidad, núm. 90.

Sin más preámbulos —porque es largo el camino a recorrer— alzo el telón del pasado, para presentar el escenario, los personajes y la obra.

\* \* \*

#### A) DOS PANORAMAS HISTÓRICOS DIFERENTES.

El Código de comercio del 30 de mayo de 1829 apareció como un suceso extraño, inesperado en una situación de nuestro país radicalmente ajena al sosiego espiritual y material que da clima adecuado para la serena gestación de una empresa legislativa tan importante. Habíamos perdido las provincias de Ultramar; sufríamos una honda crisis económica, pública y privada; languidecían el comercio y la industria; sucedíanse las agitaciones políticas internas más graves; la vida social, plagada de sectarismos, rivalidades y asechanzas, discurría entre las sombras del absolutismo de Fernando VII. En tales circunstancias, un noble varón, hijo de esta Andalucía luminosa, don Pedro Sainz de Andino, jurisconsulto sabio y de preclaro talento, tuvo la audaz y feliz ocurrencia de escribir por sí solo un Código, que hubiera de acabar con las viejas Ordenanzas mercantiles y de regir en toda la Nación. Se lo ofreció al Monarca y éste aceptó su Proyecto sin modificarlo<sup>2</sup>.

Por el contrario, el Código de comercio del 22 de agosto de 1885, todavía en vigor, nació en un ambiente distinto y de un modo muy diverso. Había sido ya desterrado el régimen absolutista y ocupaba el trono Alfonso XII, el rey "Pacificador"; habíanse acallado bastante las contiendas entre compatriotas, imponiéndose el orden social; superada una etapa de Revolución liberal, no pudo ésta por menos de dejar en los espíritus cierto sedimento de tolerancia y de prevención contra los inútiles obstáculos reglamentarios; registrábase notables progresos del comercio, la industria y la cultura; y fueron creadas instituciones e introducido reformas que levantaron el nivel de nuestra producción y riqueza. Así, pues, cuando vio la luz el nuevo Código de comercio había cambiado la faz del país; hallábase en mejor situación para que fuera elaborado un cuerpo legal de más abiertos horizontes.

Nótese que este otro Código, ni fue obra unipersonal, ni quedó aprobado por el *fiat* de una simple voluntad del Soberano. Le separa de su antecesor una distancia de cincuenta y seis años, durante los cuales trabajaron en la reforma hasta siete Comisiones. Redactado el último Proyecto en 1882, a los tres años quedó, con ligeras

---

2. Aunque se nombró una Junta, que redactó al par otro Proyecto, y de la cual formaba parte el mismo Sáinz, como secretario, el Rey eligió el de este último.



alteraciones, decretado por unas Cortes, sancionado por un Rey constitucional y refrendado por el Ministro de Gracia y Justicia (don Francisco Silvela). Será conveniente que nos detengamos un poco en exponer la dilatada incubación del cambio operado y sus muchos autores.

## B) LOS PROYECTISTAS.

Sin duda sería interesante rastrear la evolución del pensamiento jurídico a lo largo de los trabajos realizados por dichas Comisiones que, a fin de reformar el Código de 1829, fueron nombradas en 1834, 37, 38, 39, 55, 69 y 81, de las cuales formaron parte las figuras más destacadas, en cada tiempo, de la Economía, del Derecho y de la vida política. Mas en la imposibilidad de emprender tan extensa investigación, nos limitaremos a contemplar las dos cumbres principales que se alzan a la vista: las de los años 1869 y 1881<sup>3</sup>.

### *Comisión de 1869 y su Proyecto.*

a) El Decreto de 20 de septiembre de 1869 encomienda al Ministro de Fomento que nombre una Comisión y fija siete Bases a que ésta deberá atenerse en la redacción de un Código de comercio y de una Ley de Enjuiciamiento mercantil. Seguidamente queda aquélla constituida por personalidades de muy altos prestigios: Pedro Gómez de la Serna (Presidente), Laureano Figuerola, Cirilo Alvarez, Luis Díaz, Luis María Pastor, Manuel Alonso Martínez, Joaquín Sanromá y Francisco Camps (Secretario).

Eran economistas Pastor, que escribió unas *Lecciones de Economía Política* y fue Ministro de Hacienda<sup>4</sup>, y Sanromá, catedrático y Subsecretario de igual Ministerio, cuando regía este Departamento Figuerola<sup>5</sup>. Como es lógico, preponderaban en la Comisión los juristas, y de gran talla por cierto. El burgalés Cirilo Al-

3. Vicente Romero y Girón, en su "Ojeada histórica sobre el Derecho mercantil español y su codificación", que aparece como "introducción" de la obra *El nuevo Código de Comercio*, publicada por "Revista de Tribunales" (2.ª ed., Madrid, Góngora, 1886, p. 15 y s.), aportó algunos detalles referentes a esas múltiples Comisiones legislativas. Sin embargo, los datos no eran completos, ni comparó las respectivas directrices ideológicas.

4. También fue diputado a Cortes repetidas veces, senador y académico de C. M. y P.

5. Sanromá era catedrático en Santiago, luego en la Escuela Superior de Comercio de Madrid, y de ella pasó a la Universidad Central, como titular de Derecho marítimo e Historia mercantil. Perteneció, además, a la Academia de C. M. y P.

varez Martínez tenía fama de jurisconsulto eminente y desempeñó la cartera de Gracia y Justicia. El catalán Figuerola y Ballester ocupó en la Universidad Central una cátedra de Derecho político y Legislación mercantil, y dos veces fue nombrado Ministro de Hacienda<sup>6</sup>. Luis Díaz gozaba de alta reputación como Abogado mercantilista. Y sobresalían sobre todos ellos Gómez de la Serna y Alonso Martínez. Del primero no hablaré, por no repetir lo dicho en mi citada *Orla*. El segundo, bien merece párrafo aparte.

La obra principal de Alonso Martínez, aquella que le aseguró la inmortalidad, fue nuestro Código civil; mas tuvo una larga y fecunda vida en los campos del Derecho y de la política española, pues descolló como Gobernador de Madrid, Diputado y Presidente del Congreso, Ministro de Fomento, de Hacienda y de Gracia y Justicia varias veces, Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, Académico de la de Ciencias Morales y Políticas, Presidente de la Comisión de Códigos y autor de notables publicaciones jurídicas.

Se da el caso de que este insigne prócer participó en la confección, tanto de este Proyecto de 1869, como luego en el de 1882. Sorprende que interviniera en aquélla, puesto que él habíase mostrado en contra de la Revolución del 68. Pero se explica, al advertir que todos los partidos sirviéronse de tan valioso colaborador para sus planes legislativos, por ser —como escribió su biógrafo Agustín de Soto<sup>7</sup>— “una de las glorias más sólidas y legítimas de la Edad contemporánea”. El mismo considerábase al margen o superior a las divisiones políticas, como revela una anécdota que contaba Miguel Moya<sup>8</sup>: en una ocasión le recordaron “piadosamente” que había figurado entre los Ministros de la República, a lo cual contestó que “no lo había sido de la República, sino de la *Res publica*”. Era un hombre que, con su sabiduría, pruden-

---

6. La primera vez entró en el Gobierno Provisional del general Serrano, y la segunda, con la Regencia del Duque de la Torre. Además, Laureano Figuerola fue diputado en las Cortes Constituyentes y en las de 1865-66, senador por Madrid con Don Amadeo, presidente del Senado por el partido radical de Ruiz Zorrilla, presidente de la Academia de C. M. y P. y del Ateneo.

7. *Jurisconsultos españoles. Biografías*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1911, t. II, p. 187 y s.

8. *Oradores políticos*. Madrid, Sáenz de Jubera, 1890, p. 77 y ss. En estos “Perfiles” trazados por la brillante pluma del gran periodista, que tan salpicados iban de humorismo, decía que Alonso Martínez llevaba “un baúl de fórmulas, proyectos de ley, disertaciones teológico-jurídicas y disidencias en agraz”, aludiendo con esto último a que pasó, sucesivamente, de los progresistas a los moderados, a la Unión Liberal, a los conservadores y a los constitucionales. Lo cual no impedía que el autor le juzgara como “un padre en el Consejo, un prestigio en el banco azul, una gloria en el foro y en todas partes el hombre más correcto y más bien educado...”.

cia y habilidad, actuó siempre como una fuente de inspiraciones doctrinales y como un excelente conciliador de opiniones al parecer irreductiblemente opuestas. Madrid perpetuó su celebridad, dando su nombre a una plaza importante y levantándole una estatua.

b) El *Proyecto* elaborado por la Comisión que acabo de mencionar se atuvo a las consignas oficiales recibidas, o sea, a las orientaciones generales y a las Bases, más concretas, predeterminadas en el Decreto citado. Para captar su esencia, podemos acudir a la Exposición que le precede, debida a la pluma magistral del ministro don José Echegaray. En síntesis, la obra respondía a una necesidad de la época: la de desarrollar los nuevos principios de la Revolución, que —decía— en el orden *político* declaraba “la soberanía nacional, como único origen de donde legítimamente emana la ley positiva”; en el orden *económico*, proclamaba “la libertad de trabajo y la acción espontánea del individuo, como opuestos a toda traba reglamentaria, a toda protección artificiosa y a toda gubernamental intervención”; y en el orden *jurídico*, había conseguido “escribir el gran principio de la personalidad humana, en toda su pureza democrática, sobre la primera página del Código fundamental”.

La Exposición ensalza después el sistema de libertad contractual. Sostiene que “la única regla de los contratos es la voluntad de las partes, y la potencia creadora de los pueblos debe encontrar campo libre en que ejercitarse”<sup>9</sup>. Sin embargo, no cesa de reconocer que esto “ofrece en la práctica dificultades no pequeñas”, cuando una de las partes falta a lo pactado y la parte contraria acude al Poder y pide justicia<sup>10</sup>. Por ello y ante el ejemplo de “todos los Códigos comerciales de Europa”, admite que se establezcan “fórmulas precisas de contratación”, pero sin que esto suponga que el comercio no pueda emplear otras diferentes. Aquí sugiere ideas que no quiero omitir: la posibilidad de que existan “letras al portador, sin responsabilidad colectiva de los endosantes”, o un seguro marítimo sin las limitaciones “en que hoy está absurdamente aprisionado”, o sociedades valederas aunque no correspon-

---

9. Denuncia el “error gravísimo” de fijar el legislador la forma y condiciones de los contratos, porque “no es él quien debe preceptuar reglas sobre tiempo, lugar, agentes intermedios, límite de derechos y obligaciones, etc., en materia de transacción mercantil”, ni tampoco debe ser la ley “molde inflexible que reduzca a tipos elegidos *a priori* las combinaciones infinitas de los cambios”.

10. “Entonces —dice—, por carencia de formalidades, por oscuridad en el contrato, por silencio del mismo, por falta de previsión, en una palabra, por defectos de forma, aparece vaga e indecisa la idea del convenio, el compromiso no es evidente, las interpretaciones se acumulan, la mala fe trabaja, el juzgador duda, y el pleito, o se prolonga indefinidamente, o se resuelve sin condiciones de certidumbre, de verdad y de justicia.”



dan a “los tres tipos clásicos”. En definitiva: “a una amplísima libertad en los contratos, debe ir unido un procedimiento expedito y fuerte que los sostenga... pues el orden no es ni debe ser otra cosa que el amparo y la garantía del derecho”.

Por último, habla de “lo que falta y sobra” en el Código de 1829. Sobran —dice— prohibiciones, limitaciones y privilegios o monopolios; falta una adaptación a los adelantos de la industria, del crédito y de la asociación.

c) Este Proyecto quedó terminado y presentado al ministro en 1875<sup>11</sup>. Fue luego sometido a estudio de la Comisión General de Codificación y en ella murió, estancado indefinidamente...

#### *Comisión de 1881 y Proyecto de 1882*

a) Una Ley de 7 de mayo de 1880 dispuso que, a propuesta de los Ministros de Gracia y Justicia y de Fomento, nombrara el Gobierno una Comisión especial que revisara el Proyecto de reforma del Código de comercio formado por la Comisión precedente. Fue designada en 1881. La constituían hombres del más alto nivel intelectual y de los más diversos matices políticos: Laureano Figuerola, Segismundo Moret y Prendergast, Telesforo Montejo y Robledo, Manuel Colmeiro, Santos de Isasa, Gabriel Rodríguez, Justo Pelayo Cuesta, Benito Gutiérrez y Faustino Rodríguez San Pedro, bajo la Presidencia del Ministro de Gracia y Justicia.

La mayoría de estos nombres es aún bastante conocida, por su larga estela de bien ganada autoridad y por su misma proximidad a nuestro tiempo.

En líneas anteriores nos hemos referido ya a Figuerola, que había participado también en la Comisión de 1869.

¿Quién que peine canas no recuerda a Moret? Este ilustre gaditano (nacido el 2 de junio de 1838) alcanzó la mayor popularidad en el mundo de la política, donde ocupó los más altos puestos<sup>12</sup>. Pero era mayor, si cabe, el renombre de su personalidad científica, firme apoyo de todas sus actividades casi innumerables. Después de cursar las carreras de Derecho civil y administrativo y de leer su tesis doctoral titulada *El capital y el trabajo ¿son armóni-*

11. Hízose, a pesar de la baja de algunos destacados miembros de la Comisión. Habían fallecido Gómez de la Serna y Pastor, pasó Figuerola a ser ministro de Hacienda y Cirilo Alvarez ocupó la Presidencia del T. S.

12. Desde muy joven vino siendo diputado a Cortes en todas las legislaturas. Fue nuestro embajador en Londres. Desempeñó sucesivamente casi todas las carteras ministeriales (menos las de Guerra y Marina). Tuvo en sus manos tres veces las riendas del Gobierno, como Presidente del Consejo de Ministros.

*cos o antagónicos?* —tema transcendental, apasionante y de actualidad perenne— explicó en la Universidad Central, como Profesor interino, la cátedra de Economía política y ganó por oposición, a los veinticinco años, la de Instituciones de Hacienda del mismo Centro docente. Moret cultivó los estudios económicos<sup>13</sup>, sociales<sup>14</sup>, financieros<sup>15</sup>, mercantiles<sup>16</sup>, históricos y municipales. Por su extraordinario saber y talento, brilló en la cátedra, en las Academias (las de Jurisprudencia, Ciencias Morales y Políticas y de la Lengua), en el Ateneo, en las Cortes. Desplegaba una actividad asombrosa, que le permitía acudir a todo, como si tuviese el don de la ubicuidad. Y descolló singularmente por su oratoria, siempre brillantísima, correcta y de suprema elegancia. Murió en Madrid (28 enero 1913), cuando era Presidente del Congreso. Su ciudad natal le erigió un monumento.

Montejo y Robledo, segoviano, hoy no alcanza tanto renombre, pero en su tiempo era una figura de visible relieve. Había obtenido la mayor reputación como Abogado y patentizó sus méritos personales, además, como Ministro togado del Tribunal de Guerra y Marina, Diputado en las Constituyentes de 1869, Senador electivo y Ministro de Fomento.

Colmeiro, notable economista y jurisconsulto gallego, fue catedrático de Derecho político en la Universidad Central, Académico de las de Historia y de Ciencias Morales y Políticas, Diputado, Senador y Fiscal del Tribunal Supremo. Escribió numerosas obras, entre ellas una *Historia de la Economía política en España* y unos *Principios* de esta ciencia.

Isasa y Vallseca, natural de Córdoba, autor de varias monografías jurídicas y económicas, contó en su historial con estos altos títulos: Diputado, Senador, Ministro de Fomento (con Cánovas), Fiscal del Tribunal Supremo y luego su Presidente.

Distinguíase como un hombre extrañamente polifacético el valenciano Gabriel Rodríguez. Era su profesión la de Ingeniero de minas y sin embargo, le sonrió más la fama como Abogado, economista, sabio musicógrafo y muy reputado conferenciante en las tribunas del Ateneo y de la Institución Libre de Enseñanza. Entre

13. Se mostró en ellos decidido partidario de la escuela librecambista y, en general, de los principios liberales. Fue hasta director de un gran Banco de Londres.

14. Presidió el Instituto de Reformas Sociales, valioso antecedente del Instituto Nacional de Previsión. Publicó *El problema social*.

15. En el libro *Estudios financieros* recogieron sus notables conferencias en el Ateneo, del que era presidente. Figuró entre los fundadores de la Sociedad para la Reforma de los Aranceles.

16. Autor de: *Importancia política de las clases industriales y mercantiles*; *Los Presupuestos ante las clases mercantiles*; *La instrucción comercial*; *El crédito agrícola en España*.



sus múltiples obras, aparece una titulada *El concepto y las funciones del crédito* (1875-76).

Pelayo Cuesta, otro fino gallego, ejerció la Abogacía, ocupó en la Universidad Central la cátedra de Derecho internacional privado y, en la vida política, fue Diputado en varias legislaturas, Senador vitalicio y Ministro de Hacienda (con Posada Herrera).

El nombre de Benito Gutiérrez es bien familiar para todos los conocedores del Derecho privado. Este gran jurisconsulto burgalés resplandeció como insigne maestro en su cátedra de Ampliación de Derecho civil, penal y mercantil. Dejó un caudal de producciones jurídicas y, sobre todas ellas, una obra considerable, en siete volúmenes: los *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (Madrid, 1862-74). Fue también Fiscal del Tribunal de Cuentas y perteneció a la Comisión de Códigos, a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, al Congreso de los Diputados y después a la Alta Cámara.

Por último, Rodríguez San Pedro, Abogado asturiano, muy docto en materias financieras, fue Profesor de la Central, Académico de Jurisprudencia y de Ciencias Morales y Políticas, Diputado, Senador vitalicio, Ministro de Hacienda y de Estación. Su vida política, de conservador incommovible, a toda prueba, se desenvolvió bajo las jefaturas de Cánovas, Silvela y Maura.

b) Con esto queda esbozado el cuadro de los elementos personales que integraban la Comisión de 1881, tan brillantes como heterogéneos. Ningún crítico se atreverá a decir que la designara Juan Palomo: se buscó, sencillamente, lo mejor. Estos hombres trabajaron con tal actividad, que al año siguiente dieron por terminada su labor y el Ministro de Gracia y Justicia (Alonso Martínez) pudo presentar al Congreso el Proyecto, con su extensa y célebre Exposición de Motivos, redactada por el jurista valenciano Bienvenido Oliver y Esteller. Sometido a debate en la Cámara popular y aprobado en la alta, sin discusión, quedó convertido en Ley el 22 de agosto de 1885.

Nada he de decir aquí sobre este Código, que continúa en vigor: ni es el tema que he elegido, ni os voy a descubrir el Mediterráneo, ya que son harto conocidas sus orientaciones fundamentales. Mi propósito preferente ha sido presentar a los insignes colaboradores en su confección. Tampoco sería justo olvidar que se tuvieron en cuenta los trabajos de las muchas Comisiones precedentes y los Informes de Audiencias, Universidades, Colegios de Abogados y Juntas consultoras.

### C) LOS TRATADISTAS.

Al aparecer el Código del 85, pronto empezaron a publicarse ediciones modernizadas de algunas obras didácticas anteriores. Los



*Elementos* de Carreras fueron adaptados a la nueva regulación comercial por Leopoldo González Revilla<sup>17</sup>. Las *Lecciones* de Viso quedaron actualizadas y anotadas con las fuentes de Derecho extranjero por Salvador Salóm y Puig<sup>18</sup>. Las magistrales *Instituciones* de Martí de Eixalá, adicionadas por Durán y Bas, completáronse nuevamente en 1911 por Raimundo Durán y Ventosa; jurisconsulto asimismo catalán, que realizó su labor con perfecto conocimiento de la doctrina contemporánea y con puntos de vista certeros<sup>19</sup>.

Mas pasemos por alto estos arreglos y tomemos en consideración mayores empresas científicas, fruto de una nueva generación de escritores.

#### *Francisco Blanco Constans.*

Cuando Alvarez del Manzano era catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Granada (desde 1882 al 87), Blanco Constans fue su Profesor Auxiliar. Ello aconsejaría que empezásemos con aquél; pero lo hacemos con éste, por seguir el orden cronológico de publicación de los Tratados generales respectivos: la 1.<sup>a</sup> ed. de los *Estudios* de Blanco apareció en 1885, mientras que el *Curso* de Alvarez no vio la luz hasta 1890. Esto no significa, naturalmente, que yo intente graduar categorías.

Blanco Constans era hijo de Granada, nacido el 13 de abril de 1856. Aquí cursó sus estudios. Se licenció en Derecho civil y canónico (20 jun. 1873) y obtuvo el Grado de Doctor al año siguiente. Hízose también Licenciado en Filosofía y Letras (2 de septiembre de 1876). Prestó sus primeros servicios pedagógicos como Profesor interino de "Nociones de Derecho civil y penal" en la Escuela del Notariado de nuestra ciudad. Nombrado Auxiliar numerario de esta Facultad de Derecho, a poco ganó las oposiciones a la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Santiago (29 jun. 1888), siendo trasladado dos años después, por concurso, a la de Granada (26 abril 1890).

Un catedrático numerario de Universidad era entonces remunerado por el Estado con el mísero sueldo de 3.500 ptas. ¡anuales! Hemos de suponer que Blanco no practicaría el heroísmo de una "plena dedicación"; pero ignoramos si ejerció la Abogacía y sólo sabemos que también dió lecciones de Legislación mercantil en la Real Sociedad Económica de Amigos del País (28 ag. 1896).

17. Cuarta edición. Madrid, Hernando, 1886. González Revilla prologó esta edición con una biografía-necrología de Carreras, su maestro.

18. Tercera edición. Valencia, 1886. Muchos años después, Martín Mengod hizo una cuarta edición, Valencia, 1907.

19. Novena edición. Barcelona, 1911.

Recibió algunos honores y distinciones, casi todos de carácter local, dada su gran modestia y reconocida cultura<sup>20</sup>. Siendo todavía relativamente joven, le atacó una enfermedad que eclipsó su mente y que le arrebató al cabo la vida, cuando sólo contaba cuarenta y nueve años de edad (Granada, 3 jun. 1905). Tuve ocasión de comprobar esta fecha, buscando en el Libro-registro de su Párrroquia de las Angustias y localizando su tumba en el cementerio granadino.

Los *Estudios elementales de Derecho mercantil, según la Filosofía, la Historia y la Legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, no sólo tienen el mérito indiscutible de su prioridad en el tiempo —por haber visto la luz en el mismo año del Código (Madrid-Granada, 1885)— sino el positivo valor intrínseco de su contenido, muy superior a lo que era usual por entonces. Forman dos gruesos volúmenes, las materias aparecen distribuidas muy sistemáticamente, la información es muy amplia y el estilo correcto, clarísimo. Además, cada Capítulo lleva al comienzo una Bibliografía y al final un resumen de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Va ilustrada la obra incluso con dos mapas geográficos en colores, que muestran los cinco sistemas principales en que el autor clasificaba el Derecho extranjero (francés, alemán, ruso, suizo e inglés). El Consejo de Instrucción Pública declaró de mérito este libro y así vino a corroborarlo el hecho de sus cuatro ediciones sucesivas, dos de ellas póstumas<sup>21</sup>.

No podemos, claro está, entrar en un análisis de esta obra, tan notable para su época. Causó mucho bien a la enseñanza universitaria, al poner en manos de los estudiantes, no un reducido compendio con ligeras nociones —como antes era lo más corriente— sino un verdadero tratado científico.

Publicó también nuestro autor una traducción, con Prólogo y notas, del *Derecho mercantil* de Vivante<sup>22</sup> y una monografía sobre las *Reformas que deben introducirse en el Código de comercio vigente*<sup>23</sup>.

20. Presidente de la Academia Granadina de Jurisprudencia y Legislación (1886 y s.), miembro del memorable Congreso Jurídico de Barcelona (1888), delegado-representante de dicha Academia en el Congreso Jurídico Iberoamericano (1892), presidente general del Liceo Artístico y Literario de Granada varias veces (1893, 94, 1900 y 901).

21. Segunda edición. Madrid, 1897-1901-02; tercera edición. Madrid, Reus, 1910-11; y cuarta edición, revisada, corregida y anotada por el catedrático de la Universidad de Valencia (Ricardo Mur Sancho), Madrid, Reus, 1936-45.

22. Madrid, 1894, un vol.

23. Publicada en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. XCIII (1898), p. 109, 340 y 426, y t. XCIV (1899), p. 277.

*Faustino Alvarez del Manzano y Alvarez Rivera.*

He aquí un asturiano de selección, representativo de aquella tierra pródiga en hijos de mente clara y voluntad firme. Nació en Oviedo (23 nov. 1851) y murió en Madrid (21 oct. 1916). Parecía haber venido al mundo con una etiqueta de “mercantilista integral”: esto constituyó su vida entera, con sostenido esfuerzo y abnegación. Recogió un premio espiritual: el goce de gran autoridad y prestigio, formándose a su sombra una escuela española de Derecho mercantil.

Estudió en la Universidad asturiana. Tenía veintitrés años cuando en ella se encargó del Discurso inaugural de 1874-75: un estudio sobre *El Notariado ante la Filosofía y la Historia*<sup>24</sup>. En su ciudad natal ejerció la Abogacía y presidió la Academia Ovetense de Jurisprudencia.

Toda su capacidad se polarizó después en el cultivo del Derecho mercantil. Ganó por oposición la cátedra correspondiente de la Universidad de Granada (1882). La desempeñó sólo cinco años, durante los cuales sirviéronse sus alumnos de unos *Apuntes* (lito-grafiados) de Derecho mercantil y penal, ya que entonces integraban ambas materias una sola asignatura. Separadas éstas al fin<sup>25</sup>, Alvarez del Manzano obtuvo, también mediante oposición, la cátedra de “Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América” —gárrula expresión oficial de estreno— en la Universidad Central (1887). Una vez arraigado en Madrid, se consagró a elaborar su obra intitulada *Curso de Derecho mercantil filosófico, histórico y vigente (español-extranjero)*, cuyo primer tomo publicó en 1890. Desarrollaba únicamente la Parte general, dividida en los tres tratados de su enunciado, y mereció tan excelente acogida por los profesores y alumnos, que era juzgada como la “obra capital” de la escuela española<sup>26</sup>.

Embargado el maestro por los quehaceres científicos, se mantuvo al margen de la política, y ésta correspondió al desdén con el desdén. Así, no ocupó cargos de ese estricto carácter: sólo perteneció al Consejo de Instrucción Pública, a la Comisión General de Codificación y a la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Su brillante Discurso de recepción en esta docta entidad (12 febrero 1911) recayó sobre *La ley mercantil como lazo de unión entre España y las Repúblicas hispano-americanas*<sup>27</sup>.

24. Oviedo, Brid, 1874.

25. Por Real Decreto de 14 de agosto de 1884.

26. Apareció una segunda edición en Madrid, 1903.

27. En él postuló un restablecimiento de la uniformidad de tal legislación en aquellos pueblos hermanos de raza, que es —dijo— “una de las últi-



También preocupó mucho a Alvarez del Manzano el problema estructural de esta rama jurídica, como queda bien patente en su *Programa*.<sup>28</sup>, extenso, completo, cuidadosamente sistematizado. Era un trabajo magistral de madurez, de pleno dominio de su especialidad. Representó un paso de adelanto en el Plan<sup>29</sup>.

Por otra parte, adoptó la feliz iniciativa—que resultó muy provechosa para la ciencia—de asociarse en el trabajo con sus discípulos predilectos Bonilla San Martín y Miñana Villagrasa. El maestro, ya sesentón y cansado, llevaba la alta dirección principalmente. A este insigne triunvirato debiéronse producciones de inestimable valor; daremos breve cuenta de ellas.

En primer término figura aquella obra monumental y exhaustiva de los *Códigos de comercio españoles y extranjeros y leyes modificativas y complementarias de los mismos, comentados, concordados y anotados...*<sup>30</sup>. Únicamente se publicaron seis gruesos volúmenes, que despertaron admiración. Pero estaba concebida y planeada en proporciones tan colosales—superiores incluso a la famosa recopilación alemana de Oscar Borchard—que la empresa resultó prácticamente irrealizable. Se proyectó en 16 tomos y ni la vida de Alvarez Manzano dio para más de los seis mencionados, ni la Casa editorial de Victoriano Suárez quiso seguir adelante, después de haber perdido un capital. Como siempre, lo mejor fue enemigo de lo bueno y Don Quijote sufrió un descalabro.

En cambio, los tres colaboradores compusieron un *Tratado*<sup>31</sup>, en dos tomos, sintético y claro, que obtuvo el más rotundo éxito entre los universitarios y profesionales, por su ordenación sistemática (amoldada al “Programa” referido) y por su selección de los problemas jurídicos de interés preferente.

En suma, Alvarez del Manzano llenó una época del Derecho

mas aspiraciones de mi vida”. Para ponerla en práctica, recomendaba el sencillo procedimiento de las Asambleas trienales de juristas, seguido por los tres países escandinavos.

28. Madrid, Suárez, 1914.

29. Consta el *Programa* de una *Introducción* y una *Parte General* filosófica, histórica y de legislación vigente (nacional y extranjera). La *Parte Especial* comprende, sucesivamente, lo relativo al *sujeto*, el *objeto* y el *acto*, considerado este último en general y luego en particular (contratos del comercio terrestre y marítimo, actos no contractuales y actos casuales). Los contratos mercantiles aparecen agrupados según la clase de obstáculo que vencen.

30. 'El título completo añadía *o Estudios fundamentales de Derecho mercantil universal. Obra filosófica, histórica y exegética, teórica y práctica*. Madrid, 1909 al 1914.

31. Madrid, Suárez, 1915-16.

mercantil en España, superante de la anterior. Fue un maestro laborioso, lúcido y venerable<sup>32</sup>.

*Adolfo Bonilla y San Martín.*

Hay que reverenciar el nombre de este eximio pensador y erudito, honra de la intelectualidad española en el primer cuarto del siglo xx. Su faceta de mercantilista, con ser valiosa, está muy lejos de absorber ni definir su robusta personalidad. Era hijo espiritual y continuador de la obra de Menéndez Pelayo, su maestro. Decía de él Julio Puyol, su mejor biógrafo<sup>33</sup>: "Es muy dudoso que, desde los tiempos de Feijoo, haya habido en España otro que le iguale en la pasmosa diversidad de campos en los que ejercitó su pluma."

Bonilla nació en Madrid, el 23 de septiembre de 1875. Una vez doctorado en Derecho y en Filosofía y Letras, extendió sus afanes de investigador al Derecho, a la Filosofía, a la Historia y a la Literatura. Por la profundidad y brillantez de sus escritos, entró en las Academias de Jurisprudencia y Legislación, de Ciencias Morales y Políticas, de la Historia y de la Real Española. Atendió a todas ellas con asidua colaboración, mostrando sus dotes de sorprendente polígrafo.

Nunca sintió la menor ambición política. Únicamente asumió la Dirección General de Enseñanza. Dedicó unos sabrosos comentarios a *Los Gobiernos de partido*<sup>34</sup>, en los cuales registraba la crisis del sistema parlamentario.

Sus cualidades de jurisconsulto sabio, profundo y de fina agudeza crítica, manifestáronse en numerosas publicaciones de asuntos muy diversos<sup>35</sup>. Si no me equivoco, su primer paso por el campo mercantil lo dio con una monografía en alto grado interesante y con valor de novedad para nosotros en su tiempo: *Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia*

32. Este juicio no impide que estimemos desorbitada la opinión de Echávarri, que le llamó "el primer mercantilista de Europa después de Goldschmit". (En su Prólogo a *Una obra de Derecho mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón*. Valladolid, 1945, p. 15.)

33. *Adolfo Bonilla y San Martín, su vida y sus obras*. Madrid, 1927.

34. Madrid, 1898.

35. *Concepto y teoría del Derecho. Estudios de metafísica jurídica*. Madrid, 1897. *Cuatro estudios jurídicos sobre Gérmenes del Feudalismo en España*. Madrid, 1898. *De la naturaleza y significación de los Concilios Toledanos*. Madrid, 1898. *Aguas, Minas, Montes*. Madrid, 1901. *El Fuero de Usagre*. Madrid, 1907. *El Código de Hammurabí*. Madrid, 1909. El estudio humorístico *Apuntes para un "Tratado teórico-práctico de monsergas jurídicas"* fue el germen de otro más serio, profundo y extenso que constituyó el tema de su Discurso de recepción en la Academia de C. M. y P.: *La ficción en el Derecho*. Madrid, 1912.



*de obligaciones mercantiles*<sup>36</sup>. Con una larga enumeración de casos, tomados de nuestro derecho positivo, defendió la doctrina de la eficacia de las declaraciones de voluntad de una sola parte, en la creación de negocios jurídicos.

En 1903, Bonilla San Martín ganó brillantemente las oposiciones a la cátedra de Derecho mercantil en la Universidad de Valencia. La desempeñó poco tiempo, porque en 1905 pasó a la de Historia de la Filosofía, en la Facultad de Letras de Madrid. Pero aquellos dos años resultaron fructíferos para la enseñanza. En ellos apareció un *Derecho mercantil* tomado taquigráficamente de sus explicaciones en clase<sup>37</sup>; simultáneamente, otro para los opositores al Notariado<sup>38</sup> y un vasto *Plan de Derecho mercantil*<sup>39</sup>, trazado con visión orgánica y original (quizá incurso en exceso de taxonomía), e ilustrado además con unas sustanciosas "Observaciones preliminares" y con seleccionada bibliografía.

El maestro, orientado a la moderna, dio mayor atractivo y estímulo a su aula mediante el complemento de los "casos prácticos". Se publicaron siete de ellos<sup>40</sup>.

Aquí terminó una primera etapa, la de su profesorado jurídico-comercial; pero lejos de abandonar esta materia cuando se dedicó, en Madrid, a la enseñanza de la Historia de la Filosofía, perteneciente a distinta Facultad, perseveró en el cultivo de aquélla, aliado con Alvarez del Manzano y Miñana Villagrasa. Nacieron así los mencionados *Códigos de comercio...*, en los cuales tuvo intervención preponderante, según el testimonio de Miñana<sup>41</sup>, además del referido *Tratado* y de algunos *Dictámenes*. Por último, cuando era Letrado asesor del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid, publicó también —en colaboración con Miñana— un volumen de *Derecho bursátil*<sup>42</sup>.

Su espíritu inquieto quiso volar más allá de sus frecuentados Archivos y Bibliotecas, lanzándose a un larguísimo viaje por Oriente y los Estados Unidos. Pero, aunque esta especie de liberación le proporcionó el mayor gozo<sup>43</sup>, tuvo la fatal consecuencia de

36. Madrid, 1901. Una síntesis de la posición doctrinal de Bonilla San Martín en este terreno puede verse en mi *Manual*, t. III, p. 39.

37. Valencia, 1903-04 (en litografía).

38. *Derecho mercantil español*. Madrid, 1903.

39. Madrid, 1903.

40. *Un laboratorio de Derecho. Cuestiones teórico-prácticas resueltas en la clase de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia durante el Curso 1903-1904*. Madrid, 1904.

41. Vid. *Necrología* en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". t. 148, p. 184.

42. Madrid, Suárez, 1924.

43. Al regreso, hizo la siguiente declaración: "He sacado, en conjunto, una impresión en alto grado lisonjera para mi orgullo de español: la de que mi Patria es un país más libre, más culto y, sobre todo, más humano que



minar seriamente su salud. Sólo tenía cincuenta y un años cuando falleció en Madrid (17 enero 1926). Fuéronle prodigadas necrologías, biografías, sesiones académicas y otros homenajes póstumos que, con justicia, perpetúan su memoria <sup>44</sup>.

Mi evocación de aquel hombre sapientísimo, llano y cordial va acompañada de gran emoción y gratitud; porque presidió el tribunal de oposiciones que me otorgó mi primera cátedra universitaria, la de Derecho penal, y porque desde entonces me dispensó tan paternal afecto, que después fue decisiva su intervención para que obtuviera la segunda, la de Derecho mercantil de Granada, Universidad que era la meta de mis mayores ilusiones juveniles.

#### *Emilio Miñana y Villagrasa.*

Un caso sin duda menos extraordinario, pero muy digno de sincera estimación, lo constituyó este otro tratadista, tercer componente del repetido bloque intelectual. Era de origen levantino, nacido en Valencia el 18 de noviembre de 1872; por tanto, veintiún años menor que Alvarez del Manzano y tres años mayor que Bonilla San Martín.

En su tierra natal se hizo Doctor en Derecho y se reveló como primera figura de la Abogacía. Perteneció a esa clase selecta de hombres que son más de lo que parecen y de lo que creen ellos mismos: extraordinariamente laborioso, callado, enemigo de toda ostentación y con notoriedad social a pesar suyo. Bonilla trazó su semblanza <sup>45</sup>, en que revelaba sus méritos y defectos: amor a la ciencia, excepcionales condiciones, aguda perspicacia, profundidad de pensamiento, método lógico, racional y claro, modestia excesiva y

---

la mayor parte de los que he tenido la fortuna de recorrer, y, desde luego, tan libre, tan culto y tan humano como el que más”.

44. Escribió la necrología más importante, por encargo de la Academia de C. M. y P., Julio Puyol y Alonso (antes cit. en nota 33), y se publicó, además, en “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales” de la Facultad de Derecho de Madrid, 1926, p. 425 y s.

Emilio Miñana le dedicó otra (v. nota 41), donde transcribía este juicio de Menéndez Pelayo sobre el estilo de Bonilla: “Aun tratando de las cosas más abstrusas e inamenas, su prosa diáfana y elegante, formada en la mejor escuela, y tanto más eficaz cuanto más sencilla parece, ahuyenta las sombras del tedio y proyecta un rayo luminoso sobre el duro bloque de la escolástica antigua o moderna, medioeval o germánica”.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación le consagró una sesión necrológica (2 de abril de 1927), en la cual participaron Clemente de Diego, Santamaría de Paredes, Adolfo Pons (como estudiante), Julio Puyol y Luis Fagoaga (vid. “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, t. 151 (1927), p. 86 y s.).

La Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Central le rindió otro homenaje, consistente en la publicación de dos volúmenes de *Estudios cruiditos in memoriam de su ilustre Decano*. Madrid, 1927-30.

45. En “Revista Jurídica”, número 41. Madrid, 12 diciembre 1903.

egoísmo de guardar para sí el caudal de sus conocimientos. Al fin salió de su propia cárcel interior y empezó a publicar meritorios trabajos <sup>46</sup>.

Dominaba perfectamente numerosos idiomas y ello le permitió exponer y comentar novedades de las legislaciones alemana, suiza, holandesa y escandinava <sup>47</sup>. También tradujo y anotó obras de Exner y de Reichel <sup>48</sup>.

En colaboración con Galvarriato, elaboró un volumen acerca de *Los Bancos de emisión* <sup>49</sup>. Asimismo analizó *La terminología jurídica en los contratos de seguro*.

Tampoco dejó de practicar la docencia, ya que explicó como Profesor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, como Auxiliar, en la Universidad Central. Adoctrinó a la juventud preparadora de oposiciones con dos obras generales de *Derecho mercantil*: una para Notarías determinadas (1923) y otra para Judicatura (1931).

Los profesionales del foro debieronle un utilísimo *Código de comercio anotado* <sup>50</sup>, que contenía sucinta hermenéutica de sus preceptos, seleccionada jurisprudencia y legislación mercantil complementaria.

Miñana mostró su preocupación por las transformaciones que iba experimentando la rama jurídica de su especialidad, cuando escribió el *Esbozo de un nuevo concepto del Derecho mercantil* <sup>51</sup>. En sus páginas sugería la idea de un "Derecho privado económico",

46. Dio un ejemplo de su singular modestia cuando declaró—con humildad honrosa, pero exagerada—que su labor junto a Alvarez y Bonilla había consistido en "la aportación de materiales". Nadie podrá creerlo. Natural es que don Faustino, por su avanzada edad, sólo llevara una alta dirección de las obras, y que don Adolfo, el más joven, con asombrosa actividad y mente privilegiada, echara sobre sí el mayor peso; pero don Emilio no debió desempeñar un papel tan secundario, porque sería inexplicable que quedara totalmente desaprovechada su sólida preparación científica y, al menos el Derecho extranjero, que conocía a fondo, en sus fuentes originales, es seguro que iría a su cargo. (Hizo aquella declaración en su citada *Necrología* de Bonilla, p. 184.)

47. *Ordenanza general alemana sobre el cambio*. Traducción y notas. Madrid, Biblioteca de "Revista Jurídica", 1903. *El contrato de edición en la legislación suiza y alemana*. En "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. CV (1904), p. 229 y s. *Algunas leyes mercantiles escandinavas*. Madrid, Góngora, 1906. *Legislación holandesa sobre la quiebra y la suspensión de pagos*. Madrid, 1906. *Nueva ley bancaria suiza*. En "Revista de Derecho Privado", 1935, p. 246 y s.

48. EXNER, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil*. Madrid, Suárez, 1905. REICHEL, *La ley y la sentencia*.

49. Los estudiaba antes y después de la guerra de 1914, extendiéndose a considerar los difíciles problemas económico-jurídicos del patrón oro y de la prórroga del privilegio del Banco de España. Madrid, 1918.

50. Volumen XV de los "Manuales Reus". Madrid, 1913.

51. Madrid, 1919.



que regulase las funciones de la producción, circulación y distribución de la riqueza, excluyendo únicamente la función de consumo.

Prestó, en fin, su atención a otras varias ramas de la ciencia jurídica: internacional, civil, etc.<sup>52</sup>.

Este incansable trabajador recibió preciados laureles, aunque no tantos como merecía. Se los otorgó la Academia de Ciencias Morales y Políticas, atrayéndole a su seno en 1924 y adjudicándole en 1925 el Premio Conde de Toreno, por un estudio magistral<sup>53</sup>.

Fue doblemente desgraciado en su muerte, prematura y casi ignorada. Le rindió tributo en Madrid, el 7 de diciembre de 1937, o sea, en plena vorágine de guerra civil, cuando no importaba un cadáver más, ni se pensaba en tributar homenajes o escribir necrologías... Le acompañó sólo el silencio.

### *Pedro Estasén y Cortada.*

Nació y murió en Barcelona (24 enero 1855 y 12 diciembre 1913). Allí se licenció en Derecho (a los diecisiete años) y tuvo uno de los primeros bufetes. No fue profesor oficial, pero sí de hecho, ya que pasó la vida enseñando, con la pluma y con el más alto ejemplo de laboriosidad.

Era un escritor tan fecundo que dejó publicaciones casi innumerables, de carácter económico<sup>54</sup>, financiero<sup>55</sup>, histórico<sup>56</sup>, jurídico

52. *Derecho internacional privado*, para oposiciones a Notarías (1904). *¿Existen verdaderas leyes internacionales?* (1905). *De la clasificación de las servidumbres reales y personales* (1904). *Sobre Psicología forense* (versión de la obra de Hans Reichel, 1915). *Régimen de la propiedad territorial. El anarquismo según las fuentes suecas y extranjeras* (trad. del sueco, prólogo y notas a la obra de Federico Lindholm de este título, 1915). *La división de los Poderes del Estado* (1917).

53. Su discurso de ingreso en esta Academia (13 enero 1924) trató *De la orientación y selección profesionales*, esforzándose en poner de relieve que "el factor hombre es el primero y principal de los cooperantes a la función productora". El tema de la monografía premiada era *La unificación del Derecho mercantil hispano-americano. Bases para una legislación común*. Madrid, 1925.

54. *La protección y el libre cambio* (1880). *La cuestión lanera* (1881). *La riqueza de Cataluña* (1888). *Los nuevos horizontes de la Economía política. Regionalismo económico* (1887). *Los orígenes de la vida económica* (1895). *Proyecto económico para España*. Conferencias dadas en el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro (1899). *Cataluña*. Estudio acerca de las condiciones de su engrandecimiento y riqueza (1900). *Economía política regional* (1907).

55. *Manual de la Legislación del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes* (1876). *Proposición acerca de la reforma del Impuesto de consumos en España* (1901).

56. *Los orígenes del Derecho*. En "Revista Contemporánea", de Madrid, 1880. *Historia de los Tratados de comercio entre España e Inglaterra*.



en diversas ramas<sup>57</sup> y otras de difícil clasificación<sup>58</sup>. Las más valiosas y originales son, a nuestro juicio, las investigaciones histórico-jurídicas sobre costumbres e instituciones catalanas<sup>59</sup>.

Su obra jurídica de mayor envergadura titúlase *Instituciones de Derecho mercantil*, completada y puesta al día, en una tercera edición (1926), de ocho tomos, por Rafael Gay de Montellá. En verdad, no se ciñe en ella estrictamente a tal ordenamiento, pues contiene no pocas evasiones a otros dominios: así, el tomo I comprende asuntos *económicos* (la división del trabajo, los factores, elementos, condiciones de vida y desarrollo del comercio) y el tomo VI abarca materias de Derecho *industrial* y Derecho *del trabajo*. Añádase que expone temas de Derecho *procesal* (jurisdicción y procedimiento en negocios de comercio) y que, cuando desarrolla los principios y normas mercantiles, presenta abundante Derecho *administrativo*.

Recopiló en forma de Prontuario sistemático la *Jurisprudencia mercantil española*<sup>60</sup>.

Escribió biografías y necrologías, entre ellas la de Durán y Bas<sup>61</sup>. Tradujo obras extranjeras, colaboró en periódicos y revistas (como la *Económica y Financiera*), perteneció a la Junta del Ateneo barcelonés, a la Sociedad Económica de Amigos del País, a la Aca-

57. *El comercio y la Marina mercante española*. Informe al Ministerio de Hacienda, 1880. *El problema de las nacionalidades* (1882). *Instituciones de Derecho mercantil* (1890-96). *El Código industrial*. Memoria, 1893. *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras* (1899, y 2.ª ed. 1908). *Derecho industrial de España* (1901). *El aval*. Ensayo jurídico (1902). *El viajante y el representante de comercio según el Derecho español* (1904). *Los seguros*. Ensayo jurídico (1906). *Tratado de las sociedades mercantiles y demás entidades de carácter comercial* (1906). *Los accidentes del trabajo y el seguro de accidentes* (Biblioteca jurídica de autores españoles. Madrid, 1908). *De las cuentas corrientes y de los contratos de cuenta corriente, según el Derecho español* (1909). *Cuestiones de Derecho marítimo*. *Remolque, asistencia y salvamento* (1911). *Manual del accionista y del obligacionista* (1913).

58. *Teoría científica de la felicidad*. *El positivismo o sistema de las ciencias experimentales* (1877), son unas Conferencias que dio en el Ateneo de Barcelona, originando tan violentas discusiones (eran los tiempos de la polémica krausista), que hasta se produjo una escisión en dicha sociedad y se fundó otro Ateneo libre.

59. La "Revista Jurídica de Cataluña" (tomos XI y XII) publicó algunos de estos trabajos, titulándoles *Instituciones económicas y jurídicas de Cataluña que resuelven el problema social en el campo*. La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona le premió una Memoria (1880) sobre *Costumbres marítimas de la costa de Cataluña*. (Ensayo sobre los contratos conocidos con el nombre de "mota, participación de madera" y relaciones jurídicas a que da lugar.)

60. Un tomo de *Repertorio* comprende las sentencias de 1838 a 92 (Barcelona, 1894), otro las de 1892 a 1902 (Barcelona, 1903) y otro las de 1902 a 1908 (Madrid, 1911).

61. En "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo CXI (1907), p. 5 y s.

demia de Derecho y presidió el Fomento de la riqueza de Cataluña. Por tantos y tan meritorios afanes, se le condecoró con la Cruz de Isabel la Católica.

En pocas palabras, Pedro Estasén fue denodado paladín del Derecho español, investigador minucioso, publicista superabundante y vulgarizador esforzado del Derecho mercantil <sup>62</sup>.

#### *Lorenzo de Benito y Endara.*

El inolvidable don Lorenzo había tenido su cuna en Salamanca (10 de agosto de 1855), crisol universitario en que se fundió de joven su alma, para moldearse en una rotunda vocación de maestro, en la más alta y noble acepción de la palabra: maestro de Derecho mercantil en la cátedra, el libro, la conferencia y el foro.

Enseñó esta ciencia en las Universidades de Salamanca, Valencia, Barcelona y Madrid, sucesivamente. Perteneció a las Academias de Legislación de Madrid, Barcelona y Bogotá. También era miembro de la "Société de Législation Comparée" de París, esfera de conocimientos donde acreditó su autoridad con dos buenos trabajos: *El Derecho de comercio, cambio, quiebra y marítimo de España*, que fue traducido al alemán, francés e inglés <sup>63</sup>, y *Las leyes mercantiles de Alemania*, escrito en colaboración con Rafael de Gracia y Parejo e incluido en la extensa "Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos", que dirigían Vicente Romero Girón y Alejo García Moreno <sup>64</sup>.

Por abreviar, dejo a un lado el rico mosaico de sus monografías <sup>65</sup>, sus colaboraciones en revistas españolas y extranjeras y sus traducciones de libros de Jerónimo Boccardo, Agustín Ramella y David Supino, a los cuales puso notas o apéndices de Derecho español.

El *Manual de Derecho mercantil* representa su obra cumbre o —como él declaraba— su "esfuerzo máximo". Constituía la coronación de una serie de publicaciones menores precedentes, refundidas y desarrolladas <sup>66</sup>. Fue acogido con supremo interés: tiráronse tres ediciones, la última con tres volúmenes <sup>67</sup>.

---

62. La Redacción de la citada "Revista General" le dedicó una breve necrología, tomo CXXIV, 1914, p. 5 y s.

63. Lo tradujo al alemán el doctor V. Rüdiger. Vertido, además, al francés e inglés, formó parte de la grandiosa obra *Die Handelsgesetz des Erdballs* (Berlín, 1912).

64. Madrid, Góngora, tomo VIII.

65. Puede verse en mi *Manual* citado, tomo I, p. 282.

66. Primero ofreció a los opositores de Judicatura unas elementales *Leciones de Derecho mercantil* (Madrid, 1889). Su segunda edición titulábase



Benito sostuvo, en cuanto al *plan de enseñanza*, el lógico criterio de dar importancia cardinal al Derecho patrio y hacer del Derecho extranjero como un apéndice o complemento, con la adecuada comparación de las instituciones. Respecto al *plan de exposición* adoptado en su libro, son de notar ciertas singularidades. Dividía el estudio en *Parte general y Parte especial*, comprendiendo aquélla las primeras nociones del Derecho mercantil, su relación con el civil —a su juicio tan estrecha, que las diferencias “son más históricas que fundamentales”— y la división del contenido en *cosas, personas y actos*, porque las cosas y las personas “son supuestos necesarios de los actos”<sup>68</sup>. Dedicaba la Parte especial a las obligaciones mercantiles, sin entender que sean contratos “fundamentales” del comercio solamente los de compraventa, permuta y cambio, sino también los de préstamo, transporte y arrendamiento de cosas; ni admitir tampoco una escisión entre los comercios terrestre y marítimo, sino conjuntando los préstamos, transportes y seguros de una y otra naturaleza.

El estilo de Benito y Endara era de la mayor llaneza y diafanidad. Empleaba a veces frases humorísticas, para amenizar sus enseñanzas; mas su espíritu crítico era tan serio y riguroso, que a menudo sus censuras de las normas u opiniones resultaban implacables, despiadadas.

Murió en Madrid, el 5 de noviembre de 1932. Escribió su necrología Antonio Polo<sup>69</sup>, que dijo: “su lema fue siempre *trabajo, entusiasmo y disciplina, pasión y ritmo*”.

---

*Contestaciones a las preguntas relativas a Derecho mercantil* conforme al nuevo Programa de 1909. Se publicaron otras ediciones en 1922 y 1931. Le siguió el *Ensayo de una Introducción al estudio del Derecho mercantil* (1896, que sólo contenía Preliminares e Historia, del cual se hizo también segunda edición reducida, en 1911. El año 1896 apareció la *Contestación al Programa de Derecho mercantil* para los aspirantes a Registros de la Propiedad, y una segunda edición, ajustada al Programa de 1925, fue revisada y puesta al día por Miñana (Madrid, Reus, 1932). También escribió otras Contestaciones para Abogados del Estado (1912).

67. Primera edición, Valencia (1904 y 1908-14), en dos volúmenes. Segunda edición, Valencia (1911-16), y tercera edición, Madrid (1924-29), ya con tres volúmenes.

68. Lo mismo podría sostenerse que la buena estructuración de esta rama del Derecho exige empezar por el estudio general de la relación jurídico-mercantil, que delimita el concepto y la naturaleza de aquélla (máxime en un sistema legal objetivo) y continuar con las personas y cosas. O bien, que lo primero es el hombre (sujeto) y éste actúa sobre las cosas (objeto), originando la creación de negocios jurídicos (actos). No es éste el lugar de analizar tal problema.

69. En “Revista de Derecho Privado”, tomo XIX (1932), p. 337 y 338. Al estimar en conjunto la obra de Benito, concluía: “Producción de estas dimensiones había de tener forzosamente sus claros, que nada o muy poco suponen, sin embargo, al lado de la aportación que la literatura jurídico-mercantil le debe.”



*Antonio Díaz Domínguez.*

Este nombre evoca en mí recuerdos sentimentales de la remota juventud, porque asistí a su clase como alumno y después ocupé, como catedrático, la vacante que dejó al ser jubilado. Me parece estarle viendo aún. Tenía rostro cenceño, con barbita picuda, usaba lentes oscuros y era su seriedad inalterable. Hablaba con suma fluidez y muy escogido léxico. Poseía una memoria feliz, ya que sin utilizar nota alguna citaba autores, fechas, leyes, preceptos y hacía comentarios.

En el Archivo de esta Universidad he encontrado su expediente académico, con datos interesantes. Era natural de Motril, nacido el 6 de agosto de 1853. En Granada se licenció a los diecinueve años, en Medicina y Cirugía (1872). Causa sorpresa que, obtenido este título, diera un giro en redondo, lo abandonara y emprendiera los estudios de Derecho, en los que años más tarde se licenció y doctoró (1881 y 1883). Solamente en el campo jurídico se desarrolló luego su larga existencia, pero afectada por intensas vicisitudes.

Primeramente ganó (con el número 2) las oposiciones de Abogados del Estado (1886). El desempeño de este cargo le tuvo ocho años saltando de una ciudad a otra: Málaga, Granada, Almería, Granada, Valencia, Granada, Ciudad Real, Córdoba y Granada. Cansado de esta incesante movilidad, cual si fuese un viajante de la Hacienda pública, decidió cambiar otra vez de rumbo.

Con mayor vocación, se encaminó hacia el profesorado universitario. Logró una Auxiliaría en la Facultad de Derecho de Salamanca (1890), de la cual pasó pronto a otra de Granada, como supernumerario (1892) y luego numerario (1896). Finalmente, obtuvo por oposición la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad granadina (22 mayo 1907). Tal fue la meta última: la conservó hasta su jubilación por edad (R. D. de 8 agosto 1923).

Sus publicaciones no fueron numerosas. Consistieron en algunos trabajos sobre diversos asuntos<sup>70</sup>, otros forenses y dos de la especialidad mercantil, a saber: una crítica del Código de comercio<sup>71</sup> y un Tratado en dos volúmenes<sup>72</sup>.

Aquel estudio crítico—que modestamente titulaba *Apuntes*—constituía un meditado análisis de los principales aciertos y desacier-

---

70. *El sufragio universal. La justicia popular, etc.*

71. *Apuntes para un ensayo crítico del Código de comercio vigente*, Granada, 1908.

72. *Tratado elemental de Derecho mercantil, conforme a la Filosofía, la Historia y la Legislación vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*. Granada, 1908.

tos del Código. Como es natural, orientábase en el sentido que la ciencia preconizaba en aquel tiempo.

A su vez, el *Tratado* seguía los pasos de la escuela, predominante en España, de Alvarez del Manzano. Entendiendo el autor que, para el estudio del Derecho mercantil, son básicos y fundamentales los conocimientos económicos, dedicó largas páginas, con verdadero derroche de erudición, a tratar del comercio (sus orígenes, progresos, naturaleza, fines, moralidad, condiciones subjetivas y objetivas, cualidades, sistemas, escuelas, etc.). Se mostró resuelto partidario de la sustantividad y autonomía del Derecho mercantil, después de contrastar ampliamente los argumentos de las diferentes teorías. Emitió no pocas opiniones personales, como, por ejemplo, la de ser la jurisprudencia fuente de aquel Derecho, la de que debería reconocerse la letra de cambio al portador, etc. El texto era claro, de depurado estilo, aunque hoy resulten fatigosas aquellas largas parrafadas, tan de la época.

Díaz Domínguez perteneció a este Colegio de Abogados y a su Junta. Presidió la Sección de Ciencias Morales y Políticas del Liceo y fue Censor de su Academia de Jurisprudencia. También se le nombró Acaadémico de la Real de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Murió en Granada el 15 de marzo de 1935.

#### *Joaquín Rodríguez Rodríguez.*

Este joven Profesor nació en la capital de Almería, donde he podido averiguar la fecha: 3 de diciembre de 1910. Ganó por oposición la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de La Laguna y ocupó después la de Valencia. En las postrimerías de la segunda República marchó a Méjico, donde murió pocos años después. Por esto, su sólida preparación científica y su enorme capacidad de trabajo dieron allí, y no en España, sus preciados rendimientos.

Desplegó sus actividades docentes como Profesor de Derecho mercantil en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y en la Universidad Nacional Autónoma de México. Además, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia fue Director del Seminario de Derecho mercantil y bancario.

Su labor investigadora tomó cuerpo en publicaciones que llaman la atención por su cantidad, calidad y corto tiempo en que vieron la luz. No he de reseñar el cúmulo de folletos y artículos de revistas<sup>73</sup>, ni las muchísimas traducciones<sup>74</sup>. Anotó el Derecho mer-

73. Rodríguez las enumeró en su *Curso*.

74. Obras de Jaeger, Sujiam-Guteridge-Weyr-Cornill, Ferrara, Lumia, Auletta, Mossa, Rotondi, Brunetti, Messineo y Ascarelli.

mercantil de Ascarelli<sup>75</sup>. Escribió monografías sobre la compraventa C. I. F., la quiebra y los documentos mercantiles<sup>76</sup>.

Más por cima de tales producciones sobresalen otras tres: sus tratados Bancario<sup>77</sup> y de Sociedades comerciales<sup>78</sup> y su *Curso de Derecho mercantil*<sup>79</sup>. Están escritos con suma llaneza y claridad, y con un vasto conocimiento de la ciencia jurídica universal contemporánea. Huelga decir que se basan, fundamentalmente, en la legislación de Méjico.

Joaquín Rodríguez ofrece en el *Curso* un “concepto unitario y esencial del Derecho mercantil”, formulado mediante esta definición: “es el derecho de los actos en masa, realizados por empresas”. Del modo más tajante agrega: “No debe ocuparse de los actos aislados de comercio. Los actos aislados u ocasionales deben ser abandonados en el campo del Derecho civil”. Esta rama jurídica —concluye— “se caracteriza por dos notas básicas: ser un derecho para la circulación de mercancías (actos en masa) y ser un derecho profesional (derecho de empresa)”. Estaba, pues, este autor fuera de la órbita de los tratadistas a quienes nos hemos referido anteriormente; pertenecía, por su juventud, a la nueva hornada de mercantilistas españoles, que hoy se adhieren a la escuela italiana cuyo promotor más significado fue el Prof. Mossa.

Lleva este libro una emotiva Dedicatoria: “A D. Santiago Galas, en gratitud por la generosa ayuda que en días difíciles me supo dar”. Estas líneas revelan cuán duro debió ser, allende el Atlántico, el comienzo de su nueva vida. Y lo peor es que, apenas rehecha, la perdió (México, 10 agosto 1949). No cabe llamarle “malogrado”, puesto que rindió tan buenos frutos; pero sí por haber muerto con treinta y ocho años, lo que autorizaba a esperarlos mayores.

#### D) LOS COMENTARISTAS.

El nacimiento del Código de comercio de 1885 provocó la aparición inmediata de algunos libros, cuyo objeto consistía en divulgar

75. *Notas de Derecho mexicano al Derecho mercantil de Tullio Ascarelli*. México, 1940.

76. *El contrato de compraventa C. I. F.* (México, 1940). *Ley de Quiebras y de Suspensiones de pagos de 31 de diciembre de 1942*. Concordancias, anotaciones y bibliografía (México, 1943). *Documentación mercantil* (México, 1946).

77. *Derecho bancario*. Introducción, Parte general y Operaciones pasivas (México. Ed. Porrúa, 1945). Quedó sin publicar la Segunda Parte: Operaciones activas y de mediación e Instituciones de crédito.

78. *Tratado de sociedades mercantiles* (México. Ed. Porrúa, 1947), dos gruesos tomos.

79. México, 1947, dos volúmenes.



el nuevo texto, destacar sus innovaciones y aun hacer, a veces, algún breve comentario. Desde el punto de vista científico, no eran obras de alta categoría, mas en el orden práctico prestaban un servicio de suma utilidad. Las principales publicaciones de este género debieron a Joaquín Abella<sup>80</sup>, Salvador de Albacete<sup>81</sup>, Federico Soler y Castelló<sup>82</sup>, Vicente Romero y Girón<sup>83</sup>, José Reus y García<sup>84</sup> y José Gallostra y Frau<sup>85</sup>.

Si buscamos un plano superior, de Comentarios más extensos y con mayor enjundia, sólo encontraremos los de González de Echávarri y aquellos de Marín Lázaro, empezados y no continuados por muerte del autor. Silenciaremos los de Gay de Montellá<sup>86</sup>, posteriores, completos y de mayores proporciones, porque, felizmente, aún vive y trabaja, a pesar de su ancianidad.

*José M.<sup>a</sup> González de Echávarri y Vivanco.*

Oriundo de Vitoria (11 junio 1875), su vida se desenvolvió fundamentalmente en Valladolid, donde ganó respetos y laureles merced a su docta labor universitaria y a su apostolado social, religioso y político. Comenzó a ejercer el profesorado como Auxiliar numerario, por oposición, en la Facultad de Derecho de Valencia y no tardó en obtener, también por oposición, la cátedra de Derecho mercantil de la de Valladolid (30 abril 1914). Conquistó altos honores: Rector por dos veces, Senador en varias legislaturas. Consejero de Instrucción Pública, vocal del Consejo Ordenador de la Navegación Mercante y elemento destacado de la Comisión General de Codificación, en la que actuó como Ponente del Proyecto de reforma 1926-27 del Código de comercio.

Es cuantioso el número de sus publicaciones<sup>87</sup>. Las de naturaleza jurídica desarrollaron primeramente temas muy varios de Dere-

---

80. *Novísimo Código de comercio comentado y concordado*. Madrid, 1885.

81. *Código de comercio común*. Madrid, 1885.

82. *Código de comercio comentado...* Madrid, 1885.

83. *El nuevo Código de comercio... para la Península y las Antillas...* Madrid, 1885; 2.<sup>a</sup> ed. 1886.

84. *Código de comercio de 1885*. Madrid, 1886.

85. *Código de comercio español vigente en la Península e islas de Cuba y Puerto Rico*. Madrid, 1887.

86. *Código de comercio español comentado*. Barcelona, Ed. Bosch, 1936. Cinco tomos, en seis grandes volúmenes.

87. Cf. el libro-homenaje que le ofreció su Facultad al ser jubilado (p. 275 y s.). Allí figuran siete Estudios jurídicos, veinte Discursos y Conferencias, ocho Trabajos sociales y políticos y seis monografías históricas. Algunas se tradujeron a varios idiomas.

cho político, penal, etc.<sup>88</sup> y después refiriéronse siempre a lo que hizo objeto de una rigurosa especialización. En este área hay que citar las siguientes monografías: *El seguro mercantil sobre accidentes del trabajo*<sup>89</sup>, *Metodología jurídico-mercantil*<sup>90</sup>, *El socialismo y los problemas de Derecho mercantil*<sup>91</sup>, *La uniformidad cambiaria hispano-americana*<sup>92</sup>, y *El vínculo jurídico mercantil entre España y América*<sup>93</sup>, asunto que antes habían abordado, por ser entrañable para los españoles, Alvarez del Manzano y Miñana Villagrasa. También escribió, en colaboración con Mauro Miguel y Romero, unos *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*<sup>94</sup>.

La obra capital del prof. Echávarri es la de *Comentarios al Código de comercio*<sup>95</sup>. En su tercera edición introduce algunas modificaciones: añade al título y *Jurisprudencia española*; altera el plan primitivo, ya que dedica los dos primeros tomos a la "Parte didáctica e histórico interna" y los otros dos a la glosa del articulado; y agrega, como complemento, unas "Concordancias con los convenios internacionales y conflictos con legislaciones extranjeras", escritas por Luis González de Echávarri y Armendia.

La concepción fundamental del Derecho mercantil o las directrices que siga o debiera seguir hoy esta ciencia, no son objeto de análisis especial por el autor. Tal vez lo estimaría impropio de un libro principalmente exegético. Pero puede adivinarse a través de su veneración por Alvarez del Manzano, su maestro, cuyas opiniones cita con extraordinaria frecuencia.

Los dos tomos de comentario encierran, sin duda, lo mejor y más útil. Cada artículo del Código va seguido de la correspondiente jurisprudencia, de su explicación clara y de interpretación guiada por un espíritu de justicia. Aborció una infinidad de problemas, y si bien es verdad que omitió otros planteados por el tráfico moderno, deben tenerse en cuenta el retraso con que han venido desenvolviéndose nuestro comercio e industria y la fecha de esta obra. Siempre le corresponderá el mérito de haber sido la primera que comentó ampliamente el cuerpo legal de 1885, y la única, hasta el año 1936.

---

88. *Procedimiento electoral en España*. (Logroño, 1889). *Hipnotismo y criminalidad* (Valladolid, 1906). *Cuadros sinópticos del Impuesto del Timbre* (Cuatro ediciones).

89. Madrid, Góngora, 1905.

90. Tres ediciones de Valladolid, 1913, 15 y 21.

91. Valladolid, 1914.

92. Madrid, 1923.

93. Valladolid, 1924.

94. Valladolid, 1.<sup>a</sup> ed. s. a. y 2.<sup>a</sup> de 1932.

95. Valladolid, 1914-22 (cinco vols.); 2.<sup>a</sup> ed. s. a.; 3.<sup>a</sup> ed. 1945 (cuatro tomos).

Echávarri Vivanco fue jubilado el año 1945. Con este motivo, su Facultad le rindió el delicado homenaje de publicar *Una obra de Derecho mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón*, cuyos Capítulos fueron comentados por antiguos discípulos esclarecidos<sup>96</sup>.

Entregó su alma a Dios en Valladolid, el 18 de diciembre de 1950.

*Rafael Marín Lázaro.*

El 8 de junio de 1878 vino al mundo en Utiel (Valencia), este gran luchador, que llegó a conquistar elevado renombre en diversos campos de actividad: el jurídico, económico, social y político. Todo lo debió a su inteligencia, trabajo, cultura y dotes de orador. Su "curriculum vitae" muestra tantas y extensas facetas, que se nos hace difícil resumirlas.

En la Universidad valenciana fue brillantísimo alumno de Derecho y de Filosofía y Letras. Hizo oposiciones a la cátedra de Derecho mercantil de aquella Facultad (1903), pero no llegó a alcanzar la victoria frente a un rival de la talla de Bonilla San Martín.

No le deprimió aquel tropiezo de su juventud, sino que sirvió de acicate para sus ímpetus, dirigidos por otros derroteros. En primer lugar, abrió bufete en Madrid y con tal fortuna, que logró un puesto preeminente en el foro español y mantenerlo durante varios lustros.

Desplegó también una entusiasta acción de propaganda en favor de la doctrina social de la Iglesia. Intervino en las jornadas de las Semanas Sociales, presentó Informes sobre los intereses espirituales y materiales del Catolicismo y elaboró copiosas publicaciones de esta índole<sup>97</sup>.

Con tales campañas de apostolado, simultaneó infatigables tra-

---

96. Esta obra de Villalón es el *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*. El texto hállese reproducido en fotograbado. Los comentarios débense a Iturmendi, Alfonso de Cossio, Pérez Villanueva, Ferrandis, Arias Ramos, Guilarte y otros. Lleva un erudito prólogo del mismo Echávarri, en el cual aborda los problemas planteados en torno a la vida y las obras de este antiguo "aventurero, teólogo y polígrafo vallisoletano".

97. *La doctrina de Santo Tomás en la ciencia del Derecho del siglo XIII y en la de nuestros días* (1897). *La economía agraria y el Capitalismo* (en Semana social de Valencia). *Los conceptos fundamentales del Catolicismo social* (en la de Barcelona). *Los ideales del movimiento Católico Universitario* (Roma, 1900). *Las Ordenes religiosas y la reforma de la Ley de Asociaciones* (Informe al Congreso de los Diputados). *La supresión de la enseñanza religiosa en las escuelas primarias* (Informe junto con el de Díaz Cobeña y Fernández Prida). *Los haberes del clero* (1926), etc.



bajos en diversos ámbitos de la vida nacional. Aportó a un Congreso para el Progreso de las Ciencias, celebrado en la capital valenciana, una Memoria sobre *La reforma del Instituto de Reformas Sociales*, del que era Vocal. Escribió acerca de *La ciencia y la educación popular* (1902). Dirigió un Informe al Parlamento, en el cual examinaba *La crisis vinícola y el impuesto de alcoholes*, y otro al Senado tratando de *El duelo*. Sentía predilección por los asuntos económicos. Así, tradujo el libro de A. Bechaux<sup>98</sup>; versó su Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre *La actuación de las economías nacionales dentro de la vida económica internacional* (24 mayo 1931); y por su competencia en la materia, fue designado miembro del Tribunal Arbitral de Seguros y Gobernador del Banco Exterior de España.

En la esfera política, revelóse como un batallador docto y entusiasta. Empezó actuando como independiente, luego ingresó en el partido conservador y, por último, perteneció a la Ceña. Siendo Diputado en varias legislaturas, tomó parte con elocuencia en los debates parlamentarios más graves y apasionantes de la época. Desempeñó otros altos cargos: Delegado Regio de Pósitos, Director general de Administración Local, Subsecretario de Gracia y Justicia y Vocal de la Comisión de Codificación.

Finalmente, contempló como mercantilista, merece asimismo la mayor admiración. Escribió un buen estudio referente a *La constitución continuada de las sociedades anónimas*. Pronunció una magistral conferencia sobre *El Derecho marítimo en el Código de comercio de 1829*, cuando la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación conmemoró el Centenario de esta obra legislativa (sesión del 31 mayo 1929). Y por cima de todo, se le recordará como autor de unos notabilísimos *Comentarios del Código de comercio español*, que, para desgracia de la ciencia jurídica, cortó la muerte después del primer grueso volumen (comprensivo de quince artículos)<sup>99</sup>.

Basta con este solo tomo para apreciar el inestimable valor que hubiera encerrado la obra completa. En él son analizados los problemas bajo todos sus aspectos, con extensión, sutileza, erudición doctrinal y sentido práctico. Las soluciones son claras y justas. El lenguaje, muy correcto y preciso.

Debemos subrayar que el autor añadió al estudio del *comerciante* el complemento de la *empresa comercial* (en su "consideración jurídica" y "como objeto de las operaciones") e incluso examinó la *concentración de las empresas* en la economía nacional e internacional. Ahora bien, aunque reconoció la individualidad de la

93. *Las escuelas Económicas en el siglo xx. La Escuela Económica Francesa*. Prólogo de Sanz y Escartín. Madrid, 1905.

99. Madrid, 1932.

empresa mercantil en la práctica de los negocios y la conveniencia de que nuestro Derecho positivo sea reformado de acuerdo con las realidades presentes, nunca pasó por su mente la idea de que el Derecho mercantil debiera transformarse en un Derecho exclusivo de las empresas. Esta teoría radical no cuenta, desde luego, con su voto.

Marín Lázaro falleció en Madrid el 12 de abril de 1945. Pocos meses antes de morir, pronunció en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación un Discurso inaugural (12 diciembre 1944)—cuya lectura es un verdadero deleite—sobre *El espíritu de justicia en la región valenciana*<sup>100</sup>.

El Profesor Ricardo Mur Sancho escribió su necrología<sup>101</sup>, en la cual reflejaba la admiración y el dolor en que participaban todos los ámbitos culturales de la vida jurídica y social española.

\* \* \*

Aquí termino. Tal vez haya dado demasiada extensión a esta antología—pese a mis deseos de abreviar—por ser muchas las personas y las obras en que debía ocuparme. Por si interesan mayores detalles, los dejaré consignados en notas, que omito ante el oyente y que ofreceré luego al lector.

A mi leal saber y entender, del conjunto de cuanto va expuesto se desprende una conclusión satisfactoria. Los hombres ligados al Código de 1829 merecen gratitud de la Patria, porque inauguraron la época de la Codificación, presidida por el insigne Sainz de Andino, y porque trabajaron en el cultivo de la ciencia jurídica, donde sobresalió especialmente la figura del maestro Martí de Eixalá. A su vez, los personajes que podemos enlazar con el Código de 1885, en sus primeros frutos doctrinales, es de la mayor evidencia que aumentaron mucho la cantidad y calidad de la cosecha científica de nuestro suelo.

Las biografías de hombres notables tienen gran fuerza de ejemplaridad para la juventud. A ésta, principalmente, ofrezco mi retrato anterior, y la exhorto para que juzgue a esos antepasados, no conforme a un patrón de hoy, venturosamente supermo, sino centrándoles en su época, que es como la Historia puede hacer justicia. Casi todos eran catedráticos de Universidad, y los que no, desde luego eran personalidades formadas en ella. Quienes ahora sostienen en sus manos esa fausta antorcha de alumnos de la enseñanza superior, sean dignos de llevarla. Siempre con ilusión del porvenir, con altura de pensamiento y con limpieza de corazón.

EMILIO LANGLE Y RUBIO

100. Vid. amplia reseña de Augusto Vicente y Almela, en "Rev. Gral. de Leg. y Jurispr.", tomo 175 (1944), p. 679 y s.

101. En la Rev. antecitada, t. 177 (1945), p. 385 y s.



### III

## MURCIA Y LAS PARTIDAS

Los últimos estudios sobre la posible fecha de redacción de las *Partidas*, especialmente los del profesor García-Gallo<sup>1</sup>, han venido a demostrar que su realización no puede reducirse a los estrechos límites cronológicos que señala su glosador Gregorio López, y menos aún en cuanto se refiere a las seis últimas *Partidas*. Pierde fuerza esa afirmación de su prólogo de que “Este libro fue comenzado a fazer e a componer, vispera de San Juan Baptista, a quatro annos e XXII dias andados del comienzo de nuestro regnado... e fue acabado desde que fue comenzado a siete annos complidos”, porque esta referencia sólo puede tener valor, todo lo más, para la primera *Partida*.

La Segunda no debía estar redactada totalmente en 1275, fecha de la muerte del infante don Fernando de la Cerda, puesto que el monarca reconoció desde el primer momento la sucesión de su hijo Sancho, aunque de alguna forma tratase de compensar a sus nietos, a los hijos de su primogénito, de la herencia perdida. No se planteó el derecho de representación, ni hubo la menor alusión a las *Partidas*. Y en cuanto a la Tercera, según expone el mismo García-Gallo, “tal como Gregorio López la da a conocer, hay ciertos hechos que hacen suponer que no estaba aún redactada hacia 1278. Por de pronto, encontramos entre los formularios reproducidos en el título 18 de ella algunos documentos que, aunque no estén datados, pueden fecharse entre 1265 y 1270...”.

Esta amplitud cronológica respecto a la fecha de redacción de la segunda y tercera *Partidas* nos permite volver a insistir en esta ocasión, y con mayor seguridad, sobre dos personas que en ellas participaron: fray Pedro Gallego y maestro Jacobo de las Leyes. Ambos, por su estrecha y continuada vinculación a Murcia, puesto que en esta ciudad vivieron y murieron y en ella desempeñaron puestos muy representativos, nos permiten avanzar algo más y plantear la posibilidad de que durante algún tiempo la redacción de las *Partidas* se hubiera efectuado en Murcia. Si en ellas se mencionan distintas personas de Sevilla, Burgos y Toledo, también es cierto que se elaboraron en la corte trashumante del rey

---

1. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Los enigmas de las “Partidas”*. Madrid, 1963, en AHDE. T. XXXIII. VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio, pág. 34.



Sabio porque, como indica Ballesteros Beretta<sup>2</sup>, la “mirada inteligente del monarca y su indiscutible competencia vigilaba la marcha de una de sus obras más caras”. La prolongada estancia de don Alfonso en el reino murciano durante todo el primer semestre de 1257, y aún más, en los años posteriores, cuando conforme el parecer de García-Gallo continuaba su redacción, es base suficiente para mantener esta suposición.

#### FRAY PEDRO GALLEGO

La vida y obra de fray Pedro Gallego la conocemos hoy día con bastante amplitud. Nació en Santa Marta de Ortigueira, profesó más tarde en la Orden de San Francisco en su convento de la Bastida, a tres kilómetros de Toledo. Años después fue nombrado Guardián de este mismo convento, en donde permaneció hasta 1236, en que sería designado Provincial de la Orden.

Su estancia en Toledo y su afán cultural le permitirían ampliar sus estudios y aprender la lengua árabe, lo que orientaría su dedicación posterior. Más adelante le designaba Fernando III para un puesto de gran confianza, como sería el de confesor de su primogénito. De aquí nació una estrecha y continuada relación, que debió convertirse en íntima compenetración al desarrollarse en ellos un mismo afán de amplias inquietudes culturales.

Premio a su labor, a sus conocimientos y a sus dotes organizadoras como Provincial de la Orden franciscana, fue el que cuando en 1250 se llevó a efecto la restauración de la Sede de Cartagena, el papa Inocencio IV, atendiendo los ruegos de San Fernando y de su primogénito, le designaba como su primer obispo, dedicando en su bula de nombramiento grandes elogios a la personalidad del nuevo prelado.

Sabemos bastante más de la vida de fray Pedro Gallego en los dieciocho años que dura su episcopado en la recién restaurada Sede Cartaginense y también de la extraordinaria actividad que desarrolló en el establecimiento y organización de su diócesis<sup>3</sup>. Pero aquí sólo nos interesa resumir su obra científica y en especial su casi segura participación en la redacción de las *Partidas*.

Siguiendo las orientaciones de la cultura castellana y las directrices de su ilustre discípulo, fray Pedro Gallego tradujo del árabe al latín, según estudia Pelzer<sup>4</sup>, el *Tratado de los animales*

2. BALLESTEROS BERETTA, Antonio, *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, 1963, pág. 360.

3. TORRES FONTES, Juan, *El obispado de Cartagena en el siglo XIII*, Madrid, 1953, págs. 22-54.

4. PELZER, Augusto, *Un traducteur inconnu: Pierre Gallego, Franciscain et premier évêque de Carthagène (1250-1267)*. Miscellanea Francesco Ehrle,

o *Liber de animalibus*, atribuido a Aristóteles, aunque introduciendo notables modificaciones, y el *De regitiva domus* o *Gobierno de la casa*, que tiene algunos puntos de contacto con la *Económica* de Galieno. Lo mismo sucede con su *Summa Astronomica*, estudiada por el P. Meliani<sup>5</sup>, quien encuentra cierta dependencia en dos de sus capítulos, de los nueve de que consta la obra, del *Almagesto* de Tolomeo.

Por su parte, el P. Atanasio López indica que el tratado económico del obispo de Cartagena, además de ser el más antiguo que se conoce en latín, es también, probablemente, anterior al famoso código alfonsino de las *Partidas*, que abunda en las mismas ideas. "Sin negar que Fr. Pedro Gallego haya tomado como pauta obras arábigas sobre el *Gobierno de la casa*, las ideas netamente cristianas que lo informan y las alusiones a la Sagrada Escritura nos hacen sospechar que el opúsculo es en parte trabajo personal del célebre franciscano". Igualmente muestra cómo las ideas de fray Pedro Gallego se encuentran recogidas en la segunda *Partida*, en diferentes leyes de los títulos VII y IX, lo que le permite afirmar de que "es preciso reconocer que los cinco capítulos de la obra del obispo cartaginense se encuentran, en parte, glosados y extendidos en las *Partidas*"<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta que fray Pedro Gallego no falleció hasta el día 19 de noviembre de 1267, su colaboración en la elaboración de las *Partidas* pudo realizarse de distintas formas: intervención directa, puesto que se comenzaron en 1265, siendo ya obispo de Cartagena; utilización de su obra por los juristas que compilaron la monumental producción alfonsina, o también porque tanto uno como otros se documentaron en las mismas fuentes. Como quiera que sea, parece que las concordancias no ofrecen dudas. Pero no es sólo esto, pues igualmente es posible atribuirle una mayor participación por su basto saber y extraordinaria personalidad. Al estudiar la tercera *Partida*, comenta García-Gallo que "a la vista de éstas, en su redacción divulgada, no cabe pensar sólo en glosadores o decretalistas. Unos y otros, tanto los españoles como los extranjeros, se ocupan única y exclusivamente de exponer las reglas jurídicas. Ninguno de ellos, por el contrario, busca sus fundamentos racionales en la Teología y Filosofía, o trata de adoctri-

---

Scritti di Storia e Paleografia, pubblicati sotto gli auspici di S. S. Pio XI, vol. I, Per la Storia della Teologia e della Filosofia, Roma, 1924, págs. 407-456, vid. pág. 410.

5. MELANI, P. Gaudencio, OFM, *Un frammento inedito della "Summa Astronomica" del Vescovo francescano Pietro Gallego*, en "Studi Francescani", serie 39, año XV (XL), Florencia, 1943, págs. 79-89.

6. LÓPEZ, Atanasio, OFM, *Fr. Pedro Gallego, primer obispo de Cartagena (1250-1267)*, en *Archivo Ibero-Americano*, XXIV, núm. LXX, Madrid, 1925, págs. 65-91, vid. 82-83.



nar, como se hace en las *Partidas*"<sup>7</sup>. En fray Pedro Gallego y en otros hombres como él, que a sus conocimientos jurídicos y lingüísticos añadían otros de Teología y Filosofía, avecindados en la ciudad y reino de Murcia durante largos años, sí cabe singularizarlos en esta doble función, moralistas y juristas al mismo tiempo, y que muchos de ellos fueran los que proporcionaran con sus amplios conocimientos ese fin primordial, ese estilo suasorio, que se puede precisar en todo el contenido de las *Partidas*.

#### JACOBO DE JUNTA, MAESTRO DE LAS LEYES

Menores conocimientos tenemos de la vida de maestro Jacobo de las Leyes, de cuyo origen italiano no es posible ya dudar. Su temprana estancia en Castilla y el puesto destacado que alcanzó en la Corte castellana le valdrían muy pronto el nombramiento de juez real y el sobrenombre de maestro de las Leyes, títulos justificativos de unos conocimientos jurídicos oficialmente reconocidos, que puso al servicio del rey de Castilla.

##### a) *Su estancia en Murcia.*

Conforme a las noticias y documentos que nos quedan, su presencia en Murcia comienza en 1266, cuando, reconquistada la capital del reino murciano, Alfonso el Sabio le designó como uno de los tres partidores mayores. La imposibilidad de acudir personalmente a hacerse cargo del reino que le había reconquistado su suegro Jaime I y el gran número de aragoneses que en él quedaron, exigía una ponderada pero eficaz dirección, capaz de resolver los litigios y la multiplicidad de derechos que la heterogénea población que allí quedaba llevaba consigo. La confianza que el monarca tenía en sus conocimientos impulsó a don Alfonso a nombrar a maestro Jacobo, junto a hombres como el futuro arzobispo de Toledo y don Gil García de Azagra, para llevar a cabo tan delicada misión. A su lado se mencionan a su hermano Simón y a sus sobrinos Simón y Puch, Pucho o Ducho.

Las distintas concesiones otorgadas por Alfonso X a maestro Jacobo en la tercera, cuarta y quinta particiones de las tierras de Murcia (1266-1273), su designación como partidor mayor en 1266 y los títulos que ya utiliza en estos años ponen de manifiesto la categoría de que gozaba y el sobrenombre de maestro de las Leyes, como se le menciona en el Repartimiento, puede interpretarse como el que había ya redactado algunas obras de carácter jurídico.

7. GARCÍA-GALLO, *Los enigmas de las "Partidas"* cit., pág. 37, quien indica que este propósito la hacen única en su género en toda la literatura jurídica europea.



Esta actividad de maestro Jacobo pudo ser la de alguna de las obras que se han conservado.

Interpretaron Ureña y Bonilla San Martín<sup>8</sup>, que las *Flores del Derecho* estaban dedicadas al infante don Alfonso, por lo que dedujeron que fueron redactadas con anterioridad a la muerte de San Fernando, esto es, antes de 31 de mayo de 1252. Pero García-Gallo niega esta prioridad, pues el adjetivo que en ella se emplea, el de "bien aventurado", aplicado a Fernando III y el que la titulación de rey de Castilla y de León que en la dedicatoria se hace corresponda a don Alfonso, le permite rechazar esta teoría tradicional y deducir que esta obra se confeccionó mucho más tarde, inclinándose por la mayor antigüedad del *Doctrinal*, que conjetura pudo haber sido escrito hacia 1255. Si a todo ello añadimos su directa o indirecta participación en la tercera *Partida*, hecho que parece fuera de toda duda, es más que suficiente para justificar el sobrenombre de maestro de las Leyes que utilizaba en tierra murciana y con el que se le solía designar en los documentos coetáneos y se continuó utilizando en los años posteriores a su fallecimiento.

Nos queda constancia documental por el *Repartimiento* de su intervención en la tercera distribución de tierras de la huerta de Murcia (1266-1267), en la que fue beneficiado con la concesión de un importante donadío, así como el que su actividad como partidador mayor estuvo dedicada preferentemente a resolver o aclarar las situaciones jurídicas planteadas por algunos pobladores de muy distinto origen y procedencia, que no cumplían las disposiciones establecidas para continuar en el disfrute de las heredades que se les había otorgado; casos denunciados de incumplimiento de estancia personal y mantenimiento de caballo y armas conforme a la categoría social que se les había asignado; fraudes, deudas y otros motivos jurídicos que ocasionaban la pérdida de tales concesiones, etc. Tal es, por ejemplo, el caso planteado por el fallecimiento del poblador Pedro ça Ferrera, poseedor de once tahullas en Benipotró, lo que daría lugar a que los partidadores decidieran que dicho heredamiento quedara en poder de "maestro Iacomo de las Lees por las debdas sean pagadas"<sup>9</sup>.

Se menciona también su intervención en la cuarta partición

8. UREÑA, Rafael, y BONILLA SAN MARTÍN, Adolfo, *Obras del maestro Jacobo*, Madrid, 1924, pág. XII. El primer estudio amplio sobre maestro Jacobo se debe a FLORANES, Refael, *Noticias literarias del Maestro Jácome de las leyes*, publ. en "Memorial Histórico Español", II, Madrid, 1852.

9. TORRES FONTES, Juan, *Repartimiento de Murcia*, Murcia, 1960. Para cuanto se refiere a maestro Jacobo, págs. 2, 3, 91, 103, 131, 133, 135-6, 157, 160, 174, 184, 210, 218, 220, 238, 247-8. 'Expresión casi coincidente con la ley 2.ª del tít. XIII de sus *Flores de las Leyes* "Commo deuen ser pagadas sus debdas", al hablar de los rebeldes.

(1269-1270), en que igualmente fue beneficiado, ésta vez como heredero y con la categoría social máxima en el Repartimiento, la de caballero mayor, con tierras en la huerta y en el secano del campo de Cartagena. El que no aparezca su nombre entre los jueces mayores de la quinta partición (1272-1273) se debe a que si bien se distribuyeron nuevas tierras en la zona de Aljufía, en sí esta partición era en su mayor parte una revisión de las concedidas en las dos anteriores, lo que justifica su no participación, pese a su presencia en Murcia y su fallida solicitud ante el monarca por conservar íntegramente los importantes donadíos de Alhara Nueva y Benialé. Perdió parte de Alhara Nueva, porque no constaba en el privilegio de donación y tampoco pudo conseguir que se respetara el señorío de Benipotró, otorgado a su sobrino, y que perdió por ausencia, pese a las repetidas gestiones que nuestro Jacobo hizo cerca del rey don Alfonso. Junto a estas propiedades de Jacobo de las Leyes se mencionan también las de su madre, doña Beatriz, que recibió un donadío de cuarenta tahullas, valoradas en dieciocho alfabas.

Ciento cuarenta tahullas de Alharilla, acequia de Alguazas, Aljucer y Benialfayg, más "el soto de mas pora su nabora", su noria, en la tercera partición; cuarenta y tres tahullas en la cuarta y setecientas veinte en la quinta, que de donadío pasaban a ser de heredamiento, muestran la categoría de maestro Jacobo, uno de los cinco mejor recompensados en el Repartimiento murciano; también la confianza y agradecimiento del monarca por sus servicios y por su trabajo en las particiones, al mismo tiempo que su propósito de asentarse a vivir definitivamente en Murcia, donde gozaba de tan extraordinarias prebendas. Lo prueba igualmente el que habiéndole otorgado el rey Sabio una huerta en la puerta de la Macarena, en Sevilla, por carta fechada en 5 de agosto de 1267, cuando ya maestro Jacobo se encontraba en la capital murciana, la enajenara años después, por carta escrita en Murcia por Bernal Ermengol, escribano del Repartimiento murciano, en 13 de febrero de 1274, vendiéndola a un vecino de Sevilla llamado Juan Rodríguez <sup>10</sup>.

La autoridad jurídica de maestro Jacobo le obligó a intervenir en cuantos asuntos de trascendencia se plantearon en la Corte castellana. Ballesteros <sup>11</sup> cita un pleito que la catedral de Palencia mantuvo con el concejo de dicha ciudad, y para cuya resolución Alfonso X el Sabio designó como jueces a don Pedro, obispo de Cuenca, a don Juan García; a maestro Gonzalo, dean de Toledo, y a maestro Jacobo, "nuestro juez". El documento está expedido

10. BALLESTEROS BERETTA, Antonio, *Sevilla en el siglo XIII*, Madrid, 1913, doc. n. 173.

11. BALLESTEROS BERETTA, Antonio, *Alfonso X el Sabio*, pág. 357.



en Jerez, a 6 de marzo de 1268. La fecha y los nombres de los elegidos señalan cómo por lo menos dos de los cuatro jueces designados por el monarca se encontraban en Murcia. Eran maestro Gonzalo, entonces repartidor mayor de Murcia y más tarde obispo de Burgos, arzobispo de Toledo y cardenal de la Iglesia romana, y Jacobo de Junta, maestro de las Leyes, también partidador mayor.

Otra intervención suya como juez real y que requeriría no sólo amplitud de conocimientos jurídicos, sino también habilidad y tacto, fue la resolución del problema planteado por la ausencia de Murcia de maestro Esteban, obispo de Calahorra. La alta categoría del litigante obligó a un cuidadoso estudio y competente resolución. Maestro Jacobo, de acuerdo con las disposiciones reales en vigor, hubo de resolver en consecuencia. Su dictamen fue el proponer la confiscación de los bienes que el obispo de Calahorra tenía en Murcia, por no haber efectuado la vecindad prescrita y no tener familiares y criados que suplieran su ausencia. Conforme a este dictamen, Alfonso X sentenció en contra del obispo de Calahorra, y por carta fechada en 29 de septiembre de 1278, firmada por maestro Jacobo como secretario, desposeyó a maestro Esteban de sus bienes, de los cuales hizo donación a su escribano Millán Pérez de Ayllón<sup>12</sup>.

Conocemos igualmente que en 1276 se hallaba encargado por orden del monarca de tomar cuentas a los recaudadores de las rentas reales. En una de las cartas de arrendamiento de don Zag de la Maleha, fechada en Vitoria a 2 de octubre de 1276 y confirmada por don Alfonso en 20 de junio de 1277, se solicitaba que se quitaran las inspecciones que por orden del rey se realizaban, con las excepciones "salvo ende las quantas que maestro Jacobo a comenzadas a tomar, o acabar, e aquello que es puesto a los ricos omes, e a cavalleros, e a otros qualesquier"<sup>13</sup>.

En los comienzos de 1279 llegaba a Valencia una embajada castellana, compuesta por el infante don Manuel, Ferrán Pérez, deán de Sevilla, Guillén de Rocafull y maestro Jacobo de las Leyes, para solicitar de Pedro III ayuda contra los musulmanes. Como indica Ballesteros<sup>14</sup>, el primero y los dos últimos procedían del reino de Murcia y estaban interesados en que el rey aragonés atacara por el flanco oriental al sultán nazarí, con lo que se aseguraría la frontera murciana.

Sin duda, mantuvo maestro Jacobo su actividad y vecindad en Murcia en los años siguientes, puesto que nada sabemos que hi-

---

12. TORRES FONTES, Juan, *Colección de documentos para la Historia del reino de Murcia, Documentos de Alfonso X el Sabio*, Murcia, 1963, pág. 102.

13. *Memorial Histórico Español*, I, pág. 312.

14. BALLESTEROS BERETTA, *Alfonso X el Sabio*, pág. 876.



ciera lejos de ella y sí que falleció en dicha ciudad en 2 de mayo de 1294. Esta fecha, muy segura, se deduce por el aniversario establecido por su esposa en 21 de marzo del año siguiente. En este día el obispo don Diego y el Cabildo de Cartagena donaban a doña Juana, su viuda, un lugar para construir una capilla de enterramiento, que en 1302 tenía ya levantada bajo la advocación de San Simón y San Judas. Lugar elegido por maestro Jacobo y en donde había enterrado a su madre, doña Beatriz, y que el Cabildo concedió por "los muchos servicios y deudas que maestro Jacobo de las Leyes hizo a la Yglesia de Carthagená" <sup>15</sup>. Donación que Baquero interpretó adecuadamente como agradecimiento del Obispo y Cabildo a la actividad de maestro Jacobo y a su influencia para lograr el traslado de la capitalidad de la Sede a Murcia, efectuado definitivamente, tras largas gestiones, en el año 1291 <sup>16</sup>.

b) *El apellido Junta.*

El origen italiano, y probablemente florentino, de maestro Jacobo de las Leyes queda hoy día fuera de toda duda. Maestro Jacobo dedicó su *Doctrinal* a su hijo Bona Junta cuando aún era muy joven, justificándolo porque "las cosas que los ninnos aprenden, mejor las tienen despues et non las pierden de ligero". Apellido Junta que vemos repetido en distintas ocasiones y tiempos, tanto al referirse al hijo de maestro Jacobo, como a su misma persona. Cuando hacia 1529 se efectuó la exhumación y traslado de los restos de maestro Jacobo y se tasaron las obras hechas en su capilla por maestro Jerónimo Quijano, se le designaba por el Cabildo como "micer Jacobo de Junta" <sup>17</sup>. Y en el *Repartimiento*, tanto a él como a su hermano Simón se le otorga repetidas veces el tratamiento de çer (miçer), a igual que a otros pobladores de origen italiano.

Conocemos algunas de las vicisitudes de la vida de su hijo Bona Junta, que conservó el apelativo de "las Leyes", heredado de su padre. En 1295 Juan Sánchez de Ayala, adelantado del reino de Murcia, previendo la inmediata guerra con Aragón a causa del matrimonio que acababa de contraer Jaime II, con lo que faltaba a sus anteriores compromisos con Sancho IV, y de su actitud hostil hacia Castilla, ordenó de parte de Fernando IV a Bona Junta de las Leyes "que vayades por mar con la galiota armada que yo vos dy et fazet guerra et daño quanto podierdes al

15. UREÑA y BONILLA. *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisculto del siglo XIII*, pág. 394.

16. BAQUERO ALMANSA, Andrés, *Rebuscos. La sepultura de Jacobo de las Leyes*, Murcia, 1904, pág. 87.

17. UREÑA y BONILLA, ob. cit., pág. 399.

rey de Aragón”<sup>18</sup>. Meses más tarde, en 28 de marzo de 1296, Juan Sánchez de Ayala se otorgaba por pagado de tres mil maravedís, entregados por Bona Junta de las Leyes por razón de la parte “e del drecho que yo devia aver de la ganancia que fiziestes sobre mar con la galiota que vos yo mande armar sobre la tierra del rey de Aragon”.

. Traslado de ambos documentos se efectuó en el verano de aquel mismo año, para justificar Bona Junta su actividad en corso, al ser acusado por Jacobo Podio, justicia de Alicante y procurador en el reino murciano por el monarca aragonés, tras su ocupación de gran parte del reino de Murcia<sup>19</sup>.

No fue suficiente esta justificación de Bona Junta, y es probable que tuviera que alejarse de territorio murciano, pues las autoridades aragonesas y los colaboracionistas castellanos en el reino de Murcia continuaron su acción contra el hijo de maestro Jacobo. Denunciado por falta de pago de diversos impuestos concejiles, cifrados en trescientos treinta y dos maravedís, los integrantes del municipio murciano decidieron embargar las tierras que Bona Junta de las Leyes tenía en la huerta de Murcia. Sacadas a pública subasta y no habiéndose presentado ningún licitador, fueron entregadas a los jurados como propiedad concejil. Al débito se agregaron treinta y cinco maravedís por derechos del justicia y siete para los tasadores. La suma de trescientos setenta y dos maravedís supuso la ocupación de diez tahullas y dos terceras partes de otra en Benialé, en la alquería heredada por Bona Junta de maestro Jacobo<sup>20</sup>.

Al año siguiente, en 13 de julio de 1298, también por falta de pago de los impuestos fijados por el municipio para el arreglo del azud y muro de la acequia mayor de Alquibla, se sacaron a pública almoneda tierras de diversos vecinos. El más afectado con esta nueva medida sería otra vez Bona Junta, a quien la justicia concejil embargó cincuenta tahullas en Benialé y Alhara Nueva, por débito de mil ciento cuarenta sueldos y tres dineros de reales de Murcia<sup>21</sup>. Ignoramos si las tierras que todavía quedaban a Bona Junta en Alhara Nueva fueron embargadas o no en los años siguientes, puesto que la ocupación aragonesa se mantuvo hasta 1304, año en que entró en vigor la sentencia de Torrellas.

Pero en la tramitación de lo acordado en este arbitraje encon-

18. En 10 de diciembre de 1295. Publicada en parte por GIMÉNEZ SOLER, Andrés, *Don Juan Manuel*, Zaragoza, 1932, págs. 223-4. El documento, completo, en Archivo de la Corona de Aragón, Documentos de Jaime II, perg. núm. 627.

19. A. C. A. Docs. de Jaime II, perg. núm. 627.

20. En Murcia, 2 de abril de 1297. Las tahullas fueron tasadas a treinta y cinco maravedís cada una. (Archivo Municipal, perg. núm. 64.)

21. En Murcia, 13 de julio de 1298. (Arch. Mun., perg. núm. 65.)



tramos de nuevo a Bona Junta de las Leyes en el reino de Murcia. El sería uno de los que testimoniaron con su presencia la protesta de D. Artal de Duerta, comendador mayor de Montalbán, de estar dispuesto a recibir los castillos que se le entregaran en el reino de Murcia. También fue testigo el mismo día, 11 de noviembre de 1304, de la declaración de los procuradores del rey de Aragón de hallarse prestos a efectuar la entrega de dichas fortalezas murcianas, conforme se había convenido en Torrellas<sup>22</sup>. Estas son las últimas noticias que tenemos del hijo de maestro Jacobo.

No fueron Jacobo de Junta y su hijo Bona Junta los únicos de este apellido que anduvieron por tierras peninsulares. En el mismo año, aunque meses antes de que maestro Jacobo de Junta llegara al reino de Murcia y comenzara su actividad como partidor mayor, se encontraba en Alicante otro extranjero también apellidado Junta. Cuando Jaime I de Aragón acudió en ayuda de su yerno, y en feliz campaña recuperó la totalidad del rebelado reino de Murcia, para mantenimiento de su cuantioso ejército tuvo que recurrir frecuentemente a toda clase de préstamos. Uno de ellos, reconocido por el monarca en carta fechada en Montpellier el día 17 de enero de 1267, era a Conrado de Junta y a Simonet de Modulo, de 13.000 besantes que le habían prestado el año anterior en Alicante<sup>23</sup>.

Apellido que de nuevo sale a nuestro encuentro siglos después, también unido a la cultura castellana. En Burgos se estableció el impresor florentino Juan de Junta, que según Ureña perteneció a la casa del famoso impresor florentino del siglo xv Filippo Giunti<sup>24</sup>.

Tiempo más adelante, hallamos otra vez el apellido Junta en Murcia, perteneciente a dos poetas: Pedro Mathias Martínez de la Junta, a quien se deben un *Rasgo Rhythmico... de las fiestas que en la R. Proclamación de... Carlos III, celebró en Lorca* (Murcia, 1760), y de una tragedia titulada *Coriolano*. Otro lorquino, Francisco Martínez de la Junta, fue autor de un canto poético sobre *El Pantano de Puentes* (Murcia, 1802).

---

22. Publicó ambos documentos BENAVIDES, Antonio, *Memorias de Fernando IV*, tomo II, págs. 451 y 451-2. Pero en ambos transcribe "bona justicia de las leys", cuando en los manuscritos que contienen estos documentos (Acad. Historia, Col. Salazar, A 2, fols. 166 y 167 v.) nos ofrecen con toda claridad su nombre de "Bona Junta de las Leyes".

23. Archivo de la Corona de Aragón, Jaime I, Reg. 14, fol. 85 r-v.

24. A Juan de Junta se le debe, entre otras, una edición de las *Ordenanzas Reales de Castilla*. En el colofón de esta obra testifica: "fue impresso el presente libro de las Ordenanças Reales En la muy noble y más leal ciudad de Burgos, en casa del señor Juan de Junta: florentino. Acabose a XII días del mes de julio. Año de Mil y quinientos y treynta y seys años".



c) *Su obra.*

Razonablemente se supone que la influencia de los conocimientos jurídicos de maestro Jacobo de las Leyes en la legislación castellana de su época fue muy considerable. Las nuevas corrientes jurídicas que se implantan en Castilla, ya en la segunda mitad del siglo XIII, con la recepción del Derecho romano-canónico, debió tener en maestro Jacobo de Junta uno de sus introductores más versados. Hay que tener en cuenta que los juristas que elaboraron las *Partidas* no se inspiraron apenas en el Derecho tradicional castellano, sino en las reglas feudales de los *Libri Feodorum* lombardos. Lo mismo sucedería en Barcelona, ya que las *Costumas de Catalunya*, compilación anónima también de la segunda mitad del siglo XIII, en gran parte fueron igualmente inspiradas en los *Libri Feodorum*<sup>25</sup>.

De la producción jurídica singular de maestro Jacobo de Junta se han conservado tres obras. Dos de ellas, las *Flores del Derecho* y el *Doctrinal*, nos ofrecen, con escasas variantes, gran parte del articulado de la tercera *Partida*, en la que también se integran los libros IV y V del *Espéculo*. Esta intervención de maestro Jacobo en la elaboración de la tercera *Partida* ha sido demostrada plenamente por Ureña y Bonilla, quienes anotan la igualdad de redacción de leyes y títulos, especialmente en cuanto se refiere al *Doctrinal*, que "copia literalmente las *Partidas*... y aun a veces se le escapa la misma palabra "Partida", como acontece en el cap. 1.º, tit. 4.º, del lib. VI, donde se lee "en dar los juyzjos de fablamos en esta mjsma *Partida*, en el titulo de los juyzjos". Lo cual muestra por una parte su colaboración en la redacción de esta *Partida*, al mismo tiempo que la posterior confección del *Doctrinal*, con lo que resulta, conforme indican dichos autores, un autoplagiario.

La redacción, un tanto equívoca, del prólogo de las *Flores* hizo suponer que habían sido escritas con anterioridad al año 1252, pero el estudio del profesor García-Gallo argumenta decisivamente por su posterior realización. Obra que representa para el profesor Merea "una de las manifestaciones más claras y directas del renacimiento del Derecho romano en la Península"<sup>26</sup>, y de las que se hicieron en el mismo siglo XIII versiones al portugués y al catalán<sup>27</sup>, lo que pone de manifiesto su difusión y utilidad. Divididas

25. RIAZA, Román, *Las partidas y los "Libri Feodorum"*, Madrid, 1933, en ANUARIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XI, págs. 5-18.

26. MEREÁ, Paulo, *Contribuções para a Historia do Direito Portugues. A versao portuguesa das "Flores de las Leyes" de Jácome Ruiz*, Coimbra, 1918, pág. 2.

27. MEREÁ, ob. cit., y CLARET MARTI, Pompeyo, *Obras dels alcajts et dels jutges por el Maestro Jacobo (versión catalana del s. XIII, hasta ahora inédita, de las Flores de las leyes)*, Barcelona, 1928.

en tres libros, con XXI títulos que comprenden noventa y seis leyes escritas con sobrio y claro lenguaje, es en sí un verdadero compendio de derecho procesal, que abarca “en el libro primero se tracta como guardedes uestra dignidad et uestro sennorio, que es dicho en latin officio o iuridiscion. Otrossi, de las personas por que passan e los pleytos et de las naturas dellas, et de todas las cosas que se fazen o sse deuen fazer ante que el pleyto sea conpaçado.

En el segundo libro, se contiene como se compieçan los pleytos et de las cosas que se siguen fasta que dan la sentençia.

En el tercero libro, se demuestra de las sentencias como se deuen dar et formar las alçadas, et de las otras cosas que /nascen/ et que se siguen depues que la sentencia es dada.”

Menos original es el *Doctrinal* “que fabla de los juyzios” según manifestaba maestro Jacobo en la dedicatoria a su hijo Bona Junta, por lo que “traslade de latin en rromance et ayunte”. Como señalamos más arriba, la mayor parte de sus leyes, con escasas variaciones, integran la tercera *Partida*<sup>28</sup>. Dividido en seis libros, veintidós títulos y ciento cincuenta y dos capítulos “es doctrina para todos los pleytos et fue sacado del coraçon de las leyes”.

La tercera, *Summa de los noue tienpos de los pleytos*, es obra igualmente de carácter procesal, y como su título indica, una división en nueve tiempos de la tramitación de los juicios, ya que “todos los pleytos puedense partir en noue tienpos. El primero es quando el omne faz chamar a otro que le faga derecho. El segundo tiempo es quando uienen las partes antel iuyz. El tercero tiempo es quando el lamado dize algunas excepciones o defensiones por que se delonga el pleyto. El quarto tiempo es quando se comiença el pleyto. El quinto tiempo es quando deuen las partes aiurar de columpnia o de dezir uerdat. El sexto tiempo es quando las partes o la parte aduzen prouas. El septimo tiempo es quando las partes rrazonan sobre las prouas et sobre todo el pleyto. El ochauo tiempo es quando las partes cierran el pleyto et pieden sentencia. El nono tiempo es el tiempo de la sentencia”<sup>29</sup>.

---

28. Además de la obra de Ureña y Bonilla sobre la participación de maestro Jacobo, vid. a GARCÍA SORIANO, Justo, *Una fuente de las Partidas*, *Hispanic Review*, 1934, pág. 241. BALLESTEROS, en su obra *Alfonso X el Sabio*, pág. 358, dice: “No puede ponerse en duda que fue colaborador de las *Partidas*. Más, nos atreveríamos a insinuar que la influencia romántica y el sabor justiniano de este egregio código se deben a la intervención acuciosa y a la competencia del jurisconsulto italiano.”

29. No es aventurado pensar que esta obra se compusiera en Murcia, tanto por la continuada estancia de maestro Jacobo en ella, como por la copia en pergamino hallada por Floranes. fechada en dicha ciudad en 28 de marzo de 1289.



## LA COLABORACIÓN MURCIANA

A estas dos destacadas personalidades como fray Pedro Gallego y maestro Jacobo de Junta, cuya colaboración en las *Partidas* queda fuera de toda duda, así como su prolongada y continuada estancia en la capital murciana, pueden agregarse otros nombres que, sin la menor constancia de su participación en la monumental obra legislativa del rey Sabio, no resulta aventurada su posible inclusión entre los desconocidos colaboradores que en ella participaron. Dos de ellos por su oficio y conocimientos jurídicos, como fueron Guillén de Moncada y don Jordán del Puch, alcaldes del rey, y otro grupo formado por eclesiásticos de cuya cultura y actividad nos quedan abundantes pruebas.

Don Guillén de Moncada, heredado en la huerta y campo de Murcia con la categoría de caballero mayor<sup>30</sup>, actuó como juez en la resolución jurídica del caso planteado por el fallecimiento de Bernat Cadireta, ensayador de la moneda. Su viuda, doña Ramoneta de Belloc, promovió recurso por negársele el derecho que tenía a la mitad de los bienes dejados por su esposo. Razonaba su pretensión en el pacto de "agermanament" firmado por ambos en sus esponsales, que se celebraron en Murcia en 1268. Don Guillén, para su resolución, tuvo en cuenta una disposición del monarca, motivada por este caso, de "que las posturas et los pleytos que han fecho con sus mugieres que ualan segund las cartas et las posturas que fizieron quando casaron con ellos". Pero para evitar la repetición de tales problemas, ya que la procedencia de los pobladores asentados en el reino de Murcia era muy diversa, don Alfonso dispuso que en adelante los conciertos matrimoniales se hicieran conforme al fuero de Murcia<sup>31</sup>. Un mes más tarde de esta disposición alfonsí, don Guillén de Moncada dictaminó la razón jurídica de la pretensión de doña Ramoneta de Belloc<sup>32</sup>.

Otro alcalde del rey, de mayor categoría social y por ello mejor heredado que don Guillén, fue don Jordán del Puch. Mayor categoría social, puesto que en lugar de heredamiento recibió en concepto de donadío la mitad de la alquería de Beninavía e incluso, durante algún tiempo, antes de efectuarse la revisión de los primeros repartimientos, disfrutara de la totalidad de dicha alquería y de las de Meccem y Menjalhaco; pese a la disminución que le impusieron los revisores, le quedaron ciento sesenta tahullas y media, lo que representaba una de las propiedades mejor dotadas de

30. TORRES FONTES, *Repartimiento de Murcia*, págs. 5, 155-6, 236, 248.

31. TORRES FONTES, *Colección de documentos cit.*, págs. 80-1. La carta en Murcia, 16 de mayo de 1272, y también *Repartimiento de Murcia*, pág. 236.

32. TORRES FONTES, *Colección de documentos cit.*, págs. 81-2. La carta en Murcia, 12 de junio de 1272.



la huerta de Murcia. No conocemos ninguna actuación jurídica de don Jordán, pero por las atenciones y beneficios recibidos cabe deducir que la personalidad de este alcalde del rey debió ser muy destacada<sup>33</sup>. Sin duda es a él a quien se refiere Pedro III de Aragón en una carta a Alfonso X, que fechaba en Barcelona en 19 de febrero de 1281, y en que decía "Sabet que viemos don Jordan del Pueyo, uestro vassallo con uestra carta...". Ya con anterioridad se había entrevistado don Jordán con el rey de Aragón. De estas entrevistas y embajadas, que afectaban a la extensión territorial del reino de Murcia, surgió el tratado de Campillo, firmado pocos meses después entre Aragón y Castilla<sup>34</sup>.

Entre los pobladores heredados en Murcia cabe señalar a ciertos eclesiásticos de elevada categoría y de los cuales es posible que alguno formara parte de ese grupo que, junto a los juristas, aportaron sus conocimientos de Teología y Filosofía y que proporcionaron "ese doble carácter de obra doctrinal y legal" a las *Partidas*, de que nos habla el profesor García-Gallo. Destacamos entre ellos a don García Martínez, deán y obispo electo de Cartagena, de cuya actividad, incluso jurídica, nos quedan abundantes documentos; a su sucesor al frente de la diócesis, el obispo don Diego Martínez Magaz, a quien se debe, entre otras cosas, unos estatutos para el cabildo catedralicio; a maestre Esteban, después obispo de Calahorra, quien en 1278 perdió sus casas en Murcia por no mantener la obligada vecindad; a don Agustín Pérez, arcediano de Cartagena y luego obispo de Osma; a don Gonzalo García Gudiel, arcediano de Toledo y partidor mayor de Murcia, y más adelante arzobispo de Toledo, cofundador de la Universidad complutense y cardenal de la Iglesia Romana, así como a otros más, todos ellos con posibilidad por su formación cultural, estancia en Murcia y contactos con la corte del rey Sabio, de haber participado en la elaboración de la monumental obra alfonsí<sup>35</sup>.

Como apoyo de esta fundamentada hipótesis de que en Murcia se trabajó en la redacción de las *Partidas*, podemos añadir algunos datos complementarios que en gran parte la justifican. Se trata de una carta de Felipe II, fechada en El Pardo a 10 de julio de 1578, y que fue publicada por Cascales<sup>36</sup>. En ella el monarca notificaba al corregidor de Murcia que teniendo conocimiento de que Alfonso el Sabio había ordenado reunir en Murcia diversos fueros, privilegios, bulas, escrituras y otros documentos "que estan en el archivo

33. *Repartimiento de Murcia*, págs. 13, 18, 214-5, 217, 223.

34. BALLESTEROS BERETTA, *Alfonso X el Sabio*, pág. 936.

35. Para cuanto se refiere a este grupo, vid., con mayor amplitud y con la bibliografía pertinente, a TORRES FONTES, *El obispado de Cartagena en el siglo XIII*, Hispania LII-LIII, Madrid, 1953.

36. CASCALES, Francisco, *Discursos históricos de la ciudad de Murcia*, 3.ª edic., Murcia, 1874, págs. 301-2.

de ella y en el de la iglesia para ordenar las Partidas...”, convenía a su servicio saber qué documentos eran aquellos. Por lo cual le ordenaba que los reconociera y se informara “si son autenticos o simples, y la sustancia de lo que contienen, y como estan tratados, y lo que acerca de ellos se platica en esa iglesia y ciudad”, enviando clara relación de todo ello a su secretario Martín de Gaztelu.

¿Por qué este interés de Felipe II en 1578 hacia las *Partidas*? Parece suficiente explicación recordar que en 1555 publicaba Gregorio López su primera edición glosada en las *Partidas*, que tuvo un gran éxito y que obligó a su reimpresión en 1565, 1576, etcétera, y tener en cuenta que llevó a efecto su compilación de las *Partidas* por considerar que las ediciones anteriores, hechas por Alonso Díaz de Montalvo eran defectuosas. Pero para su trabajo, Gregorio López utilizó la casi totalidad de las fuentes documentales de que se había servido Montalvo para su edición, y por alguna de estas “anotaciones” de Montalvo pudo conocer la existencia de tales documentos en los archivos municipal y catedralicio de Murcia. Es igualmente necesario recordar que Alonso Díaz de Montalvo fue corregidor de Murcia durante un año (1444-1445), donde se vio mezclado, en contra de su voluntad en las contiendas políticas que por entonces se sucedieron en la capital, y si en principio pudo imponer su autoridad y obtener el respeto de todas las facciones en lucha, después se vio obligado a salir precipitadamente de la ciudad, e incluso defenderse de las acusaciones de robo y parcialidad con que le culparon sus vencedores ante Juan II<sup>37</sup>. Y no es aventurado suponer que durante los muchos meses que ejerció su corregimiento pudiera conocer, impulsado por sus aficiones y estudios, los fondos documentales de los archivos murcianos, más aún cuanto que el municipal dependía de su autoridad, lo que le permitiría copiar y anotar cuanto creyera de interés, si no es que se hizo cargo de alguno de ellos.

Este testimonio de Felipe II y la probada participación en las *Partidas* de dos personalidades tan destacadas en la vida murciana como fray Pedro Gallego y maestro Jacobo de Junta, así como las repetidas visitas, algunas muy prolongadas, del rey Sabio en la capital del reino de Murcia, es suficiente para deducir con fundamentos de seguridad el que parte de la gran obra legislativa alfonsí se redactara en Murcia o, por lo menos, la segunda y tercera *Partidas*, en donde la labor del obispo Gallego y del jurisconsulto italiano están justificadas de forma terminante.

JUAN TORRES FONTES

37. TORRES FONTES, Juan, *Alonso Díaz de Montalvo, corregidor de Murcia (1444-45)*, en “Anales de la Univ. de Murcia”, 1964-65, vol. XXIII, F. y L., 1-2, págs. 31-78.





## IV

# CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DEL «IUS EPISCOPALE» EN LOS MONASTERIOS PARTICULARES E IGLESIAS PROPIAS, SEGUN LOS DOCUMENTOS DE IRACHE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Planteamiento. 2. Los documentos de Irache.—II. MONASTERIOS E IGLESIAS: 3. Terminología. 4. Diferenciación institucional. 5. Complejidad de supuestos. 6. Interferencias institucionales.—III. EL «IUS EPISCOPALE» EN LOS MONASTERIOS PARTICULARES: 7. Política real. 8. Intervención del obispo. 9. Conclusión.—IV. EL «IUS EPISCOPALE» EN LAS IGLESIAS PROPIAS: 10. Iglesias propias del rey. 11. Iglesias propias del obispo. 12. Iglesias propias de Irache. 13. Iglesias propias de particulares. 14. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. *Planteamiento.*

Como ya hemos tenido ocasión de estudiar extensamente<sup>1</sup>, cualquiera que sea el valor paradigmático que se conceda a las cesiones estipendiarias de tierras, hechas por los obispos prefeudales a algunos de sus clérigos, en realidad fue el esquema del beneficio secular el que contribuyó finalmente a la fijación del beneficio eclesiástico que ha llegado a nuestros días.

A su vez, la institución que sirvió de puente no fue otra que la *iglesia propia*, cuyo régimen corresponde en lo sustancial a los moldes del beneficio secular, y cuya génesis y evolución también hemos analizado con anterioridad.

Digamos de nuevo, sin embargo, que uno de los rasgos más característicos del régimen que representan las iglesias propias es precisamente el resquebrajamiento del «ius episcopale». De hecho, el historiador cuyas aportaciones en este punto nos parecen más valiosas, ha señalado dicho debilitamiento del «ius episcopale» como la característica más importante del régimen de las iglesias

---

1. Vid. V. DE REINA, *En torno a los orígenes y fijación del beneficio eclesiástico* (de próxima aparición en «Ephemerides Iuris Canonici»); *El sistema benefical*, cap. II, Pamplona, 1965.

en la Alta Edad Media<sup>2</sup>. Era natural, por consiguiente, que las reformas iniciadas en el siglo XI fuesen dirigidas, por cuanto se refiere al régimen de las iglesias propias, al robustecimiento del "ius episcopale".

Ahora bien, quien desee estudiar a fondo el tema se encontrará enseguida no sólo con las dificultades que plantea el estudio de los fenómenos medievales, sino además con aquellas otras que proceden de la variada naturaleza de las fuentes a utilizar.

En cuanto a lo primero, baste decir, con el profesor Orlandis, que "las dificultades dimanar de la naturaleza misma de los fenómenos, oscuros y confusos en sí mismos, difíciles de precisar jurídicamente y en los que, además, se acusa a veces un entrecruzamiento o superposición de instituciones que hacen todavía más costosa la tarea"<sup>3</sup>.

Respecto a las fuentes, no es ya que falten prácticamente las ordenaciones dispositivas que regulan los fenómenos objeto de estudio, sino que además—por cuanto se refiere al Derecho Canónico—, su variedad en el tiempo y el espacio hacen particularmente penosa la investigación. Si a ello se añade su variada naturaleza—decretales pontificias, concilios provinciales, colecciones diplomáticas—, tendremos una explicación coherente de las lagunas que se advierten en la historia del Derecho Canónico<sup>4</sup>.

En especial, esta consulta directa de los documentos de aplicación del derecho, de escrituras privadas, o de obras especializadas que sistematizan su proverbial laconismo, no se cuenta ciertamente entre las preocupaciones de la canonística, que presenta por ello un importante retraso en lo que se refiere a la historia de las instituciones canónicas<sup>5</sup>.

Por otra parte, reduciéndonos ya a la Península Ibérica, son conocidas las peculiaridades que presenta el régimen feudal hispano. Ello ha llevado a buena parte de la historiografía actual no sólo a distinguir cuidadosamente en España el régimen feudal del señorial, sino, en definitiva, a sostener la inmadurez del feudalismo hispano, excepción hecha de los territorios correspondientes a la "Marca hispánica".

2. Cfr. A. GARCÍA GALLO, *El Concilio de Coyanza*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XX (1950), p. 418, nota 296.

3. J. ORLANDIS, *Los monasterios familiares en España durante la Alta Edad Media*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XXVI (1956), página 7.

4. Hace años ya que el Prof. García Gallo llamaba la atención acerca de la insuficiencia de estudios sobre la historia del Derecho Canónico español, observación que todavía podría elevarse a un plano más universal. Vid. A. GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coyanza*, cit., p. 275.

5. Sobre el tema, vid. J. MALDONADO, *La técnica de la investigación histórica del Derecho Canónico*, en "Investigación y elaboración del Derecho Canónico", Barcelona..., 1956, p. 156 ss.



Finalmente, los reinos de la Reconquista presentan suficientes contornos típicos como para que sus instituciones, incluso las comunes a todos ellos, hayan tenido vicisitudes históricas que interese rastrear. Concretamente, en el tema de las iglesias y monasterios de propiedad privada, el movimiento de reforma iniciado en el siglo XI contó, sin duda, con el favor real. Y no ha faltado quien apunte la posible influencia navarra con estas palabras: "Coincidiendo con la entronización de la familia de Sancho el Mayor y probablemente como efecto de la influencia cluniacense, tan vigorosa, gracias al favor de la dinastía navarra, en la vida monástica española, los monarcas de los distintos reinos cristianos procuran promover por todos los medios la incorporación a los grandes monasterios de aquellas fundaciones particulares"<sup>6</sup>.

## 2. *Los documentos de Irache.*

En este orden de cosas, el presente y modesto trabajo pretende, una vez más, llamar la atención de los canonistas sobre la necesidad de estudiar las colecciones diplomáticas si queremos saber la historia del Derecho Canónico, y además recoger los datos que ofrece para el estudio del "ius episcopale" un cartulario navarro, hasta ahora no íntegramente publicado.

Como afirma el propio Lacarra, que acaba de editar los documentos de Irache<sup>7</sup>, el monasterio de Santa María la Real de Irache, enclavado a tres kilómetros de Estella, es uno de los más importantes del reino de Navarra, y también de los más antiguos. De la documentación conservada se deduce la escasa importancia que debió tener en el siglo X y primera mitad del siglo XI. Varias causas históricas —que no importa recoger aquí— contribuyeron a acrecer su riqueza material, y con ella su influencia política. Digamos, en resumen, que en el siglo XI fue el largo gobierno del abad San Bermudo o Veremundo el que dio a Irache el empuje ascensional. A partir de ahí, sus rentas eran análogas a las del monasterio de Leire, cuyo prestigio, hasta entonces evidentemente mayor, comienza a decaer, al tiempo que crece en importancia Irache.

Pues bien, dado que el tema de las iglesias propias está más estudiado —y ya nos hemos ocupado de él en las ocasiones citadas—, procuraremos seguir el siguiente esquema. Primero, referirnos a los datos que ofrece la presente colección para la configuración de los monasterios particulares y de sus relaciones con la

---

6. J. ORLANDIS. *Los monasterios familiares...*, cit., p. 28.

7. J. M. LACARRA, *Colección diplomática de Irache*, t. I (958-1222), Zaragoza, 1965. Debo agradecer al prof. Martín Duque, colaborador de Lacarra, haber podido consultar este cartulario cuando todavía se hallaba en prensa.



iglesia propia. Después, intentaremos fijarnos en las características que presenta el "ius episcopale" en los actos de disposición que afectan a estos monasterios e iglesias, siempre desde luego según el presente cartulario.

## II. MONASTERIOS E IGLESIAS

### 3. Terminología.

Si se trata de analizar el "ius episcopale" durante la Alta Edad Media navarra, y respecto de las iglesias propias y monasterios particulares, lo primero que se deberá recordar es la cuestión terminológica, tema que apunta enseguida a la verdadera naturaleza de ambas instituciones.

Sin necesidad de repetir aquí lo que ya expusimos acerca del término *iglesias propias*, en definitiva aceptado hoy comúnmente<sup>8</sup>, digamos, en cambio, que parecido problema terminológico han suscitado los monasterios.

Orlandis, que ha resumido las distintas posiciones en la materia, entiende que la denominación más rigurosa y comprensiva es la de *monasterios particulares* o de *propiedad particular*, ya utilizada por Sánchez Albornoz. Pese a ello, él emplea con preferencia la de *monasterios familiares* por estimarla más significativa y a la vez expresiva de la naturaleza de la institución, de su origen y de su evolución histórica<sup>9</sup>.

En cualquier caso, lo que parece evidente es la similitud de régimen que presentan con la llamada iglesia propia. También ellos tienen su antecedente en los monasterios de fundación privada, vinculados en época visigoda a la "lex diocesana"; también ellos proliferan a medida que la autoridad episcopal se debilita; también ellos, finalmente, son construidos en terrenos propiedad del fundador y transmitidos por sus dueños.

Nada extraña, por tanto, que aunque con menos frecuencia quizá que las iglesias, también en algunos documentos se les denomine como monasterios *proprios*. De ello tenemos algún ejemplo en la colección que estudiamos ahora. Entre las muchas donaciones y permutas de monasterios particulares que aparecen en estos 327 documentos figura uno por el que el presbítero Sancho hace entrega a Irache, al ingresar como monje en él, del monasterio de

8. Cfr. nota 1.

9. Cfr. J. ORLANDIS, *Los monasterios familiares...*, cit., p. 9. Sobre el origen de estos monasterios, vid. también C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Serie de documentos inéditos del Reino de Asturias*, en "Cuadernos de Historia de España", I-II (1944), pp. 318-320.

Iturriscia. El presbítero declara ofrecerse al servicio de Santa María de Irache "cum *proprio* monasterio et cum omni possessione mea" <sup>10</sup>.

#### 4. *Diferenciación institucional.*

Con todo, y a pesar de la similitud de régimen en la Alta Edad Media y de expresiones como la consignada, entendemos que es preferible la denominación *monasterios particulares*. Con ella se insinúan no sólo sus concomitancias con las iglesias propias, sino también sus peculiaridades, haciendo más posible la distinción de dos instituciones que, evidentemente, tienden muchas veces a confundirse.

En efecto, al margen de la cuestión puramente terminológica, todavía tiene mayor interés diferenciar netamente estos monasterios de las iglesias propias.

Como se sabe, aunque en la disciplina visigoda la diferenciación jurídica radicaba especialmente en lo que se refiere a las relaciones con el obispo y en el orden patrimonial, más tarde la diferencia no parece tan clara. Según García-Gallo, "en el siglo XI gran número de iglesias tenían casas contiguas para habitación de los clérigos, y cuando éstos hacían vida canónica constituían la sede de un *monasterium*. De aquí a considerar como *monasterium* la casa del clérigo y a considerar inserta en él la iglesia no había más que un paso, que realmente se dio: en los documentos encontramos constantes referencias a *monasteria cum sue ecclesiae* o simplemente *monasteria*, en los que se halla una iglesia, alusiones no a la comunidad de monjes o clérigos, sino al edificio o al lugar, que muchas veces, probablemente, no albergaba persona alguna" <sup>11</sup>.

Por su parte, Orlandis considera que "la distinción entre iglesias y monasterios de propiedad privada, difícil de establecer desde un principio, sigue sin precisarse en la Alta Edad Media y la ambigüedad terminológica aparece como el exponente de una más honda confusión institucional" <sup>12</sup>.

Ello no obstante, de este último trabajo cabe deducir que, junto a las posibilidades apuntadas por García-Gallo, caben otras directamente conectadas con la génesis y evolución del monaquismo familiar en España, que sin duda hacen el problema más complejo todavía <sup>13</sup>.

10. J. M. LACARRA, *Colección...*, cit., n. 25.

11. A. GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coyanza*, cit., pp. 418-421.

12. J. ORLANDIS, *Los monasterios familiares...*, cit., p. 7.

13. Torres invoca el canon 3 del Concilio de Lérida (s. VI) para mostrar que el medio utilizado por los edificadores de iglesias para lograr la independencia con respecto a la ley diocesana, era precisamente pedir su

5. *Complejidad de supuestos.*

En la línea de esta complejidad, lo primero que llama la atención en los documentos de Irache es la variada realidad que reflejan en punto a supuestos de hecho en que se relacionan monasterios e iglesias.

Para comenzar, en buena parte de los documentos que afectan a monasterios no aparece alusión alguna a iglesias contiguas. Se diría que se trata de edificios o lugares todavía sagrados, que tuvieron un origen religioso y que se han convertido en el centro de un patrimonio inmobiliario, que es el que se traspasa o permuta junto con él.

Tal ocurre en las donaciones que Sancho el Mayor y la reina Mumadona hacen a Irache<sup>14</sup>; o con respecto al monasterio que Zorraquín, abad de San Román, dona a Irache y que había comprado a García Garcés de Gauna por un caballo que valía quinientos sueldos<sup>15</sup>; o con los monasterios donados por distintos seglares, que aparecen claramente como simples cesiones patrimoniales "pro anima"<sup>16</sup>.

Por contraste, en otras ocasiones —las menos—, al frente de los monasterios donados aparece un abad, que tanto puede ser el simple regente del "monasterio", en el cual evidentemente tiene lugar el culto divino según muestra la existencia de "suppellectilibus" entre los bienes del monasterio<sup>17</sup>, como ser el indudable jefe de una comunidad "tam virorum quam mulierum", que es quien pide a Sancho el de Peñalén la incorporación del monasterio a Irache<sup>18</sup>. Hay que hacer notar que ambos documentos son de mitad del siglo XI.

A partir de ahí, en la colección citada no vuelven a aparecer abades ni comunidades monásticas en los monasterios particulares. En vez de ello, generalmente, son estimados como patrimonios personales que se donan, se permutan, se ceden a censatarios.

Así, en 1179, Viviano, abad de Irache, concede a García Micha-

---

consagración o hendición como monasterios (cfr. M. TORRES, *El origen del sistema de "iglesias propias"*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", V (1928), p. 216). Cualquiera que sea la exégesis que se haga del canon leridano —como se sabe muy controvertida—, es evidente que la hipótesis de Torres explicaría muchas de las interferencias institucionales entre iglesias y monasterios.

14. J. M. LACARRA, *Colección...*, cit., n. 2.

15. *Ibid.*, n. 23.

16. *Ibid.*, nn. 36 y 38.

17. *Ibid.*, n. 16.

18. *Ibid.*, n. 17.



lez el monasterio de Urriciriaga “cum casis et pezis et vineis et cum omnibus pertinentiis suis”, a cambio de un censo anual. El censo deberá pagarse el día de San Miguel —dato que se repite más veces y que, probablemente, tiene una razón más agraria que piadosa—, figurando además entre las obligaciones del censatario pagar fielmente los diezmos anuales, que se destinan al “helemonario” de Irache, y mejorar el “honor” o patrimonio del monasterio cedido<sup>19</sup>.

En 1183, el mismo Viviano permuta con Fortún Jiménez y su mujer el monasterio de San Millán de Esquide por unas tiendas que estos últimos tenían en la parroquia del Santo Sepulcro de Estella<sup>20</sup>.

Y, por último, en 1217, Sancho, abad de Irache, da a censo a García y a su mujer todo el monasterio de San Pedro de Atea con la heredad de Osquía. El censo anual —tres medidas de trigo y una de avena— es calificado en el documento de *servicium*<sup>21</sup>, y todo hace pensar que este tipo de cesiones encubren una donación benéfica, atenuada ya por el carácter contractual que revisten.

#### 6. *Interferencias institucionales.*

Finalmente, si en todos estos documentos no se alude para nada a una posible iglesia contigua a los monasterios particulares, y todo hace pensar que estos últimos tengan más bien un valor patrimonial, todavía sería precipitada una generalización en este sentido.

En efecto, un cuarto tipo de documentos permiten pensar en la existencia de iglesias al lado de los monasterios, y ellos pueden contribuir, sin duda, a engrosar las interferencias institucionales que recordábamos más arriba.

El primero de ellos, fechado en 1141, recoge la entrega del monasterio de San Juan de Sada, hecha por Aznar, abad de Irache, a Anaya de Sada. Entre las condiciones que debe cumplir el donatario —aparte otras con destino a Irache y a los pobres del lugar— figura una que debe ser destacada: Anaya de Sada queda obligado a *edificar una iglesia* en el monasterio donado<sup>22</sup>. Lo cual, además de un posible indicio en favor de la naturalidad con que se veía que los monasterios —al menos algunos— tuvieran iglesia, significa, por de pronto, que el presente monasterio no la tenía o no la conservaba. Pero también que en lo sucesivo —y vale como hipótesis— dicho monasterio podría seguir entrando en el tráfico jurídico con

19. Ibid., n. 196. En el mismo sentido, n. 199.

20. Ibid., n. 204.

21. Ibid., n. 293.

22. Ibid., n. 140.

su iglesia ya construida, de la que no se haría probablemente mención, ya que lo accesorio queda incluido en lo principal, y la iglesia no sería una *pertenencia* más del monasterio —que son las que frecuentemente se enumeran—, sino que forma un todo con él.

Que la hipótesis no es absurda lo muestra otro de los documentos a que nos referíamos en este apartado. En él, 12-I-1203, doña Sancha Pedriz de Uztúniga hace donación a Irache de las tres partes que tenía en el monasterio de Santa María de Elizmendi. Este interesante documento no sólo permite confirmar que también los monasterios podían pertenecer a varias personas simultáneamente, sin que por ello cada porcionario fuese propietario de una parte material del monasterio, como ocurrió en Francia con las herencias y divisiones de iglesias propias, que llegaron hasta tener un propietario por cada altar.

Aquí, en cambio, la copropiedad no produce esos efectos disolventes, y el documento que venimos comentando consigna los *derechos* del monasterio —“cum omni iure suo”—, ya que sobre ellos se constituirían principalmente las tres porciones cedidas.

Ahora bien, entre estos derechos se enumeran expresamente los *diezmos* y las *oblaciones*. Y aunque estos diezmos pudieran tener en principio una naturaleza no eclesiástica —los diezmos medievales—, la presencia juntamente con ellos de las oblaciones permite suponer que tal monasterio seguía siendo centro donde los fieles entregaban sus ofrendas o donaciones “intuitu Dei”, lo que hace muy verosímil que en él existiese una iglesia o, cuando menos, un lugar donde se venerara alguna imagen<sup>23</sup>.

En resumen, pues, a la vista de esta colección navarra se puede asegurar que las concomitancias y diferencias entre ambas instituciones basculan entre su máxima identificación —monasterios con iglesia— hasta su máxima diferenciación —monasterios que ya no cumplen ninguna función eclesiástica—, con las múltiples situaciones intermedias posibles. Todo ello justifica sobradamente la distinta terminología que debe ser utilizada para designar ambas instituciones, aun cuando evidentemente se trata de dos facetas de un mismo fenómeno histórico: la feudalización de las instituciones eclesiásticas.

---

23. Ibid., n. 227. Pocos años antes (1187), en la donación real de una iglesia propia se alude también a los diezmos, primicias y oblaciones: “cum decimis et primiciis et oblationibus et obvenientibus omnibus suorum parochianorum” (Ib., n. 208).



## III. EL "IUS EPISCOPALE" EN LOS MONASTERIOS PARTICULARES

7. *Política real.*

Como ya ha demostrado magistralmente García-Gallo, el Concilio de Coyanza revela con claridad los deseos de reforma que animaban a la Iglesia española del siglo XI en la línea de la tradición visigoda, y cómo se esforzó en restaurar la disciplina eclesiástica de la *Hispana*.

Entre los puntos que trató el citado concilio, cuya influencia se hizo sentir en los ulteriores concilios compostelanos de la misma centuria, preparando el terreno a la reforma gregoriana, ocupaba un lugar destacado la vigorización del "ius episcopale", disponiendo que los laicos no tuvieran potestad sobre las iglesias<sup>24</sup>.

En esta misma línea, Orlandis ha señalado que hará falta llegar al siglo XI para que pueda hablarse con propiedad de una política real frente al problema de las iglesias y monasterios privados. Y partiendo de los datos suministrados por García-Gallo, entiende que uno de los puntos de esa política real se encaminaba a promover, bajo el influjo cluniacense, la recepción en España de la Regla de San Benito y la consiguiente uniformidad del régimen monasterial<sup>25</sup>.

De esto último tenemos alguna confirmación en las numerosas donaciones de monasterios reales hechas a Irache. Así, un mismo documento ya citado, contempla la donación que Sancho el Mayor y su mujer hacen de varios monasterios, que pueden servir para mostrar la aludida política real, aun cuando fueran ya monasterios deshabitados<sup>26</sup>. Lo mismo ocurre con respecto a aquellos dos monasterios, también citados ya, que Sancho el de Peñalén dona a Irache, y que tenían sus respectivos abades<sup>27</sup>. O con aquellos otros, en que no aparece rastro alguno de comunidad, que el mismo rey dona a Irache<sup>28</sup>.

Aunque todas estas donaciones, como se puede leer en ellas expresamente, se hacen "pro remedio anime mee", la línea política a que obedecen es, sin duda, la apuntada por Orlandis. Esto se ve claro en otro documento por el que Sancho el Mayor dona a Irache el castillo de San Esteban. En este diploma se consigna una "causa donandi" que muy bien pudiera servir de paradigma para las donaciones de monasterios reales: "et ecclesiarum Dei

24. Cfr. A. GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coyanza*, cit., pp. 358-61, 288-308, etc.

25. Cfr. J. ORLANDIS, *Los monasterios familiares...*, cit., pp. 28-31.

26. J. M. LACARRA, *Colección...*, cit., n. 2.

27. *Ibid.*, nn. 16 y 17.

28. *Ibid.*, nn. 35, 36, 37 y 39.



ura gentili incussione devastata, in pristinum statum reintegrare vellet". Del resto, en el documento se recuerda que el monasterio de Irache sirve a Dios "secundum regulam monasticam Sancti Patris Benedicti" y que nadie en lo sucesivo perturbe la propiedad del castillo cedido, que corresponde a los monjes y abad "in praescripto monasterio secundum normam Patris Benedicti viventibus"<sup>29</sup>. Tal insistencia es, sin duda, sintomática de la importancia que se concede a la regla benedictina.

Pero no es sólo en las donaciones reales, sino que también en las que hacen los particulares se puede rastrear la política real ya aludida. Así, Sancho el Mayor declara ingenuo un monasterio *construido* por D. Gómez, con la condición de que a la muerte de éste pase a un establecimiento eclesiástico: "et post posteritatem suam domnus Gomiz tradat illud cui voluerit, *non saecularibus militibus sed sanctuariis Dei*"<sup>30</sup>.

En otra ocasión, aquel presbítero que donó a Irache su monasterio *propio* al ingresar como monje en el cenobio benedictino, consigna expresamente que la entrega la hace contando con la voluntad del rey y a instancias suyas: "feci hoc voluntate et iussione Sancii Garceis regis"<sup>31</sup>.

Y también en el siglo XI, D. Fortuño de Arróniz, deseoso de vivir bajo la regla de San Benito, hace donación a Irache del Monasterio de Santa María de Arróniz. En la carta de donación declara que el susodicho monasterio lo habían adquirido su abuelo Eximino y el mismo donante de manos del rey y del obispo de Pamplona: "quod adquisivimus domnus Eximinus, avunculus meus, et ego post ipsum, a rege domno Sancio Garceis et ab episcopo domno Iohanne Pampilonensis ecclesiae".

Creemos que esta cláusula alude, en primer término, a una cesión que el monarca, confirmando el obispo, hiciera a Eximio y a su nieto Fortuño. Pero, además, D. Fortuño no olvida consignar que ya en el momento de recibir el monasterio de manos del rey deseaba vivir bajo la regla de San Benito: "Igitur me sub regula Sancti Benedicti ex hac ora vivere cupientem." Por ello, aunque su abuelo y él habían recibido el monasterio sin ninguna restricción hereditaria—"post obitum nostrum dare illud cui placuisset"—, ahora entrega a Irache "monasteriolum illud suprascriptum consensu et voluntate, et etiam rogatu omnium vicinorum meorum de Arroniz"<sup>32</sup>. Aclaración esta última que permite suponer hasta qué:

---

29. Ibid., n. 6.

30. Ibid., n. 5.

31. Ibid., n. 25.

32. Ibid., n. 15.

punto podía calar en el pueblo la idea de la adscripción de estos monasterios a alguna abadía famosa <sup>33</sup>.

#### 8. *Intervención del obispo.*

Ante la realidad que expresan estos documentos, cabe preguntar: ¿qué datos ofrecen para el estudio del "ius episcopale" en estas instituciones?, ¿cuál era la intervención del obispo en todas estas cesiones, donaciones y permutas?

Por cuanto se refiere a los monasterios, será preciso recordar brevemente la etapa anterior, aquella que va desde la vinculación de los monasterios de fundación privada a la "lex diocesana" hasta la reacción antiepiscopal que se advierte a partir del siglo VII. Lo primero puede venir representado una vez más por el famoso canon 3 del Concilio de Lérida (546), mientras que del relajamiento de los derechos episcopales dan suficiente razón el canon 51 del IV Concilio de Toledo (633) y el canon 2 del IX Concilio Toletano (655) <sup>34</sup>.

Pues bien, en la política de robustecimiento de los derechos episcopales que registra el siglo XI, la colección diplomática de Irache acusa la importancia que debió tener la voluntad real, sin duda el instrumento decisivo para asegurar progresivamente la autoridad del obispo en estas materias.

Con todo, aunque en muchas de estas donaciones de monasterios a Irache ambas potestades proceden de acuerdo, parece evidente que la iniciativa correspondía al poder real, limitándose los obispos —y eso no siempre— a confirmar con su presencia y autorizar con su firma las donaciones reales de monasterios, sin que ello obste a que otras muchas veces no se cuente para nada con la autoridad episcopal.

De hecho, en las donaciones reales ya citadas, las fórmulas que designan a la autoridad episcopal, aunque variadas, reflejan lo que acabamos de decir. Así, por ejemplo, cuando Sancho el Mayor hace donación de diversos monasterios a Irache, el diploma nombra al obispo pamplonés de la siguiente manera: "in conspectu Eximinoni Pampilonensis episcopi"; y junto a él, en el documento firman otros obispos <sup>35</sup>. También tiene lugar "in praesentia Sancii episcopi Nagerensis" la permuta de un monasterio por un castillo que hace

33. Algo parecido ocurrió en 1061, cuando Sancho el de Peñalén declaró libre e ingenuo el monasterio de Subiza, y a petición de García de Subiza lo incorporó a Irache (Ibid., n. 19).

34. Vid. un resumen de esta evolución en J. ORLANDIS, *Los monasterios familiares...*, cit., pp. 10-13.

35. J. M. LACARRA. *Colección...*, cit., n. 2.



García el de Nájera<sup>36</sup>. En ocasiones, no se menciona para nada al obispo, que, sin embargo, estampa su firma al pie del acta<sup>37</sup>. Otras veces, estas donaciones reales se efectúan “cum consilio episcopi”<sup>38</sup>. Y no faltan las que se realizan sin ningún tipo de intervención de la autoridad diocesana<sup>39</sup>.

En cuanto a las donaciones hechas por particulares, es sintomático que aquel presbítero que hiciera entrega de un monasterio *propio* diga que actúa “voluntate et iussione Sancii Garceis regis”, silenciando totalmente a la autoridad episcopal<sup>40</sup>.

Lo mismo ocurre en las donaciones hechas por laicos. D. Fortún Garceis y su mujer hacen donación “de illo nostro monasterio nominatum Sancti Stefani”, y en el documento no hay ninguna alusión al obispo<sup>41</sup>. O en la donación que, también en el siglo XI, realiza otro matrimonio, “nullo cogente, sed spontanea voluntate”<sup>42</sup>. Y más adelante, el tenor de los documentos en este punto es idéntico, aunque rebasado el siglo XI las donaciones de monasterios particulares disminuyen y prácticamente los diplomas en que aparece esta institución contemplan situaciones en que es el abad de Irache quien cede, grava o permuta<sup>43</sup>.

### 9. Conclusión.

En resumen, creemos que este absoluto contraste entre la presencia de la autoridad episcopal en las donaciones reales y su ausencia en las efectuadas por particulares obedece, antes que nada, a que en las primeras los obispos se limitaban a firmar como integrando el séquito de consejeros reales.

Aparte de eso, se puede decir que, con respecto a los monasterios particulares navarros, la autoridad episcopal se limita a secundar la política real de reducción del fenómeno que representaban estos monasterios —sobre los que, por otra parte, el obispo no conservaba ya ninguna autoridad—, al tiempo que el “ius episcopale” se confunde poco a poco con el problema más general de las relaciones jurisdiccionales entre los obispos y las abadías que, como la de Irache, representaban a la institución monástica, de tanto vigor en estos siglos.

---

36. Ibid., n. 8.

37. Ibid., n. 37.

38. Ibid., n. 16.

39. Ibid., nn. 35 y 39.

40. Ibid., n. 25.

41. Ibid., n. 34.

42. Ibid., n. 38.

43. Ibid., nn. 140, 199, 204, 293.



## IV. EL "IUS EPISCOPALE" EN LAS IGLESIAS PROPIAS

10. *Iglesias propias del rey.*

Hasta aquí nos hemos referido preferentemente a los monasterios particulares, en tanto que las iglesias propias nos han interesado por sus vinculaciones con los monasterios. Intentaremos fijarnos ahora en las iglesias, y en los datos que ofrece el presente cartulario para el estudio del "ius episcopale" en ellas<sup>44</sup>.

Al respecto, aunque las iglesias que contemplemos todas se comportan como *propias*, las diferenciaremos por la persona a que pertenecen: el rey, el obispo, el monasterio de Irache, simples particulares. Así veremos mejor las peculiaridades que cada tipo ofrece para el tema en cuestión.

En las que pertenecen al rey, un primer documento contempla la iglesia que Sancho el de Peñalén concede a Irache a cambio de los palacios y heredades de Sotés. La iglesia en cuestión es la de la villa que, juntamente con ella, concede el rey al monasterio. Pero así como para la donación de la villa sólo hace falta la voluntad del monarca, cuando se menciona la "ecclesiam illius ville" se declara en el documento que la cesión se lleva a cabo "cum consilio et voluntate Belassi episcopi Pampilonensis"<sup>45</sup>. Exactamente la misma fórmula se repite en la donación de otra iglesia, hecha también por Sancho el de Peñalén unos años más tarde (1074), y que se dice ser la iglesia de la villa de Oteiza<sup>46</sup>.

Poco más de un siglo después (1187), Sancho el Sabio hace donación a Irache de la iglesia de San Juan Bautista, que había mandado *construir* a los monjes de Irache en la nueva población que el rey creó en Estella. Este interesante diploma, que muestra la institución de la iglesia propia en pleno siglo XII y en su misma manera de originarse —el rey es el que la manda construir "in hereditibus meis propriis": por eso es *suya*—, vuelve a repetir la fórmula que refleja la existencia de la autoridad episcopal: "cum consilio et auctoritate venerabilis Petri episcopi Pampilonensis"<sup>47</sup>.

---

44. Para lo que sigue será conveniente recordar las características del "ius episcopale" sobre las iglesias en la época visigoda: consagración y *potestas*, censo anual, nombramiento del clérigo, etc. Vid. A. GARCÍA-GALLO, *El Concilio de Coyanza*, cit., p. 563, y G. MARTÍNEZ DÍEZ, *El patrimonio eclesiástico en la España visigoda*, Comillas, 1959, p. 69-70.

45. Ibid., n. 42.

46. Ibid., n. 55.

47. Ibid., n. 208.

11. *Iglesias propias del obispo.*

Especial interés revisten las donaciones de iglesias episcopales, que obedecen también al régimen de las iglesias propias, aunque en ellas, naturalmente, el obispo no había perdido sus principales derechos.

Un primer ejemplo lo tenemos en la donación que Sancho, obispo de Pamplona, hace a Irache de la iglesia de Ugar (1136). Entre las peculiaridades de esta donación hay que notar que el obispo, además del *pedático* para el arcediano, se reserva para sí y sus sucesores la "cuarta" de las rentas y el "ius episcopale". Además, el abad de Irache gozará del derecho a nombrar el clérigo que habrá de servir la citada iglesia<sup>48</sup>.

Lo primero es interesante por cuanto refleja la existencia, en pleno siglo XII, de uno de los conceptos de la famosa división cuatripartita, que en España normalmente se dice tripartita, generalizando una práctica muy contradicha en las fuentes<sup>49</sup>. Lo segundo muestra hasta qué punto los obispos harían hincapié en el "ius episcopale" en aquellas donaciones que realizaban por sí mismos. Finalmente, el derecho a nombrar el clérigo que debía servir la iglesia, como se sabe una de las prerrogativas episcopales que fueron pasando a los dueños de iglesias, puede servir para confirmar que no siempre, en estos siglos, el nombramiento de los clérigos para las iglesias propias retornó a los obispos. Al menos en este caso no se trata ni siquiera de un derecho de presentación concedido al abad de Irache —que fue lo normal en otros casos de reducción del fenómeno de las iglesias propias—, sino que se trata simplemente de que el abad ejercerá en lo sucesivo esta prerrogativa del "ius episcopale", quizá precisamente por tratarse del abad de un monasterio como Irache.

Parecida temática refleja un diploma fechado en 5-II-1175. En él, el abad de Irache cambia al obispo de Pamplona la iglesia de San Pedro de Tafalla por las de Arbeiza y Zubielqui. Además, el obispo concede a Irache la iglesia de Vitoria. Es de notar que en las iglesias permutadas por el obispo, éste hace salvedad del *estipendio* de los clérigos que las sirvan —"cenam et iustitiam clericorum"—, además del *pedático*, típico derecho señorial. En cam-

48. Ibid., n. 129.

49. Vid. un resumen del tema en V. DE REINA, *El sistema benefical*, cit., cap. 1. En el presente caso, la "cuarta" aludida tanto puede ser la reminiscencia de una antigua división cuatripartida, como una prueba de que las *cuartas*, aunque la tradición local hubiera sido la tripartición, eran ya a estas alturas un concepto común, sin duda debido al carácter más general de que gozaron las cuatriparticiones.

bio, en la iglesia donada, que es la *parroquial* de Vitoria, se reserva "omni iure episcopale"<sup>50</sup>.

Otro ejemplo interesante es la permuta que Lupo, prior de la iglesia de Pamplona, realiza con Sancho, abad de Irache, en el año 1216. Dicha permuta se lleva a cabo "cum consensu et voluntate domni Guillermi Pampilonensis episcopi". Y la única condición puesta por el cabildo pamplonés es que en las iglesias permutadas mantenga el abad cinco clérigos porcionarios: "ita tamen quod quinque clericos porcionarios teneatis in illis"<sup>51</sup>.

Entendemos que estas iglesias son *propias* del cabildo iruñés, pertenecen al patrimonio capitular, que ya ha alcanzado independencia con respecto al de la mitra, estando concretamente destinadas dichas iglesias a cubrir las necesidades de los enfermos: "ad opus infirmarie vetrae", como dice el abad de Irache señalando el destino del monasterio que entrega a cambio. Por eso es el prior capitular el que hace la permuta, aunque necesite el consentimiento del obispo, lo que, sin duda, es signo de que la jurisdicción episcopal gravitaba sobre las iglesias permutadas.

Por lo demás, la existencia de los cinco clérigos porcionarios confirma que en esa época las iglesias podían sustentar a varios *beneficiados*, y que se procuraba en las distintas transacciones salvaguardar el estipendio de los clérigos.

## 12. Iglesias propias de Irache.

En las iglesias propias que han ido pasando al monasterio de Irache, y en aquellas otras propias del monasterio "ab origine", el abad de Irache dispone de ellas sin ninguna alusión al "ius episcopale".

Así, en una iglesia que Pedro, abad de Irache, entrega a Sancho Jiménez de Orróniz y a su hijo, con la obligación de que la restaure y mejore su "honor" o patrimonio, y a cambio de un censo anual (s. XII), no hay la más mínima alusión a derechos episcopales: la iglesia es propia del monasterio —"de illa nostra ecclesia de Luquien"—, y ello es bastante para explicarnos el resto<sup>52</sup>.

Especial interés revisten dos acuerdos del abad de Irache con distintos laicos sobre el gobierno y administración de iglesias propias del monasterio benedictino. De una de ellas, cuando menos, sabemos con certeza cómo había llegado a poder de Irache.

El primer acuerdo —mitad del siglo XII—, versa sobre la igle-

50. J. M. LACARRA. *Colección...*, cit., n. 187.

51. *Ibid.*, n. 288.

52. *Ibid.*, n. 161.



sia de San Salvador de la villa de Oteiza, aquella precisamente que Sancho el de Peñalén había concedido en 1074 a Irache "cum consensu episcopi"<sup>53</sup>. El acuerdo es sobre el gobierno y administración de la susodicha iglesia —"de illa nostra ecclesia"—, y son partes el abad de Irache y los vecinos de Oteiza.

He aquí el tenor del acuerdo: "Damus illis hanc potestatem ut in illa supradicta ecclesia, cum consilio nostro et auctoritate, mittant unum fratrem qui custodiat illam ecclesiam atque gubernet et commendent illi thesaurum ecclesiae illius, scilicet vestimenta altaris et omnia ornamenta illius ecclesiae. Simili modo concedimus eis presbiterem qui bene doceat eos atque gubernet quecumque placuerit eis et nobis"<sup>54</sup>.

Hay aquí como un doble supuesto del derecho de patronato, con características desde luego singulares y muy favorables para los vecinos de Oteiza. Por un lado, los vecinos presentarán a quien debe administrar el patrimonio de la iglesia. Por otra parte, tendrán también intervención cualificada en el nombramiento del clérigo, que será persona distinta del administrador. Esta diferenciación de funciones —de lo cual ya daban noticias los cánones de los concilios más antiguos— resulta, desde luego, un precedente interesantísimo.

El segundo acuerdo a que nos referimos más arriba es el de 1192, y representa la culminación de un pleito entre Irache y los hijos de Juan de Arbeiza sobre la iglesia de San Martín de Eldur, sita en términos de Arbeiza. Cabe la posibilidad de que esta iglesia sea aquella de Arbeiza donada por el obispo a cambio de la de San Pedro de Tafalla, y en la que no se consignaba reserva alguna del "ius episcopale"<sup>55</sup>.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los hermanos Arbeiza la debían pretender como propia, y el acuerdo —en que tampoco interviene para nada el obispo— se formalizó en los siguientes términos: *a*) el abad concede la iglesia a los hermanos litigantes y a sus sucesores; *b*) éstos se comprometen a pagar a Irache un censo anual; *c*) además, entregarán la mitad de los diezmos que sus propias heredades (las de los hermanos Arbeiza) vienen pagando a la iglesia, mientras que la otra mitad debe quedar "pro luminarie et servicio ecclesiae"<sup>56</sup>.

---

53. Vid. nota 44.

54. Ibid., n. 163.

55. Vid. nota 48.

56. Ibid., n. 212.

13. *Iglesias propias de particulares.*

Entre los ejemplos de iglesias propias donadas por particulares —que en el presente cartulario son más tardías que las restantes donaciones ya recordadas—, aquel mismo diploma que aludía a las tres partes de un monasterio (12-I-1203), contiene también la donación de la iglesia de San Miguel de Oiquina a Irache: “Addo etiam... ecclesiam Sancti Michaelis de Oiquina cum suis pertinentiis”<sup>57</sup>. Es, a principios del siglo XIII, la donación de una iglesia propia, sin intervención alguna del obispo y sin la más mínima referencia a derechos episcopales.

Pocos años después, en 1209, Blasquita hace donación de la iglesia de Santa María de Iriza a la de Santa María de Olo, que a su vez dependía del monasterio de Irache. En el documento se consignan solamente la “causa donandi” —“intuitu pietatis et misericordie, et in remissionem peccatorum...”— y la libertad con que se realiza la donación —“libenti animo et spontanea voluntate, nec ullo metu cogente”—<sup>58</sup>.

Por último, en 1217, Juan Pardez de Dicastillo y su hermana y cuñado dan a Irache el monasterio de Muezqui, llamado San Miguel, con *otra* iglesia, llamada de San Andrés. La donación se efectúa “pro animabus nostris et parentum nostrum”, y con el consentimiento de todos los infanzones de la vida de Muezqui<sup>59</sup>.

14. *Conclusiones.*

Si quisiéramos extraer algunas conclusiones de los documentos estudiados para el tema que nos ocupa, podrían concretarse de la siguiente manera:

a) En las donaciones de iglesias propias reales se observa una constante referencia a la autoridad episcopal, con cuyo consentimiento se realizan las donaciones. Ello puede servir para mostrar que ambas potestades procedían de acuerdo en la transmisión de iglesias propias, sobre todo al monasterio de Irache, o más bien que la potestad real no quería proceder en este asunto sin el concurso del obispo. Pero ello no quiere decir que, en dichas transmisiones, quedara siempre a salvo el “ius episcopale”, sino más bien que el consentimiento del obispo legalizaba de alguna manera la situación real de las citadas iglesias, al tiempo que quedaba a salvo, en el terreno de los principios, la jurisdicción episcopal. Con todo, este cuadro representa un paso adelante respecto a

---

57. Ibid., n. 227.

58. Ibid., n. 249.

59. Ibid., n. 292.

la situación anterior, y puede servir una vez más para comprobar los derroteros de la política real en este punto.

b) En las donaciones de iglesias propias diocesanas se observa, en cambio, la preocupación de la autoridad eclesiástica por hacer salvedad del "ius episcopale". Junto a ello, no faltan casos en que el obispo cede iglesias como lo hubiera hecho cualquier otro señor con las suyas propias, o casos en que el cabildo transmite, con el consentimiento episcopal, las que forman parte de su patrimonio, sin alusión alguna a los derechos episcopales. Todo parece indicar, pues, que al lado de una voluntad decidida por parte de la jerarquía en potenciar el "ius episcopale", existían múltiples situaciones divergentes a las que no siempre se sustraían los mismos obispos.

c) Con respecto a las iglesias propias de Irache, cualquiera que hubiese sido el título adquisitivo, es evidente que el obispo no ejercía jurisdicción directa sobre ellas, quedando reducido el problema a las relaciones entre el monasterio, como unidad jurisdiccional, y la autoridad episcopal.

d) Por último, todavía en el siglo XIII los particulares continuaban disponiendo de sus iglesias propias con absoluta independencia del obispo. Ello muestra, cuando menos, que el retorno de estas iglesias a manos eclesiásticas fue muy paulatino y se hizo principalmente a través de la voluntad de los mismos propietarios y a impulsos de su piedad. No es de extrañar, entonces, que el Decreto de Graciano insista en que las iglesias no estén en manos de laicos, sin duda como exponente de una tarea que, iniciada en la Iglesia Universal con la reforma gregoriana, todavía no había llegado a su culminación.

VÍCTOR DE REINA



## V

# LAS DECLARACIONES JURIDICAS EN DERECHO ROMANO \*

Llamamos "actos jurídicos" a aquellas formas de conducta humana que tienen consecuencias para el derecho, es decir, que resultan de relevancia para la consideración judicial de lo que es justo o injusto. En efecto, tales actos jurídicos pueden ser conforme a la justicia o contrarios a esa virtud. Como de juicio moral se trata, tales actos pueden ser juzgados por cuanto implican una manifestación de libertad personal responsable, es decir, como manifestaciones de voluntad, ya que una voluntad no manifestada, que no se exterioriza, no puede ser tomada en consideración por los jueces humanos. Así, el derecho, como fundado en la moral, considera la voluntad, pero sólo aquella voluntad que se manifiesta en una conducta socialmente relevante, es decir, la voluntad socialmente objetivada.

Dentro del conjunto de actos jurídicos lícitos, hay algunos que no sólo manifiestan una voluntad personal socialmente relevante, sino que sirven especialmente para hacerla constar, y producir con tal constancia determinados efectos. Hablamos entonces de actos que no sólo "manifiestan", sino que "declaran" la voluntad. A su vez, estas declaraciones de voluntad o pueden constituir tipos independientes de actos productores de efectos jurídicos o son meras declaraciones que presuponen otro acto al que sirven de complemento: los primeros suelen llamarse hoy "negocios jurídicos", y los segundos pueden llamarse "declaraciones complementarias". Estos segundos no sirven para crear una determinada posición jurídica, sino para modificarla.

Toda esta teoría general de los actos jurídicos es moderna. Como suele ocurrir con este tipo de teorías, está condicionada por una determinada mentalidad histórico-espiritual y no puede resultar válida para cualquier momento histórico; sólo de una manera muy convencional se puede aplicar tal doctrina para el estudio del derecho romano.

Ante todo, no pertenece a la genuina mentalidad romana la consideración de la "voluntad" como elemento principal de los actos jurídicos. Porque tal consideración es fruto de una actitud

---

\* Se reproduce sin alteraciones la prelección de mi curso 1964-1965 en la Universidad de Navarra.

moral que sólo con el Cristianismo llega a prevalecer, y el derecho romano propiamente dicho, no como tradición europea encauzada en la Edad Media, sino como realidad histórica concretamente delimitada, es un derecho precristiano. La búsqueda de la *voluntas* aparece en un momento tardío, y como efecto precisamente de la actitud cristiana que se entroniza en la legislación imperial post-Constantiniana y en las especulaciones de las escuelas bizantinas.

En la verdadera jurisprudencia romana la consideración de la *voluntas* aparece muy circunscrita, casi exclusivamente, a las disposiciones para después de la muerte, es decir, las "últimas voluntades". En los negocios convencionales, no es la *voluntas* personal lo que interesa, sino el acto que efectivamente se ha realizado, el *quid actum sit*, aunque se acuda al contraste con la voluntad cuando la forma declarada es ambigua, según los recursos de la Retórica.

Cuando se detecta una discrepancia entre el *actum* y el *dictum*, es decir, el error de una declaración, no es tanto el desajuste con la voluntad interna y subjetiva lo que se toma en consideración, cuanto el desajuste entre la declaración aberrante y el acto formalmente realizado. De ahí que el derecho romano no presente tampoco una verdadera teoría del error en los actos jurídicos. Este contraste entre el subjetivismo moderno y el objetivismo romano tiene como una de sus principales consecuencias que no resulta congruente para el estudio del derecho romano toda aquella teoría moderna de los actos jurídicos y las declaraciones de la voluntad. Con ello se produce cierto vacío: no tanto por el hecho de tener que prescindir de una teoría general, cuanto por el hecho de que carecemos de un estudio adecuado de las "formas de declaración" del mundo romano. Nuestra prelección de hoy intenta ser una mínima aportación para tal estudio. No se trata de sustituir una teoría general por otra, ya que toda teoría general resultaría extraña al espíritu del derecho romano, sino tan sólo de estudiar una terminología, y de individualizar la raíz de una serie de formas de declaraciones que producen efectos jurídicos principales. Para ello nos fijaremos especialmente en la expresión *dicere*, a propósito de la cual nos tendremos que referir a otras formas de declaración.

*Dicere* significa el hablar solemne (por ej., *causam dicere*) frente al hablar coloquial (Cic., or. 32), pero en el derecho tiene aplicación como término principal para designar las distintas formas de declaración. En congruencia con lo que hemos dicho, ese término no expresa propiamente una exteriorización de una voluntad interna, sino la determinación de un objeto: un acto, pues, no de exteriorización, sino de objetivación. Aunque resulte cómodo traducir *dicere* por "declarar", *dicere* no es propiamente un aclarar, declarar o manifestar, que se entienden referidos a la exteriorización de algo



interno y oculto que es la voluntad, sino un señalar, un determinar mediante una forma oral ella misma determinada, pues lo decisivo para el derecho romano no es la voluntad, sino el negocio mismo que se ha actuado. En efecto, la raíz *dic-*, que es la misma del griego *deiknymi*, señalo, y *dike*, proceso, contiene el acto de señalar, de mostrar formalmente, y de ahí el sentido básico de pronunciar la fórmula prescrita para la producción de ciertos efectos.

El *index* es el que señala pronunciando la fórmula determinante, pero también, y aun por autonomasia, el dedo "índice", pues es el que sirve para señalar un objeto preciso. Este mismo sufijo *-dex* vuelve a encontrarse en términos tan fundamentales para el derecho como *iudex*, que es el que señala y afirma lo que es justo, el *ius*; término éste afin al *med-dix* osco, que es el nombre del magistrado juzgador, donde la raíz *med-* se refiere al cuidado de gobierno, como en *medella* y *medicina* es el cuidado de la salud. También se encuentra el sufijo *dex-* en *vindex*, que es el que señala y afirma un poder o *vis*, pues la *vis*, que se entiende como violencia antijurídica, sobre todo a partir de las crisis revolucionarias de los últimos siglos de la República, es en primer lugar el poder lícito por el que se realiza el *ius*, de suerte que quien afirma judicialmente su dominio sobre una cosa se dice que *vindicat*, es decir, que declara su poder sobre la misma.

No se me oculta que esta interpretación del término *vindex* y *vindicare* tropieza con las conclusiones recientemente alcanzadas por Wolfgang Kunkel en su muy importante estudio sobre el proceso criminal anterior a Sila, un libro que presenta nuevos problemas muy centrales para la historia del derecho romano. Según Kunkel, la formación de un juicio público para la persecución de crímenes como el homicidio sería relativamente reciente, y la acción correspondiente, en una primera época, no habría sido otra que la *legis actio sacramento* de carácter personal. En relación con esto, el término *vindicare*, que tiene el sentido más amplio de castigar o vengar, se explicaría partiendo de la hipótesis de que su objeto no sería una cosa cuyo dominio se reclama, como ocurre posteriormente, sino la persona del delincuente o el delito mismo. De este modo, la *vindicatio* habría empezado por ser simplemente la venganza, acepción que se conserva en el lenguaje no técnico, y sólo por una elaboración posterior habría llegado a especificar en el lenguaje técnico la acción real. Pero sin poder entrar en la teoría de Kunkel sobre el *sacramentum in personam*, para el que la base textual es insuficiente, su conclusión acerca del *vindicare* parece incompatible con la reducción, que es antiquísima, de la *vindicatio* a la acción real, con clara exclusión de la personal. Una forma aparentemente personal se presenta en el antiguo *vindex* de la *manus iniectio*. En este primitivo procedimiento ejecutivo, el conde-



nado al pago de una cantidad viene apresado por su acreedor, pero puede ser libertado por la intervención de otra persona, un *vindex*, que, saliendo en su defensa, se opone al acreedor y afirma la injusticia de su pretensión, con el riesgo, en caso de que el juez no reconozca lo fundado de su afirmación, de ser condenado al doble de la deuda negada. Este *vindex* no realiza en modo alguno un acto de venganza o castigo, sino de afirmación de un poder, que, en este caso no es un poder suyo, sino un poder del presunto deudor sobre sí mismo.

Este sentido especial del *vim-dicere* del antiguo *vindex* debe contraponerse al que las mismas palabras tienen en la forma de *vim-dicare*. En efecto, puede observarse una doble derivación *dicere* y *dicare*. *Dicare* (*dico, dicas, dicavi, dicatum, dicare*) significa igualmente proclamar solemnemente, pero, en especial, consagrar o dedicar algo a una divinidad. Esta doble derivación se presenta en los compuestos que acabamos de mencionar: *index, iudex* y *vindex*. Así, veremos *indicere* al lado de *indicare, ius dicere*, o *iurisdictio*, al lado de *iudicatio*, y el *vindicere* del *vindex* al lado de la *vindicatio* del propietario. Indudablemente, debe buscarse un matiz de diferencia. *Indicere* quiere decir declarar solemnemente algo, como la guerra (*indicere bellum*), o la imposición de un nuevo tributo (*indicere tributum*), de donde la *indictio* cronométrica; *indicare*, en cambio, se dice de la acción de delatar a alguien. La *iuris dictio* es la función del magistrado que declara el *ius* que debe ser observado; en tanto la *iudicatio* es la sentencia del juez privado que declara el derecho de alguien contra alguien. Finalmente, en tanto el *vindex* ejerce una función de público defensor, el *vindicans* defiende su particular derecho. Todavía puede seguirse esta contraposición en el compuesto *praedicere*, anunciar públicamente, y el más tardío *praedicare*, alabar a alguien. Si no me equivoco, la diferencia básica entre ambas derivaciones es ésta: *dicere* significa una declaración pública de efectos generales, en tanto *dicare*, una declaración privada de efectos personales.

Esto explica que las distintas formas de declaraciones públicas del magistrado sean de *dicere*; así, además de la *iuris dictio*, el *edicere*, publicar bandos; *interdicere*, dar una orden en términos generales, y, sobre todo, *addicere* o atribuir con efecto público. Este último término tiene especial importancia, pues es uno de los *tria verba* solemnes de la jurisdicción del pretor: *do, dico, addico*. Significando *addicere* una atribución a favor de una parte litigante, aquella diferencia que queremos ver entre *dicere* público y general y el *dicare* privado y personal parecería desdibujarse un poco, pero hemos de observar esto, que me parece de importancia para una recta valoración de los límites subjetivos de la cosa juzgada: que

parece hoy bastante probable que en un primer momento era el mismo magistrado quien daba la sentencia, y no un juez privado, como ocurre en el derecho romano desarrollado, de la época clásica. El antiguo fallo del magistrado adoptaba precisamente la forma de *addictio*, ya tuviera por objeto una persona deudora, ya una cosa vindicada. El juez privado, precisamente por ser privado y no un magistrado, *iudicat* y *adiudicat*, pero no puede hacer una *addictio*. Ahora bien, la diferencia entre ambas formas de sentencia, la pública del magistrado, *addictio*, y la privada del juez, *iudicatio*, está precisamente en que la primera tiene efectos generales y absolutos, en tanto la segunda tiene un efecto relativo, inter partes. De ahí que, en derecho clásico, se puede decir que la titularidad dominical tiene un alcance relativo, ya que el hecho de prevalecer el propietario en un litigio contra un adversario no excluye que, sin mudar su posición jurídica, sea luego vencido por otro en un nuevo litigio, en tanto en el régimen de la *addictio* la titularidad pública excluye toda ulterior discusión privada, algo así como ocurre en el moderno derecho inmobiliario con la publicidad registral.

Así, pues, aquella diferencia entre *dicere* y *dicare* parece venir reforzada por la contraposición de los efectos públicos de la *addictio* frente a los únicamente personales de la *iudicatio*.

Con este esclarecimiento se puede entender también el sentido de la expresión *vindicias dicere*, donde nuestro término aparece dos veces: en *vim-diciae* y en *dicere*. *Vindiciae*, en esto parece haber unanimidad entre los romanistas, son los objetos reclamados en una *vindicatio*. En el proceso arcaico, una vez que los litigantes han cruzado sus *sacramenta* para discutir acerca de la propiedad, vienen apartados momentáneamente de aquellos objetos que todavía no se sabe a quién pertenecen, los cuales quedan, por obra de la función de público pacificador que tiene el magistrado, en situación de objetos en litigio: *vindiciae*, donde la forma *-diciae* se debe a que tal situación no se produce inmediatamente por la misma *vindicatio*, sino por la intervención pública del pretor, que tiene efectos generales y absolutos. El pretor, sin embargo, puede atribuir provisionalmente aquellos objetos hasta ver el resultado del litigio, y esta atribución, siempre pública y de efectos generales, aparece repetida con la expresión *vindicias dicere*, es decir, la atribución provisional (y de ahí que no constituya un *addicere*, que tiene carácter definitivo) de los objetos en litigio, con el deber por parte del que los recibe de dar fiadores, los *praedes vindiciarum*.

*Dicere* es así la forma habitual de declaración imperativa del magistrado, por ejemplo, cuando impone una multa (*multam dicere*), pero ese sentido imperativo caracteriza también esa expresión cuando se aplica en la esfera privada. Común al magistrado y al privado puede ser la fijación imperativa de un plazo, el *diem dicere*.

Este acto de decidir una fecha aparece también como un *constituere*, término propio de los negocios privados, pero que se aplica después a las decisiones públicas del príncipe, y por eso la legislación imperial se vale del término de *constitutio*, que todavía a principios del siglo III d. C. se utilizaba en ese sentido sólo por licencia del lenguaje cotidiano, contra lo que era el rigor de la terminología propiamente jurídica. Una evolución parecida, del uso privado al público, se da también en una expresión que debemos considerar especialmente, a saber, *legem dicere*, que se puede traducir por “poner una cláusula”. Esta traducción, que me parece profundamente exacta, se explica mejor si tenemos en cuenta el sentido de la palabra *lex*, ley.

Una curiosa derivación explica que *legere*, que quiere decir “recoger”, “seleccionar”, “elegir”, quiera decir también “leer”. Este tránsito parece explicarse por el *legere litteras*, es decir, el acto de recoger con la vista las letras escritas, para traducirlas en voz articulada. Estos dos sentidos, en cierto modo independientes, aparecen también en la terminología jurídica, pero no sin ciertas interferencias. Tenemos así la palabra *lectio*, por ejemplo, la *lectio senatus*, que es la elección de senadores, pero al mismo tiempo la convocatoria, mediante la lectura pública de la lista de los designados. Esta palabra *lectio* se presenta también en las formas compuestas de *electio* y *adlectio*, es decir, “elección” y “elección para formar parte de una corporación”, de un *col-legium*. La elección presupone siempre la pluralidad, y en eso se diferencia la *electio* de la *optio*, pues *optare* significa “querer para sí”, y aunque ordinariamente la opción presupone una pluralidad electiva, también puede darse la opción sin elección, es decir, con aquella sola elección entre querer o no querer un solo objeto; distinción ésta entre opción y elección que me parece sumamente útil para la teoría de la libertad moral. En la terminología jurídica, la *optio* tiene un sentido concreto, que no debe confundirse con la *electio*: significa un tomar para sí con efecto adquisitivo; así, en primer lugar, la *optio* de un esclavo hereditario cualquiera dejada en un testamento a favor de un legatario: si éste opta el esclavo, adquiere por ello mismo su propiedad; así también la *adoptio* de un hijo por quien no es su padre genuino: lo incorpora como hijo civil; así la *cooptatio* por los miembros de un colegio, que se incorporan un nuevo miembro. También, *optio* sin más, en el lenguaje militar, se dice del lugarteniente que ha sido nombrado tal por su jefe. En todas estas acepciones puede verse una elección, pero el momento principal del acto no es el electivo, sino el adquisitivo. Es este resultado adquisitivo el decisivo, más que el de una posible pluralidad para la selección.



Al lado de esta serie de derivados de *legere* que reflejan el sentido originario de elegir, hay otras palabras en las que se refleja el otro significado secundario de leer. Así ocurre con *legare* y *lex*.

*Legare* se relaciona evidentemente con la declaración del testador, que dicta una disposición para distribuir sus bienes después de su muerte, es decir, impone unos legados (*legata*). Para estas declaraciones en el acto solemne de la llamada *mancipatio*, que se hacen con intervención de testigos y una balanza, el derecho arcaico tenía el término de *nuncupatio*. *Nuncupare* es *nomen capere*, o sea, tomar y proferir la fórmula solemne que produce efectos en derecho. Esta producción de efectos estaba sancionada por un precepto de las XII Tablas que decía: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*: "Sea derecho conforme a la declaración oral". La disposición de legados constituye un tipo de *nuncupatio*, pero la palabra *legatum* indica, sobre todo, más que la misma declaración, la disposición imperativa que se lee ante los testigos. Este momento imperativo aparece, fuera del derecho testamentario, en palabras de carácter público, como *legatio*, es decir, la embajada mandada, o *relegatio*, es decir, la proscripción al exilio, o de carácter privado, como la *delegatio* o autorización representativa.

En todas estas acepciones de sentido imperativo late el término *lex*, que encontramos en aquella expresión de *dicere legem*. *Lex* es propiamente la declaración imperativa sobre la propia pertenencia, y puede ser *lex privata*, cuando el propietario dispone de lo suyo, o *lex publica*, cuando es el mismo pueblo quien aprueba la disposición propuesta por el magistrado presidente de la asamblea popular. [Lo que es conforme a esta ley pública se dice *legitimus*, pero este adjetivo redujo su significación a las leyes inmutables cuando la lengua creó el nuevo adjetivo *legalis*, para referirse a las contingentes leyes positivas.]

La *lex* presupone siempre una forma imperativa: es siempre ley positiva. El hecho de que se haya acudido a la palabra *ley* para designar aquellas reglas de justicia que pueden no haber sido objeto de forma impositiva constituye uno de los más graves percances de la filosofía jurídica europea. La *lex* privada, por su parte, es también una disposición impositiva, que el propietario puede dictar para el régimen de lo que le pertenece: la *lex rei suae dicta*. Como dijimos en relación con la *constitutio*, también a propósito de la *lex dicta* se observa el mismo tránsito de la esfera privada a la pública: la *lex dicta* privada llega a ser el reglamento para la administración del patrimonio imperial, pero este tránsito se explica por el hecho de que el progreso de la nueva forma política del "principado" lleva consigo la elevación de la administración privada del príncipe al rango de burocracia pública.

Con esta aclaración sobre *lex* creo que se puede entender mejor la interpretación de *legem dicere* como “poner o imponer una cláusula”, pues esa *lex* es fundamentalmente una disposición adjunta a un negocio básico, normalmente escrito. Es siempre positiva, impositiva.

Hemos visto en la expresión *legem dicere* la más clara expresión de la declaración imperativa, que ya el verbo *dicere* tiene por sí solo, y de ahí que la palabra *dicio* sea el imperativo al que el vencido se somete, y de ahí también la intensificación de imperatividad que implica el frecuentativo *dictare*, y, en especial, el sustantivo *dictator*.

Aparentemente, *dicere* presenta un aspecto menos imperativo en la expresión *dicere sententiam*, pues la *sententia* es la opinión del juez y no el mandato ejecutivo; pero esto se explica por el hecho de que, como ya hemos dicho, la función de dar sentencia correspondía antiguamente al magistrado, y se revestía por ello de la natural imperatividad del que tiene el *imperium*. Cuando es un juez privado quien da sentencia, su opinión, considerada en sí misma, no es imperativa; sin embargo, conserva siempre aquella imperatividad de la antigua sentencia del magistrado, no sólo por la misma forma de expresión imperativa con que aparece redactada, sino por el hecho de que, en último término, el magistrado la sigue reforzando con su imperio para que tenga fuerza ejecutiva.

No ocurre así con las *sententiae* que declaran, no los jueces, sino los juristas. Para esta forma privada de declaración del *ius* no se emplea el verbo *dicere*, sino *respondere*. El *responsum* del juriconsulto, prudente del derecho, no es solemnemente declarado, sino comunicado sin forma especial. No es allí la forma lo decisivo, sino el fondo del “asentimiento” prudencial, del *sentire* que es la *sententia*. Pero esta declaración informal no debe confundirse con una simple manifestación de opinión cualquiera, pues el *responsum* es la pieza principal de toda la vida jurídica romana. El *responsum* se da a aquel que lo pide con reconocimiento de la autoridad del que lo profiere. Requiere así como un previo acatamiento, no de la potestad, pues el jurista carece en absoluto de ella, pero sí de la autoridad; presupone un como compromiso previo por parte del que interroga, y de ahí que no sea como la *sponsio* una respuesta que obliga al que la profiere, sino una respuesta de autoridad reconocida, que vincula en cierto modo al que la pide. Esto explica que el *re-sponsum* presuponga como una *sponsio* previa: el compromiso del interrogante.

No podemos pretender aquí una revisión exhaustiva de todas las formas de declaración en el derecho romano. En especial, omitimos el análisis de términos tan importantes como *iubere*, auto-

rizar; *nuntiare*, transmitir una declaración, y algunos compuestos de *habere*, como *ratum habere*, ratificar; *perhibere*, deponer testimonio; *prohibere*, oponer un veto, etc.; luego, *pacisci*, pactar, etc.

Como conclusión, cabe afirmar, en primer lugar, que el verbo principal para expresar las declaraciones jurídicas, *dicere*, en todas sus formas derivadas y compuestas, revela una concepción objetivista y formalista, frente a la subjetivista y voluntarista que domina la teoría moderna sobre las declaraciones de la voluntad. Con esta primera conclusión es consecuente el reconocer la inadecuación a la realidad del derecho romano de aquella doctrina, aparentemente fundada en el derecho romano, pero creada por la ciencia jurídica individualista de la Edad Moderna que concibe el derecho como un conjunto de poderes de la voluntad individual.

En segundo lugar, cabe concluir también que en esta terminología relativa a las declaraciones jurídicas hay una gran fluidez, y casi diríamos indiferencia, entre las acepciones de ámbito público y las privadas, lo que es congruente con la negativa para aceptar como propia del derecho romano la distinción entre materias de derecho público y materias de derecho privado, que habiéndose insinuado en la época menos floreciente del derecho romano, se ha erigido en clave de la ciencia jurídica moderna.

Una vez más, habrá que advertir, estas observaciones críticas acerca del desajuste entre doctrina moderna y realidad del derecho romano no van inspiradas por un afán de destruir la dogmática moderna, sino por el más constructivo de procurar una aproximación más verídica al estudio del derecho propiamente romano. Pero todavía cabe esperar que de este esclarecimiento del objetivismo romano puede derivarse alguna cautela para el pensamiento jurídico moderno. Porque si es verdad que el voluntarismo jurídico parte, como hemos dicho, de una actitud cristiana, que pretende calar en las raíces morales de la conducta humana, no es menos cierto que la exaltación de la voluntad conduce a los excesos heréticos del idealismo que culmina en Schopenhauer, del que la concepción del derecho subjetivo en un honesto pandectista como Windscheid, al decir que es el "señorío de la voluntad", no está muy lejos.

Quizá sea una sana cautela para el jurista el no olvidar que el mundo del derecho es siempre un mundo de formas que la voluntad humana no crea, sino simplemente señala para producir ciertos efectos socialmente reconocidos. Lo que la voluntad busca son los efectos, pero el instrumento formal es una creación social que no depende de la voluntad, sino de la naturaleza de las cosas y de la particular y respetable tradición de cada grupo social.





## BIBLIOGRAFIA

BALLESTEROS-BERETTA, Antonio: *Alfonso X el Sabio*. C. S. de I. C. y Academia «Alfonso X el Sabio» de Murcia. Salvat Editores. Barcelona, 1963. XV + 1142 págs. + 15 láminas.

La época del rey Sabio se ha visto incrementada en los últimos años con la publicación de valiosas fuentes y monografías. Señalemos la importancia de los textos de los Repartimientos de Sevilla y Murcia, editados por Julio González y Juan Torres Fontes; la magnífica colección de los documentos alfonsinos del Archivo Municipal de Murcia, recopilada por el segundo de los citados investigadores; y el revolucionario estudio de Alfonso García-Gallo sobre las Partidas, publicado en el tomo XXI-XXII de este ANUARIO.

La presente biografía de Alfonso X el Sabio está en la tónica metodológica de su autor: narración cronológica de los hechos, con un criterio positivista que hoy creemos está ya superado.

Son millares los documentos éditos e inéditos manejados por el famoso historiador: unos citados o publicados en el texto y otros resumidos en un simple índice documental (1.447 diplomas catalogados, que abarcan de 1226 a 1296). Pero creemos hubiera sido más interesante un apéndice documental y que se concretaran las referencias archivísticas o bibliográficas de muchos de los diplomas citados. Digamos ya que buena parte de estas deficiencias se deben a que el autor murió sin haber dejado la obra lista para imprenta: comprendemos que ha sido ingrata la tarea del Profesor Pérez Prendes y que se ha seguido el criterio —a nuestro parecer equivocado— de respetar el texto tal cual se redactó hace ya más de un cuarto de siglo.

La atención preferente de don Antonio Ballesteros se centra en la historia externa, militar y política, siguiendo de cerca al monarca, familia real, corte, oligarquías gobernantes, grandes personajes y hazañas de la Nobleza y la Iglesia. El estado económico-social de la época y el estudio de las instituciones, queda más difuminado. Son precisamente los aspectos en que vamos a centrar la atención de la presente reseña.

Apunta el autor al problema de la inflación castellana del Doscientos, pero su obsesión parece ser disculpar de ello al monarca, aunque reconoce que «quizá las larguezas alfonsinas contribuyeron al malestar económico» (pág. 207). Hace ya unos cuantos años que Sánchez-Albornoz, en su «España, un enigma histórico», puso de relieve la importancia que las

devaluaciones monetarias de Alfonso X tuvieron en este fenómeno inflacionista.

Hoy habría que estudiar esta inflación castellana en relación con el fenómeno similar europeo del siglo XIII, que repercute también en la Corona de Aragón. «Las gentes se me quexaban mucho de la grant carestía que era en la tierra... Las cosas eran encarecidas a tan grandes quantías que los omes no las podían comprar», afirman repetidamente las cortes de Sevilla, Valladolid y Jerez, de 1258 y 1268. No podemos entrar en el análisis de las causas de este fenómeno, pero la repoblación de la extensa zona conquistada no es ajena a ello. Lo verdaderamente instructivo es que el rey Sabio dictó ya medidas que hoy llamaríamos estabilizadoras y antiinflacionistas, que fracasaron. El malestar social y político que produjo la inflación y el plan estabilizador de Alfonso X, se tradujo en el triunfo de la rebelión de su hijo, el futuro Sancho IV el Bravo, al que siguió casi la totalidad del país.

Pero estos problemas no se tratan en la obra que comentamos. Apenas se puede recoger de positivo el dato de que existió una crisis agrícola, aún no estudiada (pág. 61), y que la inflación se había iniciado ya en el reinado de San Fernando (págs. 945 y 946). Indiquemos para los futuros investigadores la necesidad de estudiar a fondo este proceso inflacionista y las medidas estabilizadoras del monarca, en las que se adelantó a su época.

En la biografía que comentamos se encuentran referencias documentales a otros aspectos económicos. Apuntemos el fenómeno del arrendamiento de algunos tributos castellanos al célebre judío Zag de la Maleha, en 1276, cuyo valor global hemos contabilizado en 1.670.000 maravedis. Datos sobre impuestos, como el conducho, martiniega, diezmo comercial y eclesiástico, peajes, portazgos, montazgos, fonsaderas, almojarifazgos y otros; sobre ferias y mercados, productos comerciales, monedas, comercio exterior, usuras y otros, todos dispersos a través de las densas y eruditas páginas de esta obra, que requiere un previo vaciado para su aprovechamiento por los investigadores, ya que no se cuenta con el auxilio de índices de materias y de nombres propios.

La gran rebelión nobiliaria de 1271-73, ampliamente tratada por el autor, puede servir de base para el estudio del «desnaturamiento» de los nobles y su exilio voluntario, hecho frecuente en el Medievo e institución que creemos está también por estudiar. Las verdaderas causas de dicha rebelión —no apuntadas por el autor— creemos pueden reducirse a tres: la desvalorización monetaria (los nobles acusan al rey de que «afalsó la moneda»), el «fecho del Imperio» y la oposición al derecho científico de las Partidas y a la promulgación del Fuero Real; o sea, una causa económica, otra política y otra jurídica. Habría que añadir aún, a la primera, una fiscalidad excesiva. Con estas premisas se puede estudiar hoy día esta formidable rebelión —mejor revolución—, con un enfoque diferente a como figura en los manuales.

Los aspectos jurídicos y culturales, aunque citados cronológicamente y



sin conexión, están mejor tratados que los económicos. Señalemos los epígrafes dedicados a las diversas reuniones de Cortes, con las ordenanzas suntuarias (Valladolid, 1258), las famosas tasas de precios y jornales (Jerez, 1268); el ordenamiento de las Extremaduras (Sevilla, 1264), las normas judiciales (Zamora, 1274) y las referentes a monedas y tributos (Burgos, 1277). Igualmente se leían con interés las glosas dedicadas al Fuero Real, las Partidas, Primera Crónica General, libros científicos y, en general, al mecenazgo del monarca hacia las obras culturales, con el florecimiento de la llamada Segunda Escuela de Traductores de Toledo.

Será de interés para nuestros lectores hacer referencia al arsenal de datos sobre los fueros, que pueden recogerse espigando con paciencia a través de toda la obra. Señalemos, en primer lugar, la otorgación del Fuero Real como fuero particular de Burgos, Valladolid (1255), Palencia, Peñafiel, Cuéllar, Buitrago, Alarcón, Avila (1253), Talavera, (1257), Escalona, Béjar (1261), Madrid, Plasencia (1262) y Valladolid (1265).

De los fueros otorgados por el monarca y la familia real destaquemos, entre conocidos y desconocidos, los de Alarcón (1254 y 1256), Sahagún (1255), Briones (1256), romanceado de Palencia (1256), Soria, Atienza, Trujillo, Corres, Avila (1256) y Requena (1271). Y entre las confirmaciones, los de Balbás, Valpueda, Melgar de Suso (1255), Cuenca (1256), latino de Cáceres (1258), Illescas, (1265), Santo Domingo de la Calzada (1270), Cuevacardiel, Béjar, Sepúlveda (1272), Silos (1274), Alcocer y Avilés (1281).

Tal vez tengan más interés las extensiones de un fuero a otras poblaciones, como contribución a la enmarañada tela de araña de las familias de los fueros menos extensos: el fuero de Sevilla se otorga a Carmona (1253), Arcos de la Frontera (1256 y 1264) y Niebla (1263); el de Vitoria a Salvatierra (1256), Mondragón (1260), Villafranca (1268) y Arceniega (1272); el de Benavente a Laciana, Valdés, Navia, Pola de Siero y Buetes (todos en 1270); el de Logroño a Santa Cruz de Campezo y a Valmaseda (1256); el de Cuenca a Requena (1257), Almansa (1265) y Alcaraz (1272); el de Santo Domingo de la Calzada a Grañón (1256); el de Sahagún a Allariz (1263); el de Sepúlveda a Roa (1274); el de Treviño a la Bastida (1272); el de Córdoba a Lorca (1271) y el de esta última población a Jodar (1272).

Un documento de 1277 nos revela el uso, abuso y desprestigio de la excomunión, manejada a diestro y siniestro por los obispos, las más de las veces por asuntos económicos y no espirituales. En aquella fecha, el obispo de Sevilla se queja al rey de que los excomulgados «menospreciando la sentencia, no quieren venir a mandamiento de Santa Iglesia et están grandes tiempos descomulgados» (pág. 840). Recordemos a este propósito el entredicho lanzado por Martín IV a las poblaciones rebeldes a la autoridad del rey Sabio, rebelión en la que no se ventilaba ningún problema religioso.

Es interesante hacer alusión a varios documentos catalogados en el apéndice (números 256, 257, 259, 263, 270, 276, 278, 308, 311 y 312), por los

que el monarca ordena que cuando mueran los obispos, pasen sus bienes al cabildo para su administración y entrega al obispo sucesor; por lo menos esto consta respecto a las diócesis de Zamora, León, Salamanca, Cuenca, Palencia, Calahorra, Badajoz, Plasencia, Segovia y Toledo, entre 1255 y 1256.

Hagamos referencia a otros asuntos esbozados en la biografía que comentamos: construcción de las atarazanas de Sevilla, protección real a los estudiantes universitarios, creación del Estudio General de Sevilla, traslado de los restos del rey Wamba, legitimación de los hijos de clérigos, ordenamiento de las tafurerías y amplios resúmenes de los repartimientos de Sevilla, Murcia, Cádiz, Ecija, Orihuela, Lorca y Puerto de Santa María. A veces son simples y escuetas noticias sobre una disposición alfonsina referente a los denuestos de «fududincul» y «fidefududincul» (pág. 882), o sobre el conflicto surgido en Talavera entre los que juzgaban por el fuero de los castellanos y los que lo hacían por el Fuero Juzgo (pág. 972).

Finalmente, vamos a aludir a las amplias páginas que don Antonio Ballesteros dedica al problema sucesorio, que puso al monarca frente a casi todo el reino —a excepción de las ciudades de Sevilla y Murcia—, que siguió entusiasmando al joven Sancho. Creemos equivocada la opinión del autor de que Alfonso X fue depuesto de su realeza. Tanto las fuentes narrativas como las documentales indican que en las Cortes de Valladolid (1282), por sentencia, se quitaron al monarca y se otorgaron a don Sancho las fortalezas, la administración de justicia y la percepción de rentas («sententiam... quod dominus rex de caetero non exerceret justitiam, nec teneret per se aut per alium civitates, villas, castra et fortalicia, nec perciberet redditus et proventus regnorum Castellae et Legionis, et quod dominus Sancius de caetero justitiam exerceret, redditus perciperet, civitates, villas et castra teneret ac per suos faceret custodiri», pág. 968).

Las ciudades firman entre sí pactos de hermandad, en los que se califica al «muy noble señor infante don Sancho, fijo maior heredero del muy noble e alto señor rey don Alfonso», y se hacen «vasallos del infante don Sancho e metemos-nos so su señorío, con las villas e con los castiellos e con quanto que avemos e avremos» (pág. 973).

Olaro que en siglo XIII privar a un rey de esta triple jurisdicción —militar, judicial y económica— era, prácticamente, privarle del ejercicio real, dejarle sólo el título y el honor regio. Estamos aún muy lejos del siglo XV, donde castellanos y catalanes depusieron a Enrique IV y Juan II y eligieron a otros para sustituirles. ¿Quedó Alfonso X en la posición jurídica de un «rey que reina pero no gobierna»? ¿Pasó el infante don Sancho —que nunca se tituló rey— a la categoría práctica de un regente? Son problemas que dejamos planteados, que deben resolverse con ayuda de la amplia documentación que cita y, a veces, transcribe, en parte, el autor.

MIGUEL GUAL CAMARENA



BASAS FERNÁNDEZ, Manuel: *El Consulado de Burgos en el siglo XVI*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963.

Por proceder todo movimiento importante de una necesidad social previa, aunque con frecuencia inconscientemente sentida, suele ir acompañado de la institucionalización progresiva de sus aspectos más urgentes. Al empezar a crecer los comerciantes en número y en importancia en el transcurso de la Baja Edad Media surgieron asociaciones destinadas a velar por los intereses comunes y a regular los puntos capitales del desarrollo de su actividad. El carácter, netamente marítimo, de ese comercio en sus orígenes influyó de manera decisiva en aquella regulación. Su transformación, más adelante, en «urbano y terrestre», determinará la evolución de las formas jurídicas hasta entonces válidas y la aparición, incluso, de otras nuevas. Basas Fernández, al empezar estudiando el origen de los Consulados mercantiles castellanos, desarrolla la tesis de Valroger, según la cual el nacimiento de la jurisdicción mercantil que pudiéramos llamar general no es sino una mera ampliación de la jurisdicción puramente naval, consolidada ya en el Mediterráneo durante el siglo XIII.

Burgos era ya una plaza mercantil importante, pero la incidencia de diversos factores contribuyó a convertirla en un centro cada vez más pujante a principios de la Edad Moderna. A medida que aumentó su volumen comercial, las estructuras de su Universidad de mercaderes (creada en 1455), debieron resultar más insuficientes, y fue esa insuficiencia ante las nuevas necesidades la que provocó la petición de los mercaderes burgaleses de que les fuera concedido un Consulado semejante a los existentes en Valencia y Barcelona. Los Reyes Católicos estuvieron de acuerdo con la idea y crearon por Real Pragmática el Consulado de Burgos en 1494, con ciertas peculiaridades respecto de los de la Corona de Aragón, que en los momentos oportunos iremos señalando.

En realidad, el Consulado de Burgos no fue un simple tribunal mercantil, sino que en él se integraban la anterior Universidad de mercaderes (de carácter dual de por sí: cofradía y gremio a la vez), y el tribunal mercantil propiamente dicho, que sí constituía auténtica novedad. Es imprescindible tomar en consideración este hecho porque en el libro que comentamos se atiende, aunque en desigual medida, a cada uno de los aspectos.

El autor sigue un procedimiento inverso al habitual, de forma que antes de fijar los moldes de la institución dedica unas páginas a estudiar las reacciones que suscitó el nacimiento de la misma, así como las incidencias legislativas del Consulado a lo largo del siglo XVI. En efecto, el estallido de la rivalidad con Bilbao fue inmediato, motivado sobre todo por lo referente a los fletamientos, materia en la que —dados los términos de la Pragmática fundacional— los vizcaínos quedaban prácticamente sometidos a los burgaleses. Al primer momento de hostilidad sucedió otro de concordia (firma de un convenio de veinte años de vigencia, de



1513 a 1533) y un tercero en el que Burgos llegó a retirar temporalmente su comercio de Bilbao, trasladándolo a Portugalete. La constante protección real a la ciudad castellana se manifestó en los numerosos pleitos provocados por ambas ciudades. Entre tanto, Burgos fue perfeccionando el funcionamiento del Consulado mediante el ejercicio de su facultad legislativa; producto de ella fueron las Ordenanzas Generales de 1538 y las de 1572, puestas siempre en vigor previa confirmación regia (en la necesidad de tal confirmación difería el de Burgos de los Consulados de la Corona de Aragón).

En el capítulo titulado «Régimen interior» del Consulado se estudian exclusivamente los cargos del mismo, tanto sus piezas esenciales, Prior, Cónsules y Diputados, elegidos anualmente para encargarse del gobierno y administración, cuando el personal subalterno, de carácter más estable: Secretarios, Cajero, Letrados, Solicitador («agente general de negocios y pleitos»), Procuradores, Agentes en los puertos, Correo Mayor de los mercaderes y Portero, cuyos cometidos son fácilmente imaginables.

Ya hemos resaltado que el Consulado era el mismo tiempo asociación religioso-benéfica, cofradía, sobre la cual se habían superpuesto sucesivamente, en 1455 y 1494, la Corporación económico-profesional (Universidad de mercaderes) y el Tribunal mercantil. A pesar de la confluencia nunca perdió, a lo largo del siglo XVI, su primitivo carácter, y de ahí el mantenimiento de su vida de piedad y caridad y la atención prestada a prácticas de tipo religioso-asistencial, de las que fueron beneficiarios, además de las viudas y huérfanos de mercaderes, instituciones como el Monasterio y Hospital de San Juan o el Monasterio de la Madre de Dios, sobre el que ejerció patronato el Consulado de Burgos.

Igualmente se mantuvo vigorosa la vida corporativa. Aparte de la Junta anual en la que eran elegidos el Prior y Cónsules, podían celebrarse varias otras a través de las cuales los mercaderes participaban con voz y voto en el gobierno y administración del Consulado, bien activamente, bien como asesores. Las Ordenanzas dedicaron numerosas disposiciones que Basas llama «normas de comercio», a regular el desenvolvimiento mercantil de la Corporación.

Sin embargo, lo específico del Consulado, lo que le convertía en tal, era el carácter jurisdiccional incorporado en 1494 por vez primera en toda Castilla y como lógica correspondencia a la primacía del grupo comercial burgalés. El horror a la jurisdicción civil, farragosa y, sobre todo, lenta, determinó a los mercaderes a solicitar una propia desprovista de los defectos que a la ordinaria se le achacaban, y que elevó al Prior y Cónsules de mediadores y árbitros a verdaderos jueces.

El Consulado de Burgos tenía jurisdicción sólo en Primera Instancia, correspondiendo el conocimiento de las apelaciones al Corregidor (otro punto de diferencia de los consulados castellanos respecto de los catalano-aragoneses). En cambio su ámbito, por razón de la materia, era pleno; no se restringía a los asuntos y causas marítimas, como en los consulados

mediterráneos, sino que abarcaba todos los aspectos del tráfico mercantil de la época. Desde otro punto de vista el río Ebro fue el límite natural de los jueces burgaleses, del que quedaron exentas por tanto, las actuales Vascongadas. El procedimiento era verbal casi por completo. Iniciado por demanda (no necesariamente escrita), se practicaban las pruebas documental y —tampoco siempre— pericial, emitiendo a continuación los Cónsules sentencia en audiencia ordinaria. La sumariedad no impedía intentar previamente la conciliación pacífica de los litigantes, cuyo número debió aumentar hasta el punto de que las Ordenanzas de 1572 elevaron las fechas de audiencia semanales, diarias desde entonces en vez de alternas. La intervención directa de Letrados quedaba excluida, prohibiéndose a las partes aducir leyes ni puntos de derecho. La gratuidad fue sustituida en 1511 por la percepción de derechos judiciales. Los conflictos jurisdiccionales con la Chancillería de Valladolid fueron resueltos satisfactoriamente para el Consulado.

Todo este tinglado administrativo-judicial requería un firme sostén económico. Basas dedica varias páginas en lugares dispersos a delinear el régimen económico de la institución consular. Del sistema de ingresos arbitrado formaban parte fundamental las «averías» y las multas. Las primeras eran, desde luego, la base del edificio presupuestario, tanto la «avería de la Universidad», de carácter gremial, abonada por los mercaderes al cajero al final de cada año, como la «avería-daño» del seguro marítimo, las «averías comunes y gruesas» de los fletamientos y las «averías de cambio, asiento y seguros». El importe de las multas solía repartirse por mitad entre gastos generales y limosnas.

Con los fondos provenientes de ambos conceptos se enjugaban los gastos. Dado el carácter tripartito del Consulado, parecería lógico que se hubiera discriminado convenientemente, destinándose por ejemplo los derechos judiciales a cubrir el sostenimiento del tribunal mercantil y repartiéndose averías y multas el de la Universidad de mercaderes en su doble vertiente corporativa y asistencial; ésta es una cuestión que el autor no se plantea, dando por sentada la unidad presupuestaria y consiguiente indiscriminación. Sufragados sus gastos aún podía el Consulado de Burgos invertir en la construcción de puentes y caminos e, incluso, contribuir al sostenimiento de la política imperial haciendo empréstitos a la Corona.

Pese a su importancia, Burgos, como cualquier otro centro mercantil imaginable, no era autosuficiente. Por el contrario, su verdadero sentido radicó en la labor de coordinación del comercio interior con el de exportación a través de los puertos cantábricos. Esto pone de manifiesto el nexo profundo de la ciudad interior con el mar, vehículo de sus transacciones. Basas dedica un capítulo al análisis de la organización marítima, uno de los cometidos clave de la Universidad de mercaderes, en la que se mezclan los aspectos públicos y privados aunque predominando tal vez los últimos. El contrato de fletamiento no se concertaba individualmente por



los mercaderes, sino por el Prior y Cónsules con los maestros de las naves, con el consiguiente beneficio para aquéllos. Los Cónsules enviaban a los puertos a varios «Comisarios», con funciones inspectoras, lo que no era obstáculo para que los mercaderes cargadores estuviesen además representados por «Huéspedes-comisarios». Los «escribanos-secretarios» de Santander y Laredo llevaban el «libro de consignaciones e sacas cargadas para Flandes». El aspecto documental del tráfico lo componían la «carta de fletamento», expresiva del contrato otorgado por el Consulado en representación de todos los mercaderes y el maestro de la nao, y la «cargazón», factura dirigida al consignatario. El importe del fletamiento o transporte marítimo se compensaba mediante las everías comunes (gastos ordinarios) y gruesas (cuando el peligro de corsarios hacía preciso equipar convenientemente las naves).

La primera parte del libro termina con un capítulo dedicado a la enumeración de algunos privilegios de que gozaban los mercaderes miembros del Consulado, tales como la exención de derechos señoriales y portazgos, y al estudio de las relaciones de la institución burgalesa con las Ferias de Medina del Campo (eventualmente trasladadas a Burgos de 1601 a 1604). Aunque lo relativo al régimen y gobernación de las ferias escapaba de la jurisdicción del Consulado, la intervención del Prior y Cónsules en ellas fue constante, más relevante a partir de la primera suspensión de pagos decretada por Felipe II en la inauguración de una política que terminaría por arruinar a Medina y Burgos simultáneamente.

La segunda parte de la obra, muy breve, se refiere al papel desempeñado por Burgos en el comercio lanero, del que nos interesa destacar solamente la intervención del Consulado en los problemas de la lana, cuya contratación tiene un eco lejano en las Ordenanzas del Consulado, y la actitud de éste cuando Felipe II se decidió a gravar la exportación lanera. Ante la medida, los representantes de los mercaderes burgaleses trataron en todo momento de hacer ver al Rey el peligro de disminución de la contratación primero y de la exportación después, sin llegar a conseguir la abolición del gravamen, cuya recaudación fue, por otra parte, tempranamente arrendada.

Este es un libro producto de una labor investigadora minuciosa y llevada a cabo con absoluta seriedad. Al autor debe agradecerse su habilidad al enfrentarse con multitud de datos entresacados de los fondos documentales de los Archivos de Simón Ruiz, de Simancas, de la Real Chancillería de Valladolid, del Consulado de Burgos y, finalmente, del Archivo Municipal de Burgos. La índole del trabajo realizado puede percibirse en cada página de la obra y en el Apéndice documental que figura al final de la misma.

La historia del Consulado de Burgos en su época de apogeo aparece desvelada con sencillez y claridad. El tema, aunque ingrato a primera vista, es sumamente aleccionador y pone de manifiesto en sus variadas



implicaciones muchas de las líneas directoras de nuestra vida social y jurídica del siglo xvi. Basas Fernández no ha intentado ofrecer una construcción acabada, sino aportar los hechos más significativos de la institución consular burgalesa. Por eso, es, ante todo, una obra descriptiva de abundante erudición, de sistemática débil y en la que pocos aspectos son interpretados exhaustivamente. El historiador del Derecho notará, por tanto, ciertas lagunas; se echan de menos un análisis amplio del contenido de las Ordenanzas Generales, el estudio propiamente jurídico de la naturaleza de los ingresos del Consulado, etc. Sin embargo, el juicio tiene que ser a la postre favorable porque «El Consulado de Burgos en el siglo xvi» proporciona el núcleo básico, imprescindible, de una de nuestras instituciones mercantiles más importantes.

B. GONZÁLEZ ALONSO

BELTRÁN DE HEREDIA, Vicente, O. P.: *Bulario de la Universidad de Salamanca (1219-1549)*, I, Universidad de Salamanca, 1966.

El Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Salamanca está dando a la imprenta la importante obra realizada por el P. Beltrán de Heredia, edición que ha hecho económicamente posible la Fundación C. Gulbenkian. El citado investigador ha logrado reunir una abundantísima documentación, que ordena en dos secciones: el «Bulario», que abarca la pontificia, y el «Cartulario», en el que incluirá «la no pontificia, más heterogénea y variada y también más rica».

El primer tomo ahora aparecido contiene una extensa Introducción del autor, y los 415 primeros documentos del Bulario, comprendidos cronológicamente entre 1219 y 1409. En un futuro inmediato saldrá el segundo tomo del «Bulario».

Sin perjuicio de un más detenido comentario (propio o ajeno) sobre esta importante colección documental y la Introducción que la precede, hemos querido dar pronta noticia de su aparición, tanto para cumplir una finalidad informativa, como para felicitarnos por la publicación de un repertorio documental que (en unión de otras obras de análogo contenido, entre las que destaca el «Extracto de los libros de claustros de la Universidad de Salamanca. Siglo xv (1464-1481)», Universidad de Salamanca, 1964, realizado por don Florencio Marcos, y la edición crítica de las «Constituciones, estatutos y ceremonias de los antiguos Colegios Seculares de la Universidad de Salamanca», Salamanca, 1962, 1963 y 1964, obra última del fallecido don Luis Sala Balust), hará posible, y en cierto modo, inexcusable, la elaboración de un estudio institucional histórico de la más importante de las Universidades hispánicas.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE.

BLÁZQUEZ, José María: *Estructura económica y social de Hispania durante la anarquía militar y el Bajo Imperio*. («Cuadernos de la Cátedra de Historia Antigua de España»). Tip. Flórez. Madrid, 1964; 206 págs.

Para un romanista, es particularmente grato que un eminente arqueólogo e historiador, como el Prof. Blázquez, catedrático de Historia Antigua en la Facultad de Letras de la Universidad de Salamanca, haya dedicado su esfuerzo al estudio de la España romana, ofreciendo una visión de la situación económico-social hispana, que tanta utilidad ofrece al jurista para una mayor comprensión de los fenómenos histórico-jurídicos. Una vez más se evidencia la estrecha relación que el romanista debe tener con el historiador (como en este caso) y con el filólogo, para aclarar múltiples problemas que la ciencia romanística tiene planteados. Por ello, la lectura del presente trabajo nos ha llenado de satisfacción, tanto por lo que significa en la clarificación de la influencia del elemento romano-latino en la contextura vital hispánica, cuanto que por un historiador venga de lleno a iluminar un camino que nos haga llegar a una historia completa de la Hispania romana. Bien que contamos con una serie de obras y nombres ilustres, como Viñas Mey (prologuista de esta obra), Montero Díaz, Caro Baroja, García Bellido, Maluquer, Tarradell, etc., estudiosos de la Hispania romana, creemos que está por hacer una gran historia que abarque todos sus aspectos, sin olvidar la situación económica y social, y naturalmente, el aspecto jurídico, para el que contamos con la magnífica monografía de d'Ors, *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid, 1953). Desde ahora, para el estudio de la situación económico-social durante el Bajo Imperio y la anterior anarquía militar, habremos de contar con la obra de Blázquez.

El autor aborda con este trabajo un tema hasta ahora poco estudiado; hay que pensar que el mismo Rostovtzeff en su monumental *Social and Economic History of Roman Empire* (3 vols. Oxford, 1914) es muy parco en datos sobre la Península Ibérica, con la excepción de la utilización de algunas pocas fuentes literarias. El A. se propone el análisis de la situación social y económica hispana en los años confusos de la anarquía militar y el Bajo Imperio, es decir, desde el año 235 hasta el 414, en que penetra en la Península Ataúlfo, dejando deliberadamente para un trabajo posterior el estudio de la etapa sucesiva hasta el final del Bajo Imperio.

El autor ha dividido su trabajo en cinco partes principales que abarcan el estudio particularizado de las cinco grandes regiones geográficas hispanas siguiendo la división administrativa romana: *Baetica* (págs. 10-52); *Provincia Carthaginensis* (págs. 52-88); *Provincia Tarraconensis* (páginas 89-122); *Lusitania* (págs. 123-144), y *Gallaecia* (págs. 144-156). Cierra el autor su trabajo con unas consideraciones sobre productos hispanos de difícil concreción de la región productora, transportes, impacto de las



invasiones del siglo II en la economía, estudiando finalmente la alta sociedad hispana del Bajo Imperio (págs. 163-182).

Es de destacar la riqueza ganadera de la *Baetica*, especialmente en caballos, como atinadamente pone de relieve el autor manejando copiosísimo material literario, epigráfico, arqueológico y numismático. La descripción de Filóstrato en su *Vita Apollonii Tyanei* (págs. 5-6) da pie para estimar que esta provincia fuera asimismo feracísima en trigo. Datos referentes a la horticultura y frutales en este período no se conocen, aunque es probable que en este aspecto continuara la explotación, como al principio del Imperio, de determinadas clases de hortalizas y frutales. El aceite es uno de los productos de exportación más famosos de la *Baetica* (Estrabón, 3, 2, 6), y se conoce una organización fiscal para la venta de la producción de aceite (CIL, II, 1180; 1184). También las salazones béticas, famosas desde mucho antes de la conquista romana, conservaron su supremacía en esta época. Pero quizá la actividad bética más famosa fuera la minería, principalmente los metales preciosos y la sal. Junto a la industria textil, cobró importancia la cerámica. Todas estas actividades exigían un comercio floreciente, más de exportación que importación, con una industria naval adecuada.

Pero la economía bética se vería perjudicada por las endémicas razzias de la morería africana y por los piratas, como demuestran las fuentes romanas que certifican la lucha de los legados romanos contra estas razzias (CIL, II, 4114; VIII, 2786). Estima el autor que la vida económica de esta región en el siglo IV era todavía próspera, confirmación que encuentra en el hallazgo de tesorillos monetales.

La situación de la *Provincia Carthaginensis* durante el Bajo Imperio era floreciente, y aunque no se conoce una mención concreta de la ganadería en esta provincia en las fuentes literarias, no hay que descartar—según el autor— la posibilidad de que menciones de ganado en general se refieran a ella. Tampoco se conocen menciones concretas en las fuentes literarias referentes a la agricultura de la provincia, aunque para el autor la pintura que Estrabón (3.4.12) trazó de la economía de toda la zona mediterránea hispánica, sería exacta también durante los siglos III y IV. Sin embargo, las minas de las proximidades de Carthago Nova que financiaron probablemente la segunda guerra púnica, y que tanto contribuyeron al incremento del capitalismo romano (Str. 3.2.10), en la época de la anarquía militar ya no se explotaban. Cita el autor a Beltrán (*Las minas romanas de la región de Cartagena*, MMAF, II, 5, 1945, págs. 201 y siguientes), que estima que en la crisis del siglo III pararon casi sus trabajos estas minas. Este dato, como subraya el autor, es de importancia, pues confirmaría la tesis de que la decadencia del Mundo Antiguo se relaciona con el cese de las explotaciones mineras.

Las fuentes mencionan en esta región una importante industria de labra del metal. Hay una serie de broncees cuya romanidad es evidente, pero su provincialismo también, dice el autor citando la opinión de Palol.



Esta idea es muy interesante y nos suscita una fácil asociación de ideas; así como el Derecho Romano en esta época fue vulgarizándose y adaptándose a las exigencias sociales de los pueblos que regía, así curiosamente vemos cómo los arqueólogos justifican en cierta manera como vulgar, piezas cuyo cuño originario romano está fuera de duda.

También el material arqueológico señala unas relaciones comerciales grandes con diversas regiones del Mediterráneo, con Roma, Egipto, etc., incluso se observa un comercio de importación con el norte de Africa, como lo prueba la cerámica estampada recogida en los yacimientos de la provincia. El africanismo está muy claro en una serie de restos arqueológicos de valor artístico, principalmente en Baleares. Las relaciones con Bizancio reciben su prueba en el lote de joyas ilicitanas, y los intercambios con Italia se hacen patentes en los sarcófagos, importados de Roma. Producto exportable sería la púrpura, monopolio estatal en el Bajo Imperio.

Los judíos contaban en esta provincia con alguna colonia numerosa y rica, probablemente dedicada al comercio, lo que indica su localización en la costa, pero asimismo destaca el autor que ya en el siglo iv existían cristianos con grandes fortunas que empleaban su dinero en obras de la Iglesia, que se convierte en una gran potencia económica. También se observa en esta provincia un proceso de tesorización.

La *Provincia Tarraconensis* en la segunda mitad del siglo iv ofrecía, según la correspondencia de San Paulino con Ausonio, un buen nivel económico, manifestado en sus numerosas ciudades de las que menciona tres: Barcelona, Tarragona, la capital, y Caesaraugusta. Se deslindan en esta provincia dos zonas: la primera que comprende el valle del Ebro con la costa, y la segunda que comprende Vasconia y Cantabria. Vasconia, a pesar de la existencia de una ciudad como Flaviobriga, en el Bajo Imperio, estaba muy poco romanizada, como indica la tardía introducción del cristianismo en esta zona.

La región de los Pirineos era una zona cuya principal fuente de riqueza y base económica fue el ganado, y lo siguió siendo en el Bajo Imperio: ganado bovino y vacuno. A la cría de caballos no aluden las fuentes literarias; en cambio —apunta el autor— se conoce documentación arqueológica representando caballos. Fue también importante la cría del cerdo. Asimismo, han aparecido restos marinos, ostras, conchas y otras clases de pesca. También está representada la caza de los habitantes de esta provincia en una serie de representaciones muy documentadas.

Respecto a la agricultura, se cultivó el trigo, la vid, cereales, y la toponimia indica una gran concentración de *fundi*. Aunque ya no se explotaban minerales, las canteras del Medal, en Tarragona, trabajaban intensamente para extraer bloques de labra para la escultura. La industria de la zona se limitaba a preparar metales, y existió gran cantidad de hornos locales para preparar las *dolia*, ánforas y demás recipientes cerámicos que necesitaban las explotaciones agrícolas, vinícolas, aceiteras, etc. Tam-

bién estaba desarrollada la industria del tejido. Existió en Tarraco un taller de sarcófagos muy importante, que si no compite en calidad con los romanos, tiene gran interés para indicar las corrientes locales.

Mantiene la *Provincia Tarraconensis* un activo comercio de importación, como lo prueban los sarcófagos romanos utilizados por algunas familias cristianas; también se importaba vidrio de lujo del norte de Italia. Insiste además el autor en los influjos orientales y africanos en esta provincia. La diferente calidad de los sepulcros indica los grandes desniveles sociales de sus habitantes. Asimismo, se observa el fenómeno de tesaurización.

Aborda el autor el estudio de la *Lusitania* exponiendo el estado de la ganadería y caza. La fama de los caballos lusitanos se conservó en el Bajo Imperio, pero también se criaban cerdos, ovejas, toros, etc. La caza fue muy abundante. No se conocen menciones de pesca. La riqueza agrícola consistía principalmente en olivos, viñas y cereales. La exportación de vino fue un comercio lucrativo, sobre todo después de los repartos de vino introducidos a partir de Constantino. Respecto a la industria, se han encontrado una serie de bronceos que indican buenos talleres de bronceístas. También fueron abundantes los talleres cerámicos y de pintura. El comercio debió de ser intenso con Roma y Oriente, como confirma el *Edictum de pretiis* de Afrodiasias. Las excavaciones arqueológicas muestran que el nivel de vida de la provincia era elevado; asimismo, la descripción completa de la basílica de Santa Eulalia en Mérida, permite sospechar—dice el autor— la buena posición económica de la Iglesia. Los sarcófagos paleocristianos traídos de fuera, indican familias de cristianos lo suficientemente ricos como para importar piezas, que necesariamente eran costosas.

La *Gallaecia* en la punta noroeste de Hispania, según el autor, era probablemente con el norte una de las regiones donde más se conservaría la economía indígena. El tosco latín de las inscripciones, plagado de nombres y epítetos bárbaros, prueban la lenta entrada del latín en el ángulo noroeste hispano. Dentro de esta provincia se destaca Asturias como productora de caballos, y la caza era muy abundante, como se deduce de las representaciones de animales salvajes. La existencia de algunas *villae* parecen indicar un cultivo de cereales, ya que no de olivo y vid, a fines del siglo iv todavía se continuaban explotando las famosas minas de oro de Galicia: una confirmación arqueológica de la riqueza en metales nobles es el tesoro de Deiro, de época de Arcadio. La industria, incipiente, debía ser doméstica en gran parte; los talleres que esculpían las lápidas eran muy inferiores en calidad a los de otras regiones hispánicas. Falta, por otra parte, la escultura romana. La *Gallaecia* debía encontrarse un poco aislada, aunque los viajes de personas famosas desde esta región a Africa y Oriente, prueban que el noroeste hispánico no se encontraba tan aislado. Respecto a la situación económica de la región, informa el autor, que si se observa el ajuar funerario de las necrópolis galaicas, se llega a



la conclusión que el nivel de vida de la población era bajo, aunque ciudades como León, Burgos y Astorga, eran centros de población de gran envergadura. Sobre todo Astorga fue durante el Imperio un gran núcleo de contratación de metales. Se observa también en esta región el fenómeno de tesaurización.

Cierra el autor su trabajo con unas consideraciones generales sobre la infraestructura económica hispana. Dentro de este orden de ideas, menciona las vías de comunicación, que según el llamado Itinerario de Antonino, de tiempos de Caracalla, llegado a nosotros en una versión de los tiempos de Diocleciano, enumera 32 itinerarios con un total de 8.152 millas romanas (11.614 kilómetros), lo que prueba la tupida red viaria hispánica (excepto el norte) que facilitaban toda clase de relaciones. Pasa luego el autor a estudiar (a nuestro juicio parvamente) la administración financiera. Creemos que en este punto habría mucho que decir; habría que insistir en los efectos de las medidas fiscales a partir de Constantino, estudiar la reforma tributaria de Diocleciano y su influencia en Hispania, etcétera. También aborda el autor la influencia de las invasiones germánicas en Hispania, con sus consiguientes destrucciones. Hace también una revisión de las fortificaciones y fuerzas militares, cuyo alojamiento causaría molestias de todo tipo a la población, que contribuiría a su sustento, de forma que cuando los bárbaros penetraron en Hispania en el 407, los campesinos no hicieron nada por impedirlo y los recibieron como libertadores. Tanto las fuentes literarias como las arqueológicas, señalan una diferencia profunda en la sociedad del Bajo Imperio. La diferencia entre *honestiores* y *humiliores* sin ser tan acusada como en otras partes del Imperio, también se observaba en Hispania. Las clases privilegiadas serían los *consulares*, los *praesides*, el clero (a partir de Constantino), los altos cargos militares, algunas familias hispanas muy enriquecidas, que poseerían grandes latifundios. A su lado habría otros grupos no tan privilegiados, comerciantes e industriales al por menor (muchos de ellos judíos, según el autor). En cambio, el campesinado en el siglo IV se hallaba en una situación lamentable, aplastado de contribuciones, en gran parte todavía pagano, como deduce de los cánones 40 y 41 del Concilio de Elvira.

El A. concluye su trabajo con unos índices de nombres de personas y dioses, de localidades y gentes antiguas y modernas, y de materias, que hacen más ágil su consulta. Hemos de añadir que hace gala de un riguroso método de investigación, con un copiosísimo recurso a las fuentes antiguas de todo tipo: literarias, epigráficas, arqueológicas, numismáticas, etcétera. Quizá echemos en falta una mayor referencia a la administración fiscal. Creemos que un estudio completo de la historia de Hispania Antigua, deberá recoger los inúmeros problemas que se derivan de la aplicación de los impuestos de Roma; en parte la crisis de inflación gigantesca que sufrió el Imperio romano a partir del siglo III tendió a remediarse con medidas fiscales, cuyos efectos se sintieron en nuestro país, como en todo el Imperio. Tampoco habrá que descuidar la incidencia que



en la vida hispana provocan las normas de Derecho público romano: la administración de las ciudades, el nombramiento de los *curiales*, los servicios exigidos por los municipios, funcionamiento de la *curia*, etc. Sólo nos queda felicitar cordialmente al autor por la brillantez y profundidad de su trabajo, fruto de su larga dedicación a la arqueología hispano-romana, que habrá de llamar la atención no sólo de historiadores y arqueólogos, sino también de los romanistas preocupados por la influencia de Roma en nuestra Patria.

ARMANDO TORRENT

CALONGE, Alfredo: *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*. Salamanca, Imprenta Núñez, 1963; 248 págs.

La verdad es que hasta ahora no se había hecho un estudio histórico completo de la compraventa de cosa futura, trabajo que constituyó la tesis doctoral del autor. Como señala el prologuista, profesor Fuenteseca, este estudio constituye una valiosa aportación en materia de compraventa, tanto por su contenido como por el método empleado en la investigación. Se trata de un análisis de la compraventa de cosa futura desde Roma hasta los actuales ordenamientos jurídicos europeos, siguiendo las líneas de desarrollo del Derecho privado continental, si bien el autor advierte en la introducción que prescinde de estudiar los Derechos orientales e incluso del Derecho griego, por entender que puede partirse del estudio del Derecho romano dada la especial autonomía de éste.

En la parte I (págs. 17 a 49), el autor aborda la compraventa de cosa futura en Roma, partiendo del conocido texto de Paulo D. 18. 1. 34. 2, donde aparece reconocida la posibilidad abstracta de una *emptio rei futurae*, que los juristas romanos desarrollaron en dos líneas fundamentales: *emptio rei speratae* y *emptio spei*. Observa el autor que todavía en época de Pomponio (D. 18. 1. 8 pr.), regía el principio de la no existencia de venta sin cosa presente que se vendiese, aunque el mismo Pomponio reconoce que *fructus et partus futuri recte emuntur*, que para el autor representarían ventas condicionales: al producirse el *partus* o el *fructus* se retrotraían los efectos y la *emptio* se suponía perfecta *ab origine*, estimando el autor que éste parece ser el mecanismo de la *emptio rei speratae*. Mayor novedad significa la *emptio spei*, que si en la práctica significa la compraventa de una cosa futura, en teoría es la compra de una posibilidad; por ello, en el fondo, la concepción romana significa la compra de algo existente en el acto de la misma: la «posibilidad» (el entrecorillado lo añadimos nosotros) de la captura de peces en el lanzamiento de una red, o la posibilidad de captura de monedas lanzadas al público. El objeto de la compra sería el *alea* o *spes*, alcanzando con ello la *emptio* romana un punto máximo de elasticidad, estableciendo a la

vez el verdadero germen de los posteriormente llamados contratos aleatorios.

Parte el autor en su estudio de la *emptio rei speratae* del conocido texto de Pomponio (9 *ad Sab.*) D. 18. 1. 8. pr., en su opinión bastante alterado (pág. 23), estimando que, probablemente, Sabino sólo mencionaría la compra del *partus*, que Pomponio extendió al *fructus* llevado por la idea de futuridad y operando ya con la noción de retroactividad en los efectos; estima por otra parte el autor, que el origen claro de esta institución hay que verlo en la estipulación de cosa futura; también la *in diem addictio*, *lex commissoria* y la *emptio pondere numero mensura* —ventas condicionales— aparecen como antecedentes de la *emptio rei speratae*. Estudia el autor los conceptos romanos de *partus* y *fructus*, especialmente el *fructus futurus*, concluyendo que característico de la *emptio rei speratae* sería la futuridad de la cosa objeto de la compra.

En la *emptio spei*, por el contrario, lo que se vende se da en el momento del contrato, pues no es la esperanza, sino el azar, el objeto del mismo, no afectándole para nada el que la esperanza se realice o no. Analiza el autor el *alea*: azar en sentido pleno, y la *spes*: esperanza más o menos fundamentada. Dentro de la compra del *alea* entraría el *iactus retis* y *missilium*, y en el segundo supuesto entraría la *emptio spei hereditatis* y la *emptio spei obligationis*. Afirma el autor que en la *emptio spei*, la cosa, la *spes*, pasa al comprador bajo el supuesto de una *traditio in incertam personam* en el caso del *iactus missilium*, y directamente por *occupatio* en los demás casos, señalando como notas características de la *emptio spei* la ausencia de responsabilidad por evicción, y la inexistencia del *periculum*, excepto en casos de dolo del vendedor (D. 19. 1. 12). La obligación del *emptor* de entregar el *pretium* nacía directamente desde el acto consensual que había dado lugar al contrato. En rigor —dice el autor—, era una obligación *ab origine* exigible desde el primer momento, aunque ciertamente en la práctica no sabemos cómo se desarrollaban los hechos.

Pasa luego el autor a examinar algunas aplicaciones analógicas de la *emptio spei* por la jurisprudencia, estudiando en primer lugar la *emptio spei hereditatis*, deduciendo el autor de D. 18. 4. 11, que se concibe perfectamente el negocio de compra de la *spes hereditatis* (vid. nuestra opinión en cierta manera divergente, en Torrent, *Venditio Hereditatis*, Salamanca, 1966, págs. 161-162). También ve el autor otra aplicación analógica, no de la *emptio spei* sino de la *emptio rei speratae* en el *fugam vendere* (D. 48. 15, 2; D. 18. 1. 35. 3). También aporta analógicamente la venta del *servus alienus heres institutus* (Gayo, 2. 189), aunque este texto no habla de venta de *spes hereditatis* respecto a estas transmisiones de esclavos, como reconoce el mismo autor, que acaba la parte romanística exponiendo la *emptio spei* y *pretium periculi* a partir del caso del *foenus nauticum* de D. 22. 5. 6, que parece presentar el concepto de *alea* como idea correspondiente al ámbito de lo propiamente aleatorio frente a la noción de *periculum* o riesgo.



En la parte II dedicada al Derecho medieval (págs. 53-100), el autor informa que en el Derecho visigodo (pág. 58), no es posible hablar propiamente de compraventa de cosa futura. Sin embargo, en el Derecho de los francos parece haber alguna referencia a los contratos aleatorios, señala el autor, siguiendo a Tácito, *Germania* 24. Más interesante parece ser el Derecho longobardo; cita el autor a Besta que estima que la tradición italiana repugnaba reconocer en el *alea*, juego, una justa causa de responsabilidad; se considera mal vista la apuesta, y, en general, todo negocio en el que se encierra la idea de aleatoriedad. Salvioli, sin embargo, arrancando de un momento posterior, presenta para el Derecho italiano un cuadro inmenso de contratos aleatorios, aumentando y perfeccionando el número de los contratos romanos, proliferando las apuestas y el juego de lotería.

Para el Derecho de la alta Edad Media española, el autor, siguiendo la doctrina tradicional, estima que es una época en que predomina la influencia del Derecho romano vulgar, aunque hay algunos textos que parecen apuntar a una compraventa de cosa futura, como en el título 122 del *Libro de los Fueros de Castilla*, y en el *Fuero de Ledesma* donde se regula la venta del animal preñado, y en varios textos de la familia del *Fuero de Cuenca*. En el Derecho musulmán de esta época no se admiten, en general, las especulaciones sobre cosa futura, aunque se advierte una mayor flexibilidad para la venta de cosechas.

Con la difusión en toda Europa de los estudios romanísticos por obra de los glosadores en los siglos XII y XIII, renace la compraventa de cosa futura con los caracteres romanos. La *emptio rei speratae* viene considerada como compraventa condicional, y la *emptio spei* como aleatoria, como se desprende de los textos de Irnerio, Azón, Accursio, Baldo, etc., que examina el autor.

La recepción en Castilla hace encontrar principios romanos en torno a la compraventa de cosa futura en el *Fuero Real* 369, y *Partidas* 5. 6, 11, 12, 13; también en Cataluña, en el *Código de las Costumbres de Tortosa*, y en la *Pragmática de Alfonso III* de 1334 recogida en las *Constituciones de Cataluña*. En Aragón, hasta el siglo XVI no es fácil encontrar en las fuentes menciones de compraventas de cosa futura; no obstante, la legislación es muy abundante en materia de venta de frutos (*F. de Aragón*, I, 4; *Vidal Mayor*, V, 27). También en Valencia hay referencias a la institución (vid. *Fueros de Valencia*), y asimismo en Navarra (cfr. *Recopilación de las Leyes y Ordenanzas del Reino de Navarra*, III, XXVII, I).

En la parte III, dedicada a la doctrina histórica moderna, siglos XVI a XIX (págs. 103-165), el autor pasa revista a las diversas opiniones doctrinales que sobre el tema se dieron. Estudia en primer lugar la literatura teológica-jurídica de la época áulica española. En este punto, como señala el profesor Fuenteseca en el prólogo, la investigación del autor alcanza un ápice de gran originalidad por manejar fuentes directas de la biblioteca universitaria salmantina no utilizadas hasta ahora. Parten los teó-



logos-juristas de valoraciones ético-morales, y así señalan Luis de Alcalá y Francisco García, que la compraventa de cosa futura será lícita y segura cuando en el momento de realizarse la venta exista duda de lo que la cosa ha de valer y se ponga el precio de tal manera que el peligro corra por igual para comprador y vendedor. También Tomás Carevalio aconseja que no se deben realizar ventas de frutos fijando el precio desde un principio, pues, en tal caso, si no se llegan a coger los frutos o resultan de peor calidad o a más precio del que fueren comprados, el contrato viene a resultar usurario. Hay otros teólogos que sin desprenderse de sus módulos ético-morales, realizan una valoración jurídica más completa, a la luz de los textos romanos o de las *Partidas*, como Bartolomé de Albornoz, Miguel del Palacio, Azor, Antonio Gómez, Luis López, etc. Por estas implicaciones morales, la ilicitud del azar del juego les lleva a una discriminación sobre el tipo de *alea* comercial, para evitar especulaciones inmorales con el azar, y así se observa en Raffaele de Turri que presenta la *emptio spei* como venta de un *incertum*, llegando a la opinión peregrina de Bartolomé de Albornoz que califica la *emptio spei* como «contrato de alquiler».

Expone luego el autor el pensamiento del iusnaturalismo racionalista que llena en Europa los siglos xvii-xviii, y que prepara un amplio horizonte a la ciencia jurídica posterior. Grocio no hace mención alguna al problema de los contratos aleatorios, aunque considera susceptible de una cierta valoración la *spes*, que aparece más nítida en Cocceius equiparando el *periculum* al *alea*, y en Vinnius, que sigue ya plenamente la doctrina clásica romana. También Pufendorf recuerda estas compraventas, y Noodt, que sigue la doctrina romana, como también Wolff y Heinnecius.

El dogmatismo jurídico va a alcanzar su más alta expresión en el Derecho de Pandectas. Analiza el autor la posición de Keller y Wendt, a su juicio las más acertadas respecto al tema, para analizar luego el pensamiento de Arndts, Dernburg, Windscheid, Voet, Van Wetter, etcétera, encajando entre estos autores algunos otros que no son claramente pandectistas como Domat y Pothier, pero que incluye a títulos de sistematizadores dogmáticos del Derecho Romano.

En la parte IV de su trabajo (págs. 169-214) el autor expone el problema en los códigos, recogiendo también las doctrinas actuales sobre el tema. Después de estudiar el problema en la codificación francesa y filiales (entre las que se cuenta nuestra Código civil), se detiene en los Códigos alemán y suizo, para acabar en el C. c. italiano del 42, que contiene la más perfecta regulación legal de la institución, exponiendo seguidamente la moderna doctrina civilística sobre el problema, que el carácter histórico de este ANUARIO nos releva de reseñarlas. Finaliza su trabajo el autor con unas conclusiones, referidas fundamentalmente al Derecho actual, con observaciones *de iure condendo*. El trabajo lo cierra con unos índices de fuentes, bibliográfico y topográfico, que facilitan la consulta de esta obra, que como bien dice el prologuista, viene a constituir un

ejemplo de lo que los juristas alemanes denominan *Dogmengeschichte*, y que en todo caso, reafirma la validez de los estudios históricos en el ámbito de la ciencia jurídica. Está claro en este trabajo cómo el núcleo romano de la compraventa de cosa futura, ha sido el módulo que con mayores o menores matices ha informado toda la evolución posterior del instituto, tema que creemos ha puesto suficientemente de relieve el autor, que con este trabajo prueba su gran aptitud para la investigación histórico-jurídica.

ARMANDO TORRENT.

CENDERELLI, Aldo: *Ricerche sul «Codex Hermogenianus»*. Milano, Giuffrè, 1965; pág. 273.

Parte el autor para su análisis del *Codex Hermogenianus* (C. H.) de las líneas generales que considera consolidadas, que en su día sentaron Mommsen, Jörs y Rotondi, proponiéndose aportar al cúmulo de estudios sobre el C. H. algunas nociones nuevas a través del examen de aspectos y problemas que hasta ahora habían permanecido en la sombra, fundamentalmente afrontando el problema de una reconstrucción sistemática y palingenésica del C. H., exponiendo el *status quaestionis*, tarea que muestra en el primer capítulo de su trabajo (pág. 1-18).

En el segundo capítulo (pág. 19-60) el autor examina el material justiniano al objeto de establecer una palingenesis del C. H., partiendo para ello de las líneas sentadas por su maestro, el Prof. Scherillo, es decir, de un estudio de los títulos que aparecen en el *Codex Gregorianus* (C. G.), y que de éste pasaron al *Codex Justinianus* (C. J.), aunque también estima con Scherillo, que a veces el C. H. presentase títulos que faltaban en el C. G., fenómeno más frecuente a la inversa, debido al carácter más general de las subdivisiones del C. H.

Cree el autor (pág. 23 y sigs.) haber llegado a clarificar cómo entre los 765 títulos que contiene el C. J. se encuentra material procedente del C. H. en 289 de los mismos. También observa cómo en aquellos títulos justinianos cuya rúbrica tiene un marco más general, el material *ex Hermogeniano* es más abundante que en los relativos a aspectos particulares de institutos singulares, o que correspondieran a subdivisiones posteriores de la exposición. Así, los compiladores justinianos, extrayendo las constituciones dioclecianas del 293 y 294 del C. H., no hicieron una obra de reestructuración total de las subdivisiones que contenía, sino que se limitaron a escoger del conjunto de las constituciones examinadas, el material todavía utilizable para dejarlo en su sede original, y sólo excepcionalmente redistribuyeron constituciones singulares en otras sedes más específicas, y precisamente bajo rúbricas preexistentes en el C. G. (pero ausentes en el C. H.) o derivadas del *Codex Theodosianus* (C. Th.), o quizá de creación directa justiniana. Esta comprobación hace posible



—hipotiza el autor— aventurarse a realizar en cierto modo una labor de signo contrario a la realizada por los compiladores justinianos, reconstruyendo sobre la base del material que éstos recogieron, y observando el modo cómo lo utilizaron, para llegar a unos esquemas, los más cerca posibles, al original del C. H. Naturalmente, advierte también el autor de las mutilaciones, cortes y subdivisiones que probablemente hicieron los justinianos de las constituciones recogidas en el C. H., como ya había advertido Rotondi, aunque también estima posible que las subdivisiones de constituciones de los años 293 y 294 estuvieran ya presentes en el mismo C. H. (pág. 29) debidas a exigencias de sistema. En las págs. 30 a 60 expone el autor el cuadro de conjunto de la distribución de las constituciones procedentes del C. H. en el C. J.

En el capítulo III (págs. 61-140), el autor se propone la reconstrucción analítica del sistema del C. H., examinando para ello el material *ex Hermogeniano* comprendido en cada uno de los 12 libros del C. J. La verdad es que muchas veces es clarísima la derivación de títulos en el C. J. del C. H., pero otras veces es muy hipotética esta derivación. No obstante, el autor afronta con valentía el problema y pretende llegar a resultados claros en este orden de cosas. Sin embargo, nos parece que algunas de las metas a que cree haber llegado son demasiado hipotéticas, aunque no debemos negarle el mérito de haber estudiado los diversos títulos con gran objetividad y fino espíritu crítico. Para ello se remite muchas veces al C. G. e incluso llega al C. J. a través de los títulos del C. Th., con la ayuda otras veces de Vat. Frag. o de la *Cons.* Con todos estos elementos, se puede hacer una reconstrucción bastante segura de los títulos del C. H. unas veces; otras, los resultados serán meramente hipotéticos, quizá debido a la escasez de referencias que muchas veces se observa en el C. J.

En el capítulo IV (págs. 141-181) el autor afronta la palingenesia del sistema del C. H., advirtiéndole lealmente al lector que transcribe la rúbrica de los títulos con tipos de imprenta diversos, según el grado de seguridad al que cree haber llegado en su investigación, es decir, distinguiendo aquellos casos en que la existencia del título en el C. H. es cierta, de los que su existencia es sólo probable, e incluso de los casos en que su existencia sería meramente hipotética o dudosa.

Advierte también (pág. 142), que aunque en el C. H. las constituciones se subseguían muy probablemente en orden cronológico, en su reconstrucción el autor no está a este orden dado la escasez o incertidumbre de datos idóneos para fecharlas, y ha preferido citar las constituciones según el orden justiniano para referir luego las fuentes prejustinianas, citándolas en orden decreciente a la probable mayor vecindad entre éstas —en el texto y en el tiempo— y la compilación original. Es de agradecer al autor en su palingenesia el que atribuya a cada título un número de orden que facilita la consulta, y aunque señala que tal numeración no corresponde al original, no dudamos de su indudable carácter práctico.



Por eso, sin entrar a prejuzgar del acierto del autor, que en líneas generales nos parece altamente notable, hemos de decir que en la palíngenesia que propone es donde creemos que ha llegado a resultados mejores, y en todo caso, ofrece al especialista un sistema del que habrá necesariamente que partir para el estudio del sistema del C. H. Particularmente interesante nos parece el rico aparato crítico con su abundantísimo apoyo en fuentes prejustinianas, que nos ofrece un panorama luminoso y comparativo de las fuentes jurídicas romanas de época postciásica.

Finalmente, en el capítulo V (págs. 183-243), el autor aporta datos biográficos sobre el jurista Hermogeniano y sus obras: C. H. y *Libri iuris epitomarum*. (Sobre esta última obra contamos con la magnífica monografía de Liebs, *Hermogenians iuris epitomae*, Göttingen, 1964. Vid. recensión de d'Ors en SDHI 30 [1964], págs. 422 y ss.). Hoy es sabido, y el autor está en línea con la doctrina tradicional, que Hermogeniano, compilador del *Codex* publicado el 295 que lleva su nombre, debía tener sin duda libre acceso a los archivos imperiales de Oriente; probablemente sería un funcionario imperial de cierto relieve.

Ante todo, el autor cita las noticias del poeta Sedulio (págs. 185 y ss.), que, en su opinión, se refiere al C. H. cuando señala: *Cognoscant Hermogenianum, doctissimum iuris latorem, tres editiones suis operis confecisse*, entre otras razones porque un *epitome iuris* que orgánicamente trata de todos los aspectos del Derecho vigente, se prestaría menos a reelaboraciones y posteriores ediciones que una colección de constituciones imperiales. Problema distinto sería precisar si han habido tres ediciones del *Codex* por parte de Hermogeniano. Para el autor (pág. 187), es improbable la idea de reediciones revisadas del C. H. después del 295; está claro por el contrario, que las constituciones posteriores al 294 —aun admitiendo hipotéticamente que fueran añadidas al C. H.— serían escogidas esporádicamente y sin ningún criterio metodológico apreciable. Por otra parte, hay que tener en cuenta que aunque Sedulio no era un jurista, y que podría haber interpretado mal alguna noticia erudita que le hubiera llegado, tendría una idea clara del significado de la palabra *editiones*, para el autor no referible simplemente a tres diversas redacciones tardías del C. H., como indica Rotondi.

Cree el autor partiendo del estudio de las alteraciones y subdivisiones contenidas en las constituciones del C. H., que no puede excluirse que Hermogeniano después de haber efectuado con toda urgencia una primera publicación del material del que disponía, haya retornado más tarde a publicarlo dos veces más, con el objeto de releendo y reeditando el material recogido, poder corregir las inexactitudes anteriores o las lagunas, procediendo donde fuera oportuno a subdividir constituciones en títulos diversos, o a la repetición de una misma constitución que formulara principios jurídicos diversos en distintos títulos. Así podrían explicarse algunas divergencias en el modo de formularse la *subscriptio* en algunas constituciones, y otras alteraciones que se observan en las diversas fuentes que recogen material *ex Hermogeniano*.

Siguiendo a Liebs, el autor identifica a Hermogeniano con el *praefectus praetorio* de Maximiano que entendía poco después del 300 de las persecuciones contra los cristianos, según las noticias de la *passio S. Sabini* de los *acta sanctorum*. El hecho de que este funcionario radicaba en Occidente, plantea el problema de si fuera él mismo el compilador del *Codex*. La verdad es que como dice Liebs, y sigue el autor, no es raro el caso que altos funcionarios imperiales fuesen trasladados de una a otra *pars imperii*, tanto más cuanto que en la estructura política diocleciana el cargo de *praefectus praetorio* era, al menos formalmente, único para todo el Imperio sin límites territoriales definidos para el ejercicio de sus funciones. Ciertamente que el *praefectus praetorio* era un cargo militar, pero el mismo Liebs hipotiza que el jurista Hermogeniano hubiese sido nombrado *praefectus praetorio* por Maximiano precisamente porque en el marco de las sistemáticas persecuciones contra los cristianos, el emperador podía necesitar un consejero capaz de tomar las medidas más oportunas, incluso en el terreno jurídico. Considerando además, dice el autor (página 198), la rareza del nombre Hermogeniano, hace poco verosímil que puedan haber vivido contemporáneamente dos diversos juristas con el mismo nombre, y ambos trabajando en la órbita de las cortes imperiales.

Los mismos argumentos valen al objeto de identificar el compilador del C. H. con el autor de los seis *Libri iuris epitomarum*, que los compiladores del Digesto utilizaron con cierta largueza. Este punto es más complicado en cuanto no está admitida con generalidad la fecha del *ep. iuris*. Ciertamente hay algunos textos que podían inducir a estimar que el *ep. iur.* fuera del siglo IV: D. 4. 4.17; C. Th. 11. 30. 16; D. 1. 11. 1. 1; D. 37. 10. 15; D. 46. 1. 65, etc., y que examina el autor frente a parte de la doctrina que entiende ser de época postclásica la referencia al *ep. iur.* de Hermogeniano (entre otros, Pringsheim, Flume, Steinwenter, Riccobono, etc.). Sin embargo, el autor cree que el *ep. iur.* es de una época anterior, de los primeros años del 300, apoyándose para ello fundamentalmente en D. 48. 15. 7 (Herm. 5 *iur. ep.*). En este texto está claro según Levy y Berger, que Hermogeniano no habría podido mencionar la condena *ad metalla* para el *plagium* después de una constitución de Constantino (C. Th. 9.18. 1) del año 315 que la abolió, y por tanto el *ep. iur.* habría sido escrito en época diocleciana. Cita también el autor (págs. 222 y ss), siguiendo a Liebs, D. 5. 1. 53 (Herm. 1 *iur. ep.*) que permite datar el *ep. iur.* antes de Constantino, como asimismo D. 1. 18. 10, y D. 50. 4. 1 pr.

Con todos estos datos, el autor (págs. 232 y ss.), observando la contemporaneidad sustancial entre el C. H. y el *ep. iur.* trata de esclarecer si una investigación de carácter sistemático que abarcara ambas obras, pudiera eventualmente aportar elementos aptos para la identificación de los dos autores en un mismo jurista. En lo que se refiere al C. H. el autor parte de los resultados de su reconstrucción palingenésica; para el *ep. iur.* estima que más que recurrir a las palingenesis que de esta obra hay (Lenel, Liebs), el intérprete debe fijarse en un fragmento transmitido



por los compiladores justinianos en el que Hermogeniano se preocupó de enunciar el sistema expositivo al que se iba a atener en su *ep. iur.*, tanto más valioso en cuanto que, en general, los juristas romanos no se preocuparon de fijar la sistemática de sus obras. El texto en cuestión es D. 1. 5. 2 (Herm. 1 *iur. ep.*):

Cum igitur hominus causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.

Como vemos, en primer lugar Hermogeniano expone la parte dedicada a los sujetos de derecho y los problemas inherentes; el resto de la exposición la hará siguiendo el sistema del Edicto, para el autor debido a que el *ep. iur.* estaba dedicado a un gran público de lectores avezados en la sistemática edictal. Para todas las demás materias conceptualmente extrañas al sistema edictal, Hermogeniano anuncia que las relacionará con aquellos capítulos del Edicto que en vía analógica hicieran referencia a argumentos cercanos, y tuvieran afinidades conceptuales con los de las rúbricas edictales.

El examen paralelo de la sistemática de ambas obras, permite fijar algunos puntos de contacto entre ellas (y asimismo divergencias), que para el autor fundamentalmente se centran en la base común de ambos sistemas en el orden del Edicto perpetuo, que si en el *ep. iur.* Hermogeniano se separó en origen para crear una parte general relativa a las personas, en el *Codex* falta completamente, con la consecuencia del diverso orden de inserción de la parte relativa a las personas en los distintos títulos del *Codex*. Y en cuanto no puede ser negada una cierta analogía de exposición sistemática, al menos en el plano metodológico, entre el *ep.* y el *Codex*, bien puede verse en ello, dice el autor, un indicio o una prueba, aunque no incontrovertida, a favor de la identificación en un único jurista del autor de ambas obras, aunque ciertamente el *Codex* sea anterior al *ep.*

Cierra el autor su trabajo con unos índices muy valiosos para el especialista que hacen muy manejable la consulta del mismo. Aparte del índice de fuentes y bibliográfico, aporta el autor un índice de las rúbricas, textuales o conjeturales, a las que cree haber llegado, que facilitan el estudio de este trabajo, que en nuestra modesta opinión, representa un esfuerzo valioso en presentar unos resultados de los que indudablemente habrá que partir para el posterior estudio del C. H. Ciertamente que aún quedan por aclarar bastantes problemas en torno a esta obra, como en torno a todas las fuentes postclásicas en general, pero ya el hecho de haber afrontado valientemente la reconstrucción palingenésica del C. H., en la que el autor llega a resultados muy brillantes, avala la personalidad científica de este joven romanista italiano al que los especialistas debemos felicitar por el magnífico trabajo que hemos reseñado.

ARMANDO TORRENT.



*Centenario de la Ley del Notariado.* Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Sección Primera. Estudios Históricos. Volúmenes I y II. Madrid, 1964 y 1965; 722 y 771 páginas.

El 23 de mayo de 1962 se conmemoró el Centenario de la publicación de la Ley Orgánica del Notariado y todos los Colegios de España solemnizaron la efemérides con actos culturales y conferencias. En Sevilla y Barcelona se celebró una Semana Notarial, y en Madrid el Colegio Notarial organizó un ciclo de conferencias que inauguró el Ministro de Justicia. El mismo día 28 se abrió una gran exposición del documento notarial.

La Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España ha querido perpetuar tan memorable fecha con una serie de publicaciones que figuren siempre unidas a este aniversario. Los estudios proyectados se publicarán en cuatro secciones: Estudios Históricos, de Derecho Notarial, Estudios Jurídicos Varios y Fuentes y Bibliografía. Aparecidos los dos volúmenes de Estudios Históricos, principalmente referidos a la Ley Orgánica y a la historia del Notariado, hemos creído oportuno dedicarles aquí un comentario, aconsejable, no sólo por la vinculación temática, sino también por lo valioso de las investigaciones, muchas de ellas realizadas por insignes colaboradores de este Anuario.

El volumen I comienza con el discurso del entonces Ministro de Justicia don Antonio Iturmendi y Bañales, pronunciado el día 22 de enero de 1962 en el Colegio Notarial de Madrid, en el que destaca la importancia de la actividad notarial, así como la contribución del documento notarial a la doctrina del orden público.

A continuación en dicho volumen se insertan los trabajos siguientes:

*El Ministro de Justicia, como Notario Mayor del Reino. Comentarios al artículo noveno de la Ley del Notariado,* es la conferencia inaugural a cargo de Vicente LLEDÓ Y MARTÍNEZ-UNDA, en ella estudia detenidamente el artículo noveno de la Ley en el que se dispone: «El Ministro de Gracia y Justicia es el Notario Mayor del Reino, con las atribuciones que hasta hoy ha ejercido.» Agrupa las funciones del cargo en tres apartados: I, Registro Civil de la Real Familia; II, Protocolo de la Real Familia; III, las restantes atribuciones, de las que enumera algunas por vía de ejemplo. Al concluir reconoce que la fórmula de la Ley es vaga e imprecisa, pero se explica por la dificultad que entraña el encerrar en un solo artículo una gama tan rica y variada de actividades.

A continuación el profesor Alvaro D'ORS publica un estudio titulado *Documentos y Notarios en el Derecho romano postclásico* (págs. 84 a 164), en el que resalta el desajuste histórico que se advierte en las exposiciones usuales del Derecho romano postclásico sobre documento notarial y similares. El autor lo atribuye al planteamiento de Brunner, que ha sido el principal orientador en esta materia, y estima más útil una apor-

tación, aunque no tan sistemática, más histórica; en esta línea presenta una serie de documentos con ocasión de cuyos comentarios perfila los rasgos más sobresalientes del documento y del oficio notarial. Después de hacer unas observaciones sobre los límites cronológicos de la época, destaca la importancia que en el Derecho romano postclásico adquiere el documento y relaciona esta realidad con la expansión de las influencias helenísticas por Occidente. De otra parte, el apogeo del documento se enlaza con el vulgarismo que caracteriza este período y con un nuevo concepto frontal del tiempo, en cuanto el documento está esencialmente proyectado hacia un eventual litigio futuro. La serie de documentos, detenidamente comentados, que forman la segunda parte del trabajo abarca los siglos III a VI y contiene la expresión de diversos actos y negocios jurídicos privados, una reglamentación del documento tabeliónico dada por Justiniano en el año 518 y dos novelas del mismo emperador. Como apéndice se incluye el Reglamento Notarial de León el Sabio, siglo X, que viene a representar el término de la historia del notariado romano y su punto de conexión con la ulterior derivación europea.

La colaboración del profesor Filemón ARRIBAS ARRANZ trata de *Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV* (págs. 169 a 260 más 10 láminas). A juicio del autor, hasta las Cortes de Toledo de 1480 no se promulga una verdadera ordenación de las condiciones exigidas a los escribanos y notarios públicos para el ejercicio de sus funciones. En el nombramiento se daban dos modalidades: por el Rey y por las villas; con frecuencia son los Concejos quienes proponen uno o varios candidatos que el Rey confirma. Todo el siglo está presidido por la lucha entre las ciudades, que intentan mantener sus privilegios en esta materia, y el monarca, que promete muchas veces respetarlos, pero que de hecho los desconoce cuantas veces le place. A finales de siglo, sin embargo, aumentan las escribanías por iniciativa de los propios Concejos. Alude el autor a la regulación del oficio: penas, galardones, forma de actuación, etcétera, dedicando especial atención a los Escribanos de Concejo. El estudio, limitado a los Reinos de Castilla, nos ofrece documentos inéditos del Archivo General de Simancas y algunos municipales de Castilla.

El profesor José MARTÍNEZ GILJÓN aporta unos *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna* (págs. 266 a 340). Y en ellos, después de examinar el estado de la bibliografía y valorar las fuentes, afirma que la organización notarial de la Edad Moderna entronca directamente con la establecida por Alfonso X el Sabio, hasta el punto de que ni siquiera debe considerarse innovadora la legislación de los Reyes Católicos sobre la conservación de protocolos. En esta época, la voz «escribano» tiene diversas acepciones; además, en unos textos se habla de «notarios» y «escribanos» como sinónimos, mientras que en otros, los más, se emplean estos vocablos para designar a oficiales distintos. Tal dualidad terminológica se explica a la luz del *Espéculo* y de la



Nueva Recopilación en el sentido de considerar al notario como funcionario superior al escribano. En el capítulo dedicado al estudio de la fe pública, esencia de la función notarial, aunque advierte el profesor Martínez Gijón la preferencia de las fuentes en aludir con el término escribano a los investidos con ella, señala que no es un atributo exclusivo de la clase escribanil, ya que hay otras personas que también autorizan documentos y dan fe de su contenido: secretarios de la administración central, receptores, corredores de comercio, fieles de fechos, etcétera, cuya competencia delimita. El contenido de la función notarial es doble: escrituraria en la vida jurídica privada y actuaria en la administración judicial y municipal. A mediados del siglo pasado fueron sustituidos en uno y otro campo por los actuales notarios y por los secretarios judiciales y municipales. Se hace también referencia en este trabajo a los deberes especiales del oficio, cuya libertad de actuación estaba muy recortada, al sistema de provisión de vacantes mediante examen y a las medidas encaminadas a mejorar la formación de quienes se dedicaran a esta profesión, y en este sentido se examina la «Instrucción para Escribanos Numerarios y Reales», de 1750, y se estudia la creación de cátedras por el Real Decreto de 13 de abril de 1844.

A seguido, Baltasar RULL VILLAR discurre sobre la *Organización Foral del Notariado en el Antiguo Reino de Valencia* (págs. 343 a 391). La organización constitucional que el Reino de Valencia recibió de Jaime I exigía para la conservación de las instituciones que el monarca aragonés implantó en la zona recién conquistada, el registro y constancia de los derechos y obligaciones individuales y de sus fuentes; el encargado de esta misión era el Notario, que monopolizó la fe pública y recibía el nombre de Escribano cuando actuaba como fedatario de las Cortes de las diversas magistraturas. El autor sistematiza las disposiciones que reglamentan la función notarial en lo relativo a testamentos, régimen económico familiar, contratos y negocios jurídicos, conservación de protocolos, incompatibilidades, aranceles, etcétera. Estudia la figura y atribuciones del notario marítimo, pieza clave de una nave y se ocupa, por último, de la importancia social y formación de los notarios valencianos.

En las páginas siguientes los profesores Manuel FRAGA IRIBARNE y Juan BENEYTO PERÉZ tratan el tema de la *La enajenación de oficios públicos en su perspectiva histórica y sociológica* (págs. 400-472), como procedimiento típico que las sociedades occidentales han seguido para evolucionar de una organización tradicional al Estado moderno y que actúa como ascensor social, permitiendo el acceso a los oficios públicos de los nuevos núcleos burgueses. La venalidad, más o menos encubierta, se advierte ya en el siglo XIII en el área levantina, donde se dan disposiciones para combatirla. En Castilla, las Cortes de Zamora de 1432 piden que las personas titulares de varias regidurías en lugares diversos renunciaran, conservando solo una. Se produce así la *resignatio in favorem*: se designa un sucesor que paga por ser propuesto. Los Reyes Cató-



licos intentan restringir el sistema, pero la política europea de los Austrias contribuye a incrementarla. En las Indias, casi sin excepción, los cargos públicos se subastan desde Felipe II. La doctrina española fue en un principio radicalmente adversa a las enajenaciones pero después la fuerza de los hechos se impuso y acabó inclinándose por la tolerancia. Felipe V, Fernando VI y Carlos III pusieron trabas al sistema, que estaba demasiado arraigado para desaparecer fácilmente. Incorporadas a la Nación todas las escribanías en las Cortes de Cádiz, la Real Orden de 17 de enero de 1848 reconoce que aún no es posible pagar a la numerosa clase de oficios enajenados, y se les da preferencia para la provisión de vacantes. Desde 1855 el Ministerio de Justicia inició una activa campaña de recuperación de oficios. La Ley de 1862 fue la que resolvió definitivamente el problema por cuanto declaró funcionarios públicos a los notarios, unificó su carácter, especializó su función, reguló sus incompatibilidades y extinguió la enajenación.

FAUSTO NAVARRO AZPEITIA aborda el problema de *El conocimiento notarial de los otorgantes antes de la Ley del Notariado de 1862* (páginas 477-512). Tras hacer unas referencias a los Derechos romano y boloñés, inicia el examen del Derecho español. En Castilla, el Fuero Real prescribía que el escribano debía conocer a los otorgantes y saber sus nombres, o al menos, conocer los testigos. Una regulación parecida encuentra el autor en el *Espéculo* y las *Partidas*. El capítulo segundo de la *Pragmática de Alcalá de 1503*, que a través de la *Nueva y Novísima Recopilación* estuvo vigente hasta 1862, establece que en el documento debía constar el conocimiento o desconocimiento que de la parte o partes tenga el Notario. En Valencia y Vizcaya regían la misma ley y práctica. En Navarra, el desconocimiento no afectaba a la validez de la carta. En Aragón, si nadie conocía al otorgante, el notario redactaba el documento en tercera persona. Siendo la tradición española contraria al rigor cerrado en la fe de conocimiento, Navarro Azpeitia explica el sistema establecido en 1862 por la influencia de la ley francesa de 10 de marzo de 1803.

Cierran este primer volumen Eduardo LÓPEZ PALOP y una comisión de colaboradores bajo el epígrafe *La Ley del Notariado de 1862* (págs. 518 a 722), que comprende distintos trabajos:

BONO HUERTA, José: *Los Proyectos de Reforma Notarial anteriores a la ley de 1862*. Desde el siglo XVIII la crisis del Notariado es total. El notario había degenerado en un subordinado del juez, en un mero auxiliar de la justicia. A principios del siglo XIX la situación se caracterizaba por cinco notas negativas: una desorganización general y profunda; una deficiente organización colegial; un desorden disciplinar considerable, sin inspección ni juicios de residencia; el abandono de los estudios notariales, y como consecuencia de tales circunstancias, un nivel moral y técnico muy bajo. Planteada así la cuestión, el autor estudia los proyectos de reforma elaborados, desde las Ordenanzas del Colegio

de Madrid de 1747 que constituyen el primer precedente, hasta el último proyectos de 1859.

QUEREDA DE LA BÁRCENA, ALFONSO: *El proceso de formación de la Ley del Notariado*. Como introducción, dedica un comentario al proyecto de ley de 3 de febrero de 1859 que establece la unidad notarial, separa las funciones de fe judicial y extrajudicial, hace desaparecer el sistema de enajenación, exige fianza, etc. Inserta a continuación los siguientes textos: Ley Orgánica del Notariado, el Proyecto de Ley reformando las disposiciones sobre el Notariado, el Proyecto de Ley del Notariado presentado al Senado por la Comisión dictaminadora y el Proyecto de Ley del Notariado en la versión propuesta por la Comisión dictaminadora del Congreso. En las páginas siguientes analiza, paso a paso, los avatares que sufrió el primitivo texto hasta llegar a cristalizar en la redacción definitiva.

MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, JOSÉ ANTONIO: *Estudio de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862*. En una recapitulación previa expone la situación notarial que precedió a la Ley Orgánica de 1862. En el aspecto estructural, la función notarial anterior a la Ley se nos presenta como pública, reglada y concerniente a toda clase de actos jurídicos, tanto procesales como extraprocesales. En el aspecto dinámico distingue entre la función notarial y su estatuto. Teleológicamente es relevante la tutela preventiva o cautelar de las situaciones y relaciones jurídicas privadas. Afronta el autor la crítica de la Ley, cuyo artículo primero contiene un auténtico compendio de la función notarial. El Notario es funcionario público y el estatuto de su organización descansa en tres puntos sustanciales: unidad de órgano, publicación absoluta y despatriarmonización plena del oficio. Termina enjuiciando de forma general esta Ley, desde el punto de vista de la época en que se dió y desde el actual.

LÓPEZ PALOP, EDUARDO: *La Legislación Notarial desde la promulgación de la Ley hasta el Reglamento de 9 de abril de 1917*. Los principios fundamentales de la Ley, en apariencia consustanciales a la misma, han desaparecido o se han sustituido por sus contrarios, sin que exista una derogación expresa de aquélla. La organización corporativa, las sustituciones, jubilaciones, turnos para la provisión de vacantes, permutas, excepciones, zonas notariales, reparto de documentos, etc., son creaciones reglamentarias no pocas veces opuestas al espíritu informador de la Ley. La materia originadora de mayor número de disposiciones, casi todas contradictorias entre sí, es la relativa al ingreso en la carrera y al sistema de oposición. De la Ley, en materia de oposiciones, sólo resta el principio fundamental de que sea este medio el único admitido para ingresar y nunca las enajenaciones. Finalmente, trata López Palop la cuestión de la libertad del público para la elección del Notario, problema que ha sido objeto de las más apasionadas discusiones.

El volumen segundo se inicia con un trabajo del Profesor Juan IGLESIAS,



*Orden jurídico y orden extrajurídico* (págs. 11-52). La norma, a más de jurídica ha de ser natural, ajustada a la realidad, de acuerdo con supremos criterios generales. Ahondando en el Derecho romano, resulta patente que está actuado por una dualidad de fuerzas: las jurídicas y las extrajurídicas; genética y funcionalmente, el Derecho está ligado con lo que no es propiamente Derecho. Nutrido de religión, el *ius* es voluntad y fuerza sobrenatural, razón divina de los vínculos que ligan a los hombres entre sí. El autor demuestra cómo el rigor de las instituciones jurídicas romanas se templea con el juego de unas fuerzas e ideales sociales, de unos valores extrajurídicos: la *fides*, la *humanitas*, la *pietas*, la *bonitas*, la *utilitas*... De esta forma, el pueblo romano crea un pasmoso orden de vida —de la vida que se hace en común— por general concierto de afanes, querer, impulsos y sentimientos.

El Profesor HERNÁNDEZ-TEJERO nos ofrece *Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho romano arcaico* (págs. 57-121), que obedecen a la necesidad de revisar el pretendido radicalismo y la severidad que se atribuyen al Derecho romano arcaico. Uno de los principales puntos de apoyo para mantener la creencia de que el Derecho de las XII Tablas fue rígido y hasta cruel, es el precepto *Partes secanto*; sin embargo, teniendo en cuenta las teorías más autorizadas, el autor desentraña su significado para concluir que no es ni siquiera probable la existencia de tan terrible norma de ejecución procesal. El precepto decenviral sobre la triple venta del hijo, el *ius vitae ac necis*, el acceso de los peregrinos a las *legis actiones*, el *metus*, el antiguo derecho de propiedad, las obligaciones entre romanos y extranjeros y otras muchas cuestiones son valoradas por el autor y reconducidas a sus justos términos, después de un examen crítico de las doctrinas sobre ellas existentes.

Con el título *Escudriñamiento y Otorificación. Contribución al estudio de la reivindicación mobiliaria en el Derecho español medieval* (págs. 129-335), el Profesor Luis G. DE VALDEAVELLANO estudia los procedimientos especiales admitidos por nuestro Derecho de la Edad Media para reivindicar los bienes muebles sustraídos o extraviados. La querrela por robo o hurto procedía cuando la sustracción no era descubierta en el momento de cometerse o cuando, perseguido el ladrón, no se había hallado la cosa dentro de un plazo determinado. Solamente si probaba en juicio la culpabilidad del sospechoso podía el demandante recuperar la cosa o su valor y percibir la correspondiente indemnización. Al descubrir el robo, la víctima podía llamar a los vecinos («apellido») y seguir con ellos el rastro del delincuente; si conducía a algún lugar habitado era posible un registro domiciliario («escodrinañiento»). Encontrado el producto del robo, el dueño lo recuperaba sin más formalidades, mientras que los habitantes de la casa podían exculparse de la acusación de hurto cuando habían accedido a la inspección y designaban la persona de quien habían recibido la cosa, esto es, su garante u «otor». Este, a su vez, se justificaba presentando al que se la cedió y se desenvolvía así una segunda fase del «esco-



driñamiento» caracterizada por la comparecencia en juicio de los «otores», la llamada «otorificación». El Profesor García de Valdeavellano destaca la existencia en nuestros fueros locales de estas formas de reivindicación y su identidad sustancial con las de los derechos populares germánicos.

Sigue un estudio de los Profesores José ARIAS RAMOS y Juan Antonio ARIAS FONET, *La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del Título 5.º de la Quinta Partida* (págs. 341-433). El examen detenido de las leyes de este título pone de relieve la primordial relación que mantienen con las doctrinas de Azón, pero se advierten también evidentes contrastes. Para explicarlos hay dos caminos practicables: la *Summa Codicis* no fue el único modelo utilizado sino uno más entre otros varios; o bien, los redactores castellanos se sirvieron de un escrito semejante a la referida exposición de Azón, pero no enteramente igual, diverso sobre todo en la contextura formal, tal vez unos apuntes escolares derivados de las propias explicaciones azonianas. En el trabajo que comentamos se estudia la regulación de que fueron objeto el precio, el consentimiento, el riesgo, la evicción, los casos de doble venta y otros aspectos esenciales de la compraventa en que resaltan las analogías y divergencias entre el texto de las Partidas y los de los juristas boloñeses.

A continuación se publica una *Contribución al estudio de la Historia del Notariado en Alemania* (págs. 439-469) de Wilhelm SCHMIDT-THOME, de la que se deduce que el establecimiento del Notariado en Alemania no fue cosa de escolares alemanes de Universidades italianas, porque, como afirma el autor, los estudios universitarios no eran obligatorios para ejercer la profesión. Son muy escasas las noticias sobre los planes de preparación y formación de los candidatos al oficio; debían saber leer y escribir, y cuando se trataba de eclesiásticos, generalmente, habían completado los estudios de Teología. En cuanto a la manera de autorizar los documentos, el Notario, sobre la base de una negociación oral ante testigos, hacía un borrador que luego extendía en limpio. Desde mediados del siglo xv el problema más agudo con que se enfrentaba la clase notarial era el excesivo número de miembros, por lo que muchos tenían que acudir a una segunda profesión para poder vivir. Las primeras modificaciones no tuvieron lugar hasta fines del siglo xviii; la fundamental, que cambia toda la organización se produjo en 1798, al establecerse en los territorios conquistados el Notario de tipo francés. Al final del trabajo se insertan seis láminas con temas alusivos al Notariado alemán.

Pone fin a estos Estudios Históricos Miguel MUÑOZ DE SAN PEDRO con su trabajo *Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales* (págs. 473-758), de los que se desprende que los escribanos de número desempeñaban una misión semejante a la que llevan a cabo los actuales notarios: intervención en los actos de la vida jurídica privada y formación de protocolos. De esta categoría escribanil se ocupa el autor en unas páginas preliminares, donde encontramos también comentarios previos relativos a los Archivos de Protocolos y a los protocolos extreme-

ños en particular. En el repertorio documental que ofrece van recogidos un total de cien documentos, otorgados ante escribanos en tierras de Extremadura desde el siglo XIII hasta el XIX, ordenados cronológicamente. En la transcripción se respeta la ortografía de los textos, con algunos retoques que, sin afectar al léxico, dan una racional regularización al uso de mayúsculas y de signos ortográficos. En calidad de apéndices, aporta unas relaciones de escribanos de las dos capitales extremeñas, Badajoz y Cáceres, cuyos protocolos se conservan, de los notarios que ejercen la profesión en el año de 1962 en la región y de los Decanos del Ilustre Colegio Notarial de Extremadura. Completan el trabajo unas reproducciones de los signos de algunos notarios y escribanos.

ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ

CERVENCA, Giuliano: *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milán, Giuffrè, 1965; 199 págs.

El autor ha abordado un tema al que actualmente la doctrina romanística dedica bastante atención, subsanando el olvido que la *restitutio in integrum* había sufrido durante más de veinte años. El trabajo está dividido en cuatro partes: en la primera (págs. 7-60), examina el autor algunos problemas —los principales— referentes a la estructura general de la *i. i. r.*, en relación al sistema del *ordo iudiciorum privatorum*; en la segunda parte (págs. 61-125), estudia la *i. i. r.* en el marco de la *cognitio extra ordinem*; en la tercera (págs. 127-163), considera el instituto tal como se presenta en la época postclásica, y en la cuarta (páginas 165-194), estudia el tema en el período justiniano.

Se pronuncia el autor en contra de Martini —que entiende ser justiniana, basándose en D. 4.6.1.1, la no exigencia de la *causae cognitio* en la *i. i. r.*— por la necesidad de tal *causae cognitio*, exigencia que se observa en la apelación a ésta que ve en la *restitutio* de los menores de edad, entre otros factores, aunque considera (pág. 19) que en la última época clásica, cuando escribía Modestino (D. 4.1.3), la función del magistrado debía prácticamente reducirse a la fiscalización de la certeza de los hechos alegados por las partes.

Dedica el autor nutridas páginas al estudio de las providencias, mediante las cuales el pretor concede la *i. i. r.* En este punto, la doctrina —que examina críticamente el autor— se halla dividida. Una parte de la misma sostiene la tesis —defendida principalmente por Carrelli— que el procedimiento de la *i. i. r.*, en todos sus casos de aplicación, estaría siempre subdividido en dos fases: la primera, desarrollada exclusivamente ante el pretor, sería concluida por un *decretum* pretorio emitido *causa cognita*, del que dependía la rescisión del acto impugnado; la segunda fase consistiría en un *iudicium* tal, llamado *iudicium rescissorium*, a través del cual se hacían valer las consecuencias prácticas de la rescisión. Otro



sector de la doctrina —representado por Lauria— sostiene que el *decretum* de *i. i. r.* se pronunciaría solamente en algunos casos, sobre todo en materia administrativa o penal, pero normalmente el pretor acordaría la *i. i. r.* sin tal *decretum*, concediendo directamente al interesado la *actio rescisoria*.

El autor se pronuncia contra la tesis de Carrelli, basándose para ello en: a), la gran escasez de textos en los que se haga mención de un *decretum* para la *i. i. r.*; únicamente en cuatro textos podría verse operando este *decretum*: D. 3.1.1.10; 4.4.29.2; 4.4.47.1; C. 2.39.2; b), la presencia de otros textos en los que la *i. i. r.* aparece concedida directamente por medio de la concesión de la *actio rescisoria*, textos que el autor examina concienzudamente.

Cuando el autor examina en la segunda parte de su trabajo la *i. i. r.* en el sistema de la *cognitio extra ordinem* de la época clásica, observa, en primer lugar, cómo los funcionarios de la *cognitio*, el *praefectus urbi*, en lo que concierne a la concesión de la *i. i. r.* tendían a sustituir en la misma Roma al pretor urbano, magistrado que en época anterior era el único con autoridad suficiente para conceder la *restitutio*; este fenómeno de progresiva sustitución del pretor por el *princeps*, en orden a la concesión de la *i. i. r.*, no es más que un aspecto del fenómeno más complejo de la progresiva decadencia que la magistratura pretoria experimenta a lo largo de la época clásica, particularmente en el período posterior a la codificación del edicto (pág. 66). Ahora la actividad de la cancillería del *princeps*, dirigida a la concesión de la *restitutio*, no sólo puede decidir sobre la concesión del remedio, tratándose de una *causa de restitutio* ya prevista abstractamente en el Edicto, sino que también puede establecer nuevas causas de *i. i. r.* no contempladas directamente en el texto edictal. De esta intervención innovadora de la cancillería imperial en la vida jurídica de Roma, hay numerosas fuentes que examina el autor como D. 8.3.35 (Paul., 15 *ad Plaut.*); D. 43.19.19 (Ulp., 70 *ad Ed.*); C. 2.12.4; D. 4.6.26 (Ulp., 13 *ad Ed.*); Gayo, 2, 163, etc.

Al estudiar el autor el procedimiento de la *i. i. r.* en la *cognitio extra ordinem* clásica, sigue el método de compararlo con el procedimiento de la *i. i. r.* en el *ordo*. Así observa que si en éste se iniciaba con la *postulatio*, en las fuentes del siglo III, por el contrario, se utilizan otros términos para ello (págs. 83 y ss.), principalmente *contestatio*. También observa, frente al sistema procesal anterior, que ahora es necesaria la presencia en juicio de la parte contra quien se invocaba la *restitutio* (pág. 89). A través de un examen paciente de numerosos textos, el autor concluye (pág. 124) que la *i. i. r.* se habría transformado de hecho en una *actio* durante la época clásica.

Pasa luego el autor a considerar el régimen de la *i. i. r.* en los siglos IV y V. De la regulación general del instituto en época postclásica, contenida en dos constituciones de Constantino, recogidas en C. Th., 2.16.2 y 2.7.2, deriva el autor varios cambios. En primer lugar, el origi-



nario *annus utilis* viene sustituido por plazos más amplios, diferentes, según el lugar donde se desarrollase el procedimiento, destacando el autor cómo Constantino, al instituir los nuevos plazos de la *restitutio*, sólo considera el instituto referido exclusivamente a los menores de edad, sin citar cualquier otro caso posible de aplicación de la *i. i. r.* (pág. 131), pero salvo esto, no representa ningún cambio notable respecto al procedimiento de la *restitutio* en la *cognitio extra ordinem* clásica.

Considera el autor cómo la *i. i. r.* (págs. 141 y sigs.) pasó a llamarse *integri restitutio* en las fuentes de los siglos iv y v, cambio que estima debido a la evolución realizada en la estructura misma del instituto, hipotizando con Levy, que *integri* sea genitivo de *integrum*, no de *integer*, cambio terminológico que se verificó sobre todo en Occidente, porque en Oriente sigue dominando la terminología tradicional, como atestiguan un texto de los *Scholia Sinaitica* 35, una constitución de Zenón (C., 1.12.16), y toda la legislación de Justiniano.

También observa el autor (págs. 147 y sigs.) como a partir de la constitución constantiniana recogida en C. Th., 2.7.2, el campo de aplicación de la *i. i. r.* se limita al único caso de la menor edad, recalando que en las fuentes postclásicas el instituto aparece citado con un significado diverso del que ya había llegado a ser técnico: *actio* (págs. 154 y sigs.). De la *interpretatio* a C. Th., 2.16.2, y a *Paul. Sent.*, 1.7.4 y 1.7.3, se observa que los intérpretes no consideran la *i. i. r.* como un medio técnico, sino que la identifican con el fin perseguido que es la consecución por alguno de la restitución íntegra de cosas. Ahora la *i. i. r.* se ha transformado de medio jurídico en efecto (de restitución material) que alguno persigue a través de la proposición de una *actio*, fenómeno que el autor encuentra no sólo en los textos jurídicos postclásicos, sino también en algunas fuentes literarias de época posterior, como Isid. *Etiym.*, 5.25.36.

Aborda el autor la *i. i. r.* en la edad justiniana, señalando el escaso interés que la doctrina ha mostrado por el instituto en esta época, del que se limita a subrayar su decadencia respecto al modelo clásico (Savigny, Dernburg, Duquesne, Biondi, etc.); en esta época la *i. i. r.* no sería sino un simple residuo de la época clásica, inútil por la prevalencia de otros medios más eficaces y justificándose su presencia en el *Corpus iuris* por el espíritu tradicional de los compiladores. Examina el autor la tesis de Levy que estima que en el siglo vi se habría verificado una plena disolución de la *i. i. r.* en una *actio* o en una *exceptio*, sosteniendo que Justiniano consideraba la *i. i. r.* como instituto válido para su tiempo y que, por tanto, la actividad de los compiladores implicaba un renacimiento del mismo. Esta tesis es la que más convence al autor (págs. 169 y sigs.), aunque emite ciertas reservas a las consideraciones de Levy sobre la esencia de la *i. i. r.* en esta época. Levy sostiene que la *i. i. r.* se consideraría en este momento, no como un determinado expediente judicial como en la época clásica, sino por el contrario,

desde el punto de vista sustancial, como un derecho de impugnación que se funda en una norma legal, de lo que deduce que el derecho a la *i. i. r.* podría encontrar satisfacción fuera de un procedimiento judicial, de igual manera que cualquier otro derecho que es hecho valer en juicio sólo si no es satisfecho.

El autor se opone a Levy, argumentando que el hecho que la ley reconozca a los interesados en determinadas hipótesis un derecho subjetivo a la *restitutio*, no excluye de por sí la necesidad de un procedimiento para hacer valer tal derecho; el carácter procesal (y no sustancial como quería Levy) de la *i. i. r.* justiniana no puede excluirse, ya que se evidencia en algunas fuentes de la época de Justiniano, tales como el escolio de Taleleo a C., 6.61.8 (Bas., 45.4.11.1, Hb., IV.542); Novela, 119.6 (a. 544), entre otros.

También refuta el autor la tesis de Carrelli que sostiene que para Justiniano la *i. i. r.* no es otra cosa que una causa de suspensión de la prescripción, haciéndole observar (págs. 179 y sigs.) la constitución del mismo Justiniano contenida en C., 2.50.8 (a. 529), que distingue netamente el derecho a la suspensión de los plazos de prescripción del derecho a la *i. i. r.* Para el autor en la época de Justiniano el principio de la *longi temporis praescriptio* en favor de un ausente *ex iusta causa*, no se confunde (como dice Carrelli), sino que coexiste con el remedio de la *i. i. r.*

El autor defiende la naturaleza de acción rescisoria de la *i. i. r.* justiniana, aplicable (según C., 2.52.7, que sustituye para la *restitutio* al clásico *annus utilis* el nuevo plazo del *quadriennium continuum*) «*non solum in minorum restitutionibus... sed etiam in maioribus*», entendiendo por *maiores*, en relación con C., 2. 52.2, a aquellos sujetos que «*rei publicae causa afuerint vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati*», constitución que, como se observa, trata solamente de la *i. i. r.* en relación con los menores de edad y con los ausentes; de este hecho deduce limpiamente el autor que de la reforma del cuatrienio quedan excluidos implícitamente todos los restantes beneficiarios de la *i. i. r.* clásica. Pero si se observa que la rúbrica en que está colocado C., 2.52.7, dice: «*De temporibus in integrum restitutionis tam minorum aliarumque personarum, quae restitui possint, quam heredem eorum*», ello induce al autor a pensar que dicha rúbrica se refiere a los «*tempora*» dentro de los cuales la *i. i. r.* debía ser obtenida por parte de todos los derechohabientes a ella en la época justiniana, ya se trate de menores de edad como de cualquier otro beneficiario de ésta. Y dado que las constituciones recogidas bajo esta rúbrica (entre las cuales C., 7, es la única de Justiniano) tratan todas sólo de la menor edad de los ausentes, parece razonable al autor (pág. 190) considerar el *aliarumque personarum*» de C., 2.52, referido sólo a los ausentes mencionados en estas constituciones, lo que le lleva a concluir que sólo la menor edad y la ausencia son las únicas causas de *i. i. r.* contempla-



das por los compiladores justinianos, conclusión que estima confirmada en el examen de conjunto de los textos que constituyen la *sedes materiae* de la *i. i. r.* en el Digesto y en el *Codex*.

En resumen, nos parece éste un trabajo interesante, bien construido por el autor, con un manejo hábil de la crítica de interpolaciones, y una referencia exacta de la doctrina sobre la *restitutio*, que merece nuestra enhorabuena. Podría quizá discreparse en la interpretación que el autor da de algún texto concreto que, en todo caso, según nuestra modesta opinión, no afectaría de modo fundamental al orden de ideas expuesto.

ARMANDO TORRENT.

CORTÉS, Vicenta: *La esclavitud en Valencia durante el reinado de los Reyes Católicos*. Publicaciones del Archivo Municipal. Valencia, 1964.

La esclavitud, a pesar del acuerdo que existe sobre su efectiva importancia en tiempos pasados, ha sido víctima de una cierta despreocupación a causa de la cual, salvo excepciones notables, la bibliografía es parca y adolece de graves lagunas. Por eso, cuando aparece una obra rigurosa y con sólido apoyo documental tendente a colmar una de ellas ha de ser bien recibida.

Es interesante el encuadre espacial (Valencia) y temporal (fines del siglo xv, principios del xvi) del estudio de Vicenta Cortés. En las primeras páginas la autora explica la trascendencia del ámbito acotado: «Valencia había heredado el auge catalán. El mercado valenciano era el más importante de la Corona de Aragón. En su puerto se reunían naves de todas la nacionalidades»; por otra parte, se trata del período «comprendido entre la llegada al Golfo de Guinea, a Negrería, y el descubrimiento de América. Tránsito vital de la Edad Media y principios de la Moderna...»

Los dos primeros capítulos están dedicados a enumerar y explicar las causas por las que se incurría en esclavitud y los lugares de procedencia de los esclavos, respectivamente. Se pasa revista, siguiendo un método casuístico, al por qué de la esclavitud (nacimiento, presa de guerra, etc.), y a continuación al elemento humano, reuniéndolo en «grupos generales que encierran bajo su denominación a gentes emparentadas históricamente». Moros (habitantes de la Península o norteafricanos), canarios, indios americanos y negros (sobre todo de Guinea). Inevitable apreciar cómo en cada caso la llegada de contingentes de esclavos estuvo en íntima relación con la actividad exterior portuguesa y española.

A partir de aquí, las múltiples cuestiones suscitadas por lo que pudiéramos llamar régimen legal de la esclavitud son desarrolladas teniendo en cuenta sucesivamente sus aspectos públicos y privados. Una vez llegado el esclavo a Valencia, era preciso dar cumplimiento a determinados requisi-



tos de cuya reunión emanaba la posibilidad de someterlo a ulterior tráfico. El Bayle general era la persona ante quien se debía presentar al cautivo para que, mediante la oportuna confesión, quedasen recogidos sus datos y aclarada su verdadera condición jurídica de esclavo. El Bayle otorgaba inmediatamente acto público en el que consideraba presentado al esclavo, lo juzgaba de «bona guerra» e insinuaba su puesta a disposición del dueño previo abono del impuesto correspondiente. Es decir, la intervención del Bayle no tenía sólo la finalidad de determinar definitivamente el *status* legal del infortunado (en los supuestos en que no fuera posible hacerlo quedaba sometido a custodia hasta tanto se reuniera información suficiente), sino que, en un segundo momento, cobraba relevancia patrimonial. El ceremonial anterior estaba destinado a convertir al esclavo en objeto impositivo: era estimado su posible precio de venta («ajustado»), del que el actual propietario debía satisfacer el «quinto» a otro funcionario, el Mestre Racional. Anotado el pago, finalizaba el acto. La facultad, exclusiva del Bayle General, de ajustar esclavos, así como de urgir y procurar su búsqueda en los casos de fuga, tuvo repercusiones económicas evidentes, tales como la afluencia de navíos en el puerto de Valencia, que obligaron a los Reyes a abrir un tanto la mano, extendiendo tal prerrogativa al Bayle local de Alicante.

De la descripción de Vicenta Cortés fácilmente se deduce que el fundamento del interés prestado a la reglamentación de la esclavitud tenía raíces económicas: recaudar el quinto del valor en que se estimaba al esclavo. La anulación —directa o menos tajante— por la Monarquía de ciertos privilegios y mercedes que al respecto se habían otorgado con anterioridad a Valencia lo prueba *a fortiori*.

La Corona estaba tan interesada en percibir el quinto (como hemos dicho, su satisfacción era necesaria para poder traficar) como en controlar los movimientos de los seres no libres, siendo también competencia exclusiva del Bayle General otorgar las correspondientes licencias de marcha definitiva, de tránsito o de corta ausencia, según los casos, que limitaban su libertad de acción. El tráfico esclavista proporcionaba ingresos a las arcas reales por este doble conducto: quinto y licencias. Mientras por un mismo esclavo sólo se pagaba el correspondiente quinto una vez, la licencia, en cambio, era necesaria tantas veces cuantas por más o menos tiempo tal esclavo se dispusiera a abandonar el reino de Valencia.

A partir del capítulo V se pasa de la reglamentación pública de la esclavitud a los aspectos privados de la institución. El propietario deja de estar en contacto con las autoridades y funcionarios reales para ponerse en relación con otros particulares. Son tratados sucesivamente varios puntos; en primer término, el valor de los esclavos, determinado por su procedencia: en escala decreciente, los más preciados eran los de raza blanca, los canarios y los moros y, en último lugar, los negros. Más preciadas las mujeres que los hombres.

En general, los precios eran parecidos a los mantenidos en los prin-

cipales mercados europeos. En Valencia, por ejemplo, además de valencianos y algunos castellanos, ejercían con normalidad el tráfico de esclavos mercaderes, sobre todo portugueses e italianos (genoveses, florentinos y venecianos, por este orden); tal intercambio de personas hace lógica la coincidencia.

Naturalmente, este comercio tenía, como todos, su técnica. Se desenvolvía en grande y pequeña escala («mayoristas», especialmente negreros, y «minoristas») e implicaba la intervención de agentes relacionados con los propios mercaderes o con particulares no dedicados profesionalmente al ejercicio del comercio. Nos referimos a los «factores» y «procuradores», verdaderos mediadores, así como a «corredores» e, incluso, «hostaleros», estudiados todos por Vicenta Cortés. Mientras los comerciantes dedicados al tráfico de esclavos necesitaban estar agremiados, los extranjeros, desconfiando de la puesta en práctica de los pactos gremiales, solían acudir a la Baylia en busca de un salvoconducto personal (*quiatge*), que les permitiera gozar de libertad de movimientos y pusiera sus mercancías bajo protección real.

El último capítulo está destinado a fijar la condición del cautivo en el Reino de Valencia. Su situación era de total dependencia respecto del propietario, sin otros derechos que la posibilidad de contraer matrimonio y liberarse. A la variedad de supuestos que originaban la esclavitud correspondía la variedad de causas de libertad. Unas, de carácter público (pacto entre Reyes) y privadas otras: recibir el bautismo con consentimiento del dueño; declaración de carta de franquicia o testamento y, finalmente, el rescate o abono al propietario de la cantidad por la que éste había adquirido al esclavo en cuestión. La cantidad del rescate debía provenir de «fuera de la tierra» (rescatarse «con dinero de la tierra», esto es, de Valencia, constituía contrafuero). La parte expositiva es complementada por otra documental, muy profusa, en la que destacan el índice de los documentos utilizados para la elaboración de la obra y una antología de documentos, provenientes en ambos casos del Archivo del Reino de Valencia.

De la lectura se desprende la subsistencia del patrón romano, mostrándose sobre todo su influencia en puntos tales como las causas de la caída (o nacimiento) en esclavitud, o la condición jurídica de los esclavos. Esa influencia es un telón de fondo sobre el cual se manifiestan las peculiaridades de la época y la estructuración de la vida en muchos aspectos.

Que en la mentalidad de los hombres de aquel tiempo la esclavitud era algo enteramente normal, lo prueba la compatibilidad de la esclavitud voluntaria («empeñarse por deudas») con el ordenamiento vigente, así como la imposición del estado de servilidad en calidad de pena por la comisión de determinados delitos.

La institución fue sometida a una reglamentación simple pero sencilla y relacionada con los problemas que en el siglo xvii se manifesta-



rían descaradamente. Son palpables la motivación económica del interés tomado por la Monarquía y su afán de acumular ingresos. Las fronteras reales de raíz económica y demográfica existentes bajo la apariencia de unidad aparecen igualmente con claridad en el tratamiento de los rescates con dinero de la tierra y en la expedición de licencias respectivamente. La costumbre de la aprisión sin guerra, que recaía ante todo, sobre los moros, coloca en la superficie el problema de la convivencia de formas de vida opuestas representadas por grupos distintos.

Es de lamentar que la concisión perseguida por la autora nos prive del estudio de las múltiples derivaciones de la esclavitud, que hubieran enriquecido todavía más el libro. Tal vez se note menor precisión cuando son tratados aspectos claramente jurídicos (contenido jurídico-fiscal del quinto y de la concesión de guiatges, por ejemplo). De todas formas es sólido por su contenido e interesante por lo que sugiere.

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO

DÉMERSION, Georges: *D. Juan Meléndez Valdés. Correspondance relative a la réunion des Hôpitaux d'Avila. Textes en prose inédits publiés avec une introduction, des notes et appendices, par ...* Université de Bodeaux — Casa de Velázquez. Bourdeaux, 1964.

Hoy en día las Casas de Misericordia, los Asilos, los Hospitales sostenidos por la beneficencia pública o privada resultan anacrónicos. En la sociedad futura no debe ni puede haber miseria. Y en nuestro tiempo ya se reconoce el derecho a la salud y a ser atendido en la enfermedad. La sanidad pública es un servicio prestado por la Administración, o cae dentro de la esfera de la seguridad y asistencia médica a la que el trabajador enfermo o accidentado tiene derecho. El proceso histórico se encamina a la absorción de la beneficencia hacia el miserable o el enfermo, dentro del campo de las prestaciones de asistencia debidas a cualquier trabajador asegurado, o, más ampliamente, a cualquier ciudadano.

Pero esas mismas instituciones de Beneficencia público-administrativa (Hospitales, Hospicios, etc.), fueron un día progresistas. A finales del siglo XVIII en España y fuera de ella se reflexionaba mucho sobre la miseria y la mendicidad; no tanto sobre sus causas socioeconómicas, como acerca de sus remedios en el plano de la gestión administrativa. Meléndez Valdés consideraba el de la Beneficencia «un importante ramo de policía y caridad», cuyas obras debían estar inspiradas por «la Humanidad y la Religión». El reformismo ilustrado español tomará como idea el organizar establecimientos públicos (rescatando los ya existentes en ámbitos de dirección eclesiástica o a merced de la iniciativa privada) en los que tuvieran acogida y fueran cuidados y alimentados los enfermos pobres, y donde quienes no lo estuvieran trabajaran de algún modo, siendo así útiles a la sociedad.



De cómo se llevaron a la práctica estas directrices político-administrativas hay buenos y numerosos ejemplos en este libro (véanse su parágrafo I y la relación bibliográfica final). Pero el tema del mismo es uno de los episodios singulares de aquella empresa de organización de la Beneficencia como función controlada por la Administración: el vivido en Avila desde 1792 por Meléndez Valdés, de cuya personalidad y obra es Demerson un excelente conocedor.

Meléndez Valdés llegó a Avila («esta ciudad miserable y casi toda de mendigos», como la describía él en junio de 1792) con la «honrosa comisión» confiada a él por el Consejo Real de «reunir sus cinco hospitales en uno general, tomar cuentas a sus administradores, inventariar sus libros, escrituras y papeles, hacer un apeo judicial de sus propiedades, destinar las casas vacantes a escuelas de enseñanza de mendigos, fábricas de lana y otros objetos de utilidad...» Desde 1770 estaba abierto el expediente iniciado por el Intendente-Corregidor de Avila para hacer dicha reforma. En general, el Cabildo, y más concretamente, el Obispo de Avila, entonces Mgr. Miguel F. Merino se oponían a ella llevados, en opinión de Demerson, de un celo excesivo en defensa de los intereses de la Iglesia y su clero. La lucha emprendida por Meléndez Valdés en relación con aquella comisión y frente a tales oponentes aparece claramente reflejada a través de las Representaciones dirigidas por el magistrado al Consejo, y también por medio de otros documentos complementarios. (La mayor parte de la documentación publicada por Demerson procede de los Archivos de Avila y del Archivo Histórico Nacional.)

Sin conexión temática con el contenido de la obra, publica Demerson como Apéndice VIII un «Dictamen acerca de los mayorazgos» firmado por Meléndez Valdés en Valladolid a 13 de octubre de 1796, en contestación como Oidor de la Chancillería a una carta-orden del Consejo Real de 1 de julio de aquel año. En él, Meléndez Valdés habla de los mayorazgos en un tono y sentido claramente reformista de la institución, y a través de ella, de la situación agraria del país, punto en el que evidencia la influencia del reciente «Informe...» de su amigo Jovellanos.

Gracias a la fina y erudita labor de G. Demerson, los historiadores del Derecho podemos acercarnos a la figura y a los escritos jurídicos de aquel magistrado ilustrado.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

*La España del Antiguo Régimen.* Estudios históricos editados por Miguel Artola. Fascículo 0: Salamanca, por María Dolores Mateos, Universidad de Salamanca, 1966.

El Fascículo sobre la población, descripción administrativa territorial, régimen señorial y economía de la provincia de Salamanca en el siglo XVIII y principio del XIX, es al mismo tiempo un ejemplo, un «pílo-  
loto» y un primer eslabón de la serie de estudios dirigidos por el profesor

Artola y realizados en equipo en el Seminario de la Cátedra de que es titular.

La idea base de este propósito, ya en vías de ejecución, es, creo, que existen fuentes de conocimiento suficientes para acercarnos a la Historia de España (al menos en siglos cercanos), con métodos estadísticos y cuantitativos de análisis de la realidad. El dato aislado ha de ser sustituido por el «dato en serie» (Pierre Vilar), el caso singular por el fenómeno dominante, el hecho por el proceso, la biografía por la demografía y así sucesivamente, siempre que las fuentes lo permitan.

Los objetivos que la serie de estudios pretenden son (según Artola indica): fijar un mapa político-administrativo, determinar la extensión y características del régimen señorial, analizar la demografía y ofrecer una descripción de la estructura económica. Las fuentes fundamentalmente utilizadas, son, como es de suponer, el *Nomenclátor* de Floridablanca, el *Catastro* de Ensenada, el *Diccionario geográfico-estadístico...* de Sebastián de Miñano, las *Memorias políticas y económicas...* de Larruga, el *Censo de frutos y manufacturas...* (1803) y el *Diccionario...* de Canga Argüelles.

Aunque la obra se emprende en equipo, se ha hecho un reparto de zonas geopolíticas a diversos colaboradores de la Cátedra. La señorita Mateos, encargada del estudio de León, es por ello la autora de este fascículo, parte integrante de su más amplio trabajo. El manejo cuidadoso y atinado de las fuentes generales ya indicadas (aparte de ellas la bibliografía empleada es muy escasa), ha permitido a la señorita Mateos confeccionar catorce meticulosos e interesantísimos mapas, que demuestran la fecundidad del plan de investigación y las personales cualidades de la investigadora.

Creo que lo dicho basta para ilustrar la naturaleza y la importancia de una obra innovadora en sus métodos de trabajo y profunda en su ambición. Su publicación ha sido acogida por el Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, y su edición está financiada por la Caja de Ahorros de dicha ciudad. Están en situación de inminente aparición otros dos o tres fascículos.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE.

GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Casuismo y Jurisprudencia romana. Pleitos famosos del Digesto*. Tip. Faro de Vigo (1965), 178 páginas.

El que escribe estas líneas, tiene la experiencia de explicar varios cursos las clases prácticas a los alumnos matriculados en la cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Salamanca, clases que hemos desarrollado siguiendo los libros de casos del profesor García Garrido. Notamos en la obra que reseñamos un notable avance respecto a la anterior del autor: *Guía para un curso de Derecho Romano* (Santiago, 1964). Ahora el autor ofrece una selección de casos prácticos considerablemente

mayor, planteando una rica problemática que ha de estimular a los estudiantes en el aprendizaje de la asignatura.

Hoy en día, la utilidad de plantear casos prácticos a los estudiantes a lo largo de su formación es algo que está fuera de duda, idea que llevaron a su máxima radicalización los sistemas de Derecho anglosajón con el método del «*case system*». Es sabido que el proceso de formación del Derecho anglosajón se basa, más que en decisiones legislativas formales, en decisiones jurisprudenciales, análogamente al sistema de formación del *ius civile* romano, al menos hasta la época imperial. Por ello, puede decirse con Koschaker (*Europa und das römische Recht*; traducción española de Santa Cruz, Madrid, 1955; págs. 247 y ss.), que el Derecho inglés como el de Roma, era un Derecho de juristas. Por otra parte, la labor de la jurisprudencia romana ha sido muy analizada, fundamentalmente después de los magistrales trabajos de Schulz, *History of Roman legal Science* (Oxford, 1946), y Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar, 1952), que hacen se la pueda estudiar con ciertos criterios armónicos, salvadas las diferencias entre las grandes escuelas de juristas, y entre las grandes etapas históricas del desarrollo del Derecho Romano, en que la labor jurisprudencial fue la gran fuente del *ius*, al menos —como ya hemos dicho— hasta la época imperial. Esta labor vivificadora de la Jurisprudencia, ha sido en nuestra Patria puesta de relieve por Clemente de Diego, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho* (Madrid, 1925, Discurso de apertura de curso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), y más recientemente por Puig Brutau, en otra obra con el mismo título que la anterior, publicada en Barcelona hace algunos años (sin fecha). También el profesor D'Ors ha dedicado nutridas páginas a este tema. (Vid. entre otros, sus *Principios para una teoría realista del Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho 1 [1953], pág. 312; *Una introducción al estudio del Derecho* [1963], pág. 100).

Esta labor de la Jurisprudencia en Roma la conoce muy bien el autor y la expone en la introducción, aportando además breves rasgos de los grandes juristas romanos, que, sin duda, sembrarán en el estudiante de primer curso de Derecho, al que va dirigido el trabajo, el respeto a la grandeza del jurisconsulto romano.

El autor, extrayendo de la cantera riquísima del *Digesto* una serie de casos que discutieron los juristas de Roma, va proponiéndolos para su solución por el estudiante, siguiendo una metodología rigurosa; así, en la primera parte (casos 1 a 32), expone los referentes a la propiedad y derechos reales; en la segunda (casos 33 a 90), los que conciernen a las obligaciones y contratos, y en la tercera (casos 91 a 120), los que versan sobre instituciones familiares y hereditarias. Este orden de exposición de casos lo entendemos muy útil, ya que sigue el orden normal de explicaciones teóricas de las instituciones privadas romanas, y el estudiante irá adecuando las explicaciones teóricas recibidas con el planteamiento y solución de los casos, para lo que ha de considerar el texto jurídico que el autor proporciona en cada momento.



En este orden de ideas, quizá conviniera apuntar a veces algún otro texto, como en el caso 7 «La inundación y los linderos», en el que el estudiante con la información que le proporciona el texto correspondiente, no responde a la totalidad de las preguntas que pueden formularse; pensamos que sería útil citarle algún texto sobre la consideración de las vías públicas y sobre los límites de la propiedad. Igualmente en el caso 8 «Las piedras caídas al Tíber», en que pensamos sería conveniente señalarle algún otro texto relativo a la adquisición y pérdida de la propiedad donde apareciera más transparente la opinión del jurista.

Los casos están muy bien planteados; éste es tema que conoce sobradamente el autor como lo demuestra su ponencia *La técnica del caso y las conexiones en la Jurisprudencia romana*, presentada en el XIX Congreso de la Société Internationale des Droits de l'Antiquité (Glasgow-Aberdeen, 1964), y los expone respetando el supuesto original dictado por el jurista romano; en ellos pueden encontrar los estudiantes tema abundante para el desarrollo de sus aptitudes jurídicas. Muy interesante nos parece, entre otros, el caso 24: «La usufructuaria Friscila y la renta sin cobrar», donde la redacción del texto hace intervenir diversas figuras jurídicas, como el usufructo, arrendamiento, y herencia. Notable también el caso 67: «La fonda sin camas», que plantea toda la problemática de la transmisión del riesgo en la compraventa.

En resumen, nos parece un trabajo muy ponderado, fruto del magisterio universitario del autor en su afán de poner al alcance de los estudiantes una serie de casos prácticos que enriquecerán su contacto con la vida del Derecho. Muy útil nos parece también la referencia que hace el autor de los textos jurídicos por la *Palingenesia*, y no por el texto directo del *Digesto*. Este contacto íntimo con las fuentes del Derecho Romano que impone el autor esperamos que haga fructificar alguna vocación romanística, y, en todo caso, estamos seguros que contribuirá a una mejor formación de nuestras promociones de juristas.

ARMANDO TORRENT

*Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae. Voces latinas y romances documentadas en fuentes catalanas del año 800 al 1100.* Compilado y redactado por M. Bassols de Climent, J. Bastardas Parera, R. Quevedo Sensat, C. Huguet Tribó, J. Viera Grenier, T. Gracia Sahuquillo. Fasc. 3: *bene-captivus*; fasc. 4: *caput-clausa*. Barcelona, 1963-1965, Cols. 258-511.

En el volumen XXXII de este ANUARIO (págs. 614-616) saludábamos la iniciación de esta magna obra de erudición medievalista a raíz de la aparición de sus dos primeros fascículos, y señalábamos las características y cualidades de la misma, la pulcritud y perfección de su desarrollo, y el gran interés y utilidad que ofrecía para las investigaciones de histo-

ria jurídica catalana y aun de otros países contiguos, en los siglos alto-medievales.

Al registrar ahora la aparición de dos nuevos fascículos de este Glosario, hemos de remitirnos sencillamente a aquellas notas apuntadas a la sazón. La dirección del equipo redactor de la misma, integrado en la Escuela de Filología de la Facultad de Filosofía y Letras barcelonesa, hace honor a sus propósitos con una línea de continuidad en la orientación marcada desde un principio. Dentro de la misma, puede afirmarse que supera, si cabe, el nivel manifestado en los primeros fascículos, con una mayor riqueza de exploración textual, un perfeccionamiento en la utilización de las fuentes (así, por ejemplo: desde la letra B, las citas de los *Usatges* se verifican sobre el m. s. de París, no sobre la edición de Abadal-Valls), una mayor amplitud en el empleo de la bibliografía, en las referencias comparativas a textos de otros círculos, y una notoria mayor precisión y detalle en el cuerpo expositivo del significado etimológico, semántico e institucional de los correspondientes vocablos.

Señalemos, sencillamente, como muestra del interés concreto de estos fascículos a nuestro objeto, la inclusión, entre otros, de los siguientes términos: *beneficium*, *blandimentum*, *boni homines*, *braciaticum*, *burgensis*, *cabalcata*, *caballaria*, *caballarius*, *caldaria*, *calumnia*, *cancellarius*, *canonicus*, *capitulum*, *captio*, *caput mansus*, *casalaticum*, *castellania*, *castellanus*, *castellum*, *castrum*, *causa*, *censualis*, *census*, *charta*, *civitas*...

Sólo nos resta reiterar nuestros votos para que la obra prosiga su curso sin interrupción, y en término no demasiado lejano podamos contemplar su feliz conclusión.

J. M. FONT RIUS

HENNESSY, C. A. M.: *The Federal Republic in Spain. Pi y Margall and the federal republican movement. 1868-74*. Oxford at the Clarendon Press, 1962.

La obra de Hennessy es un estudio de una de las épocas más interesantes de nuestro siglo XIX, ya que no trata la República Federal como hecho histórico en un momento dado, por otra parte tan corto, sino que va a remontarse a los años revolucionarios y aún anteriores al 68, tratando de exponer las posibles conexiones de la Primera República española con el ambiente europeo de la época y con todos los acontecimientos que de manera más o menos directa tuvieron conexión con el movimiento federal.

Alude a las dificultades de un conocimiento más próximo de los hechos reales, dada la carencia de datos, debido a que, en principio, y según palabras del mismo autor, lo español no interesa más que en España, y la mayor parte de sus datos están tomados de la prensa y de archivos policiales, y, por tanto, no siempre muy de acuerdo con el sentido real de



los hechos, aunque sí, pensamos, mucho más cerca de ellos que otras fuentes cualesquiera.

Verá la República Federal española como consecuencia del enrolamiento del país en el movimiento europeo republicano que reaparece en el 60, y la influencia de los nacionalismos. Pero en España va a tener unos caracteres peculiares en cuanto que sus propugnadores se basaron en ella como movimiento de regeneración nacional dentro del resurgimiento internacional del Republicanismo. Pi va a constituir la República Federal no como un partido, sino como un movimiento, confiando en los mitos de todo republicano del XIX: regeneración nacional y solidaridad del Republicanismo internacional, aunque pronto se verá que ésta es falsa.

Así mismo, ve al Federalismo como la síntesis del proceso histórico español del XIX, en cuanto que sus defensores, además de la justificación política e histórica, lo mantendrán ideológicamente en términos Hege- lianos.

Nos da una visión plena de todo aquello que constituyó el movimiento federalista. Por una parte, expone el movimiento, la República en sí; por otra, y simultáneamente, recogerá todas aquellas peculiaridades que hicieron del federalismo español algo diferente y original aunque inserto, como hemos dicho, en la renovación republicana europea.

En principio, la República Federal se ve en España como algo regenerador; ya no es posible aceptar una nueva interinidad real. Las ideas de Proudhon a través de Pi van a aplicarse, como ya se habían aplicado en otros países (Rusia), pero aquí se aplicarán sin más, sin crítica, directamente, porque la urgencia de la situación necesita algo nuevo y mejor que lo anterior. Pero la aplicación de tales ideas y su asimilación no será, ni mucho menos, la misma en toda España, pues aparte de los diferentes problemas de cada región, el movimiento, en general, no tiene el apoyo de la masa; es más bien un movimiento de intelectuales, periodistas, de la clase media, un movimiento que podríamos llamar burgués.

Es curioso cómo el autor ha captado todo lo español, y más aún, lo español del XIX: las figuras políticas, los jefes, sus enemistades personales elevadas al plano político en cualquier momento y su apasionamiento. Frente a éstos, la figura de Pi va a ser la antítesis: no será nunca un oportunista, será el idealista inflexible ante su idea de la que no saldrá ni aun por conseguir un triunfo o el poder en un determinado momento. Es interesante también, cómo analiza las diferentes personalidades políticas representativas de las diversas facetas de los partidos, aludiendo así mismo, a la influencia tan marcada de Francia.

En realidad, la ayuda y el apoyo del republicanismo europeo será más teórica que efectiva. A la abdicación de Isabel II y, sobre todo, con la declaración de la tercera república en Francia, las posibilidades republicanas en España se ven más favorecidas que nunca. Pero el apoyo efectivo francés no llegará a darse con la caída de la Comuna de París y Amadeo de Saboya será rey de España.



En realidad, la situación es de un complejidad tal que los factores favorables y desfavorables para el triunfo del Federalismo se dan casi con simultaneidad, aunque bien puede decirse que predominaron los desfavorables:

— División entre los mismos federalistas en tres facciones. El antagonismo entre los jefes republicanos que alcanzará su punto álgido cuando Pi sube al poder, y se verá obligado a formar un ministerio con figuras casi desconocidas, lo que también demuestra el poco apoyo que tenía.

— La guerra carlista se hará interminable y nada puede ponerle fin. Junto a esto, el problema social, rural sobre todo, se recrudecerá con la intervención, aunque nunca muy manifiesta, de la Internacional en el sur.

— El deseo de Pi de conseguir una constitución discutida por todas las facciones republicanas, tampoco se logrará porque cuando se convocan las Cortes los intransigentes se retraerán.

— La incompreensión entre los jefes y la masa como consecuencia del cambio ejercido en el movimiento. Al principio se produce como reacción a una situación revolucionaria, pero después, al convertirse en una fuerza política, los jefes aplicarán las categorías europeas a algo que es propiamente español.

Por otra parte, están los fallos, que pudiéramos llamar virtuosos, de Pi. Sus intentos de política de conciliación en momentos en que lo efectivo hubiera sido la acción enérgica. Su idealismo en una sociedad política donde la realidad estaba demostrando tantos oscuros subterfugios, acentuados en el terreno electoral. Pi sólo podría subir al poder en ausencia de los extremistas, llegando a ser los federalistas una efectiva oposición parlamentaria; sin embargo, la influencia de Pi es temida. La teoría del pacto, punto clave de sus doctrinas, será el núcleo de división entre Unionistas y Federalistas, produciendo una grave crisis para Pi, dado su temperamento, muchas veces apuntado, más de intelectual que de político. Y, además, se le acusa de un excesivo catalanismo, dando lugar a que, a veces, la prensa, acuse injustamente al Federalismo de catalanista.

Con la abdicación de Amadeo de Saboya se provocará la crisis en la que todos esperan su oportunidad. Para los federalistas también es otra oportunidad, pero hay que tener en cuenta que la monarquía no ha sido echada abajo, sino que su derrumbamiento ha sido consecuencia de su propia decadencia, lo cual no les aseguraba mucho en su iniciativa política. A esto se une la eterna actitud de su jefe, antirrevolucionario, de hecho, se entiende; su idea clara de legalidad siempre, frente a las ilegalidades cometidas ahora, a la abdicación de Amadeo, su prudencia que llega a veces al retraimiento, motivando la acusación que muchas veces se le ha hecho de falta de acción.

El anticlericalismo republicano les restará también el apoyo popular y servirá para excitar el ánimo carlista que se les enfrentarán como Cruzada Nacional. El ejército está también relajado, pero, sin duda, el

gran fallo no previsto por Pi, será la declaración por la Diputación, del Estado Catalán, apoyado por la Internacional.

En realidad, Pi, además de su idea de revolución federal que le hace, ciertamente, inflexible, tuvo también el defecto, o más bien la virtud de no ser en absoluto un oportunista dispuesto a aprovechar cualquier posibilidad. Y lo que resulta paradójico es que, acusándosele de catalanista, los catalanes que exigen siempre un gobierno más fuerte, tienen a Figueras en más prestigio que al mismo Pi. Sus intentos de llevar a cabo una política común fracasan ante el número de facciones, pretensiones y problemas propios de cada una de ellas.

Las revueltas cantonales como reacción ante la inacción del gobierno, será lo que determine verdaderamente el fin del Federalismo. Cuando éstas son aplastadas, a los federalistas no les quedan más seguidores que los de Barcelona. Pero aún entre las mismas ciudades no hay coordinación, sino, incluso, rivalidad.

Es interesante el capítulo que al final de la obra dedica el autor a las conclusiones que pueden sacarse después de haber visto el desarrollo del movimiento federalista en España. Indudablemente la rápida caída de la primera república expone la debilidad de los intelectuales en la política. El anticlericalismo y, en la medida en que se atacó al ejército, el antimilitarismo, les logró más adictos en la masa, aunque, sin embargo, a ambos se les ha achacado buena parte de la culpa en el fracaso. Respecto de los campesinos, los que apoyaban al Federalismo, lo identificaban con algo que acabaría con el poder central y emprendería una nueva redistribución de las tierras.

En resumen, en las conclusiones, el autor nos da los datos y caracteres primordiales del Federalismo, como solución española aplicada a un problema también español; los fenómenos típicamente españoles y su influencia en la comprensión y asimilación del movimiento en España. Sus puntos de conexión con el catalanismo de Almirall y con el Anarquismo, sobre todo en lo que respecta a los federalistas revolucionarios y a las mismas ideas de Pi.

Hay que apuntar que además de las páginas dedicadas exclusivamente a la figura de Pi y sus doctrinas, a lo largo de toda la obra hace un estudio de su personalidad humana, reproduciendo las palabras de Azorín sobre el autor de *Las Nacionalidades*: «incorruptible en una sociedad corrupta. Se le recordará no por sus ideas sino por sus cualidades personales». Aunque realmente tampoco se olvida su figura como pensador y como político.

M.<sup>a</sup> INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES.



*Homenaje a Jaime Vicens Vives*, I. Universidad de Barcelona. Facultad de Filosofía y Letras. Barcelona, 1965, 706 págs.

No se ha extinguido todavía, en los medios históricos y culturales de nuestro país, especialmente en el área catalana, como tampoco en el mundo historiográfico occidental, el doloroso impacto producido por la inesperada desaparición de la poderosa personalidad del gran historiador Jaime Vicens Vives, ocurrida en junio de 1960. Ya a raíz de su fallecimiento, un grupo de discípulos del gran maestro, acometió la tarea de preparar una Miscelánea con aportaciones de los amigos, colegas, discípulos e historiadores en general, en recuerdo y homenaje a la gran figura por todos admirada. Tal iniciativa, acogida luego por la Facultad de Filosofía y Letras barcelonesa, a la que perteneció como docente el profesor Vicens, ha cuajado finalmente, gracias a los cuidados editoriales del profesor Maluquer de Motes, en la publicación de un primer volumen del *Homenaje*, en que se recogen los trabajos alusivos a temas generales y de historia antigua y medieval, en tanto se reservan para el segundo volumen, de próxima publicación, los referentes a historia moderna y contemporánea.

Tras una breve presentación del Decano de la Facultad, profesor Bassols de Climent, el volumen se encabeza con una sugestiva evocación de la figura de Vicens, debida a la sabia pluma del ilustre historiador y académico P. Miguel Batllori, S. J., en la que se resaltan vivamente sus rasgos personales y las características de su orientación historiográfica en función de una línea evolutiva que seguía de cerca los movimientos científicos europeos, para proyectarlos en el campo de trabajo de nuestras latitudes. Buen complemento a esta evocación lo constituye la puntual reseña bibliográfica de la labor de Vicens, lista realmente abrumadora y cuidadosamente sistematizada por el equipo de Índice Histórico Español, una de sus más queridas creaciones colectivas.

Los trabajos reunidos en el cuerpo del volumen, debidos a autores españoles y extranjeros, colegas y discípulos, reflejan por su temática la variada técnica de orientaciones y aspectos en que se cifró la actividad estudiosa del maestro barcelonés: historia política y diplomática, económica, social, demográfica, instituciones... Como hemos apuntado más arriba, los artículos del presente volumen se agrupan en cuatro grandes apartados: Temas generales, Antigüedad, Alta Edad Media y Baja Edad Media.

Ofrecemos aquí una sumaria reseña de los trabajos relativos a historia jurídica e institucional, por su relación temática con el ámbito de nuestro Anuario, aun reconociendo el interés científico de los restantes, así como la oportunidad de dedicar a algunos de los reseñados una atención más amplia y especial.



*Antigüedad:*

SERRA RÁFOLS, J. de C.: *Un episodi de la història de Catalunya* (páginas 167-172).

Se refiere a la orden dada por Catón, a raíz de la rebelión de los pueblos hispanos de 196, a. C., de destrucción de las murallas de todos los *oppida* indígenas al norte del Ebro, y que, según las diversas fuentes literarias, fue recibida a través de unas *litteras* para ser ejecutada el mismo día por todas las ciudades afectadas. El interés del episodio radica en constituir el primer testimonio del origen político de la romanización en el territorio de la futura área de Cataluña. La situación de indefensión en que quedaron los poblados indígenas preparó su posterior y lento abandono, y el establecimiento de sus habitantes en las tierras llanas, al amparo de las nuevas circunstancias económicas derivadas de la paz.

*Alta Edad Media:*

ABADAL, R. d': *La monarquía en el Regne de Toledo* (págs. 191-200).

Breve pero agudo ensayo sobre los caracteres esenciales de la monarquía visigótica, personal, pero no absoluta ni patrimonial, por las limitaciones que suponían la *patria* (territorio y población, gobernados, pero no dominados por el rey) y la ley (principio de sumisión general a ley, que alcanzaba también al soberano), al margen de las violaciones prácticas por la ambición del poder. Si el fundamento legal de la titularidad soberana radicaba en la elección regulada conciliarmente, en la práctica predominó, sin embargo, la hereditariadad, preparada por la asociación al trono, que la propia Iglesia apoyó mediante la protección a los hijos del rey, y la unción previa al candidato regio, todo ello sin contar con el papel desempeñado por la usurpación, tan frecuente, y sancionada a su vez por la autoridad eclesiástica. Se examinan rápidamente las instituciones colaboradoras de la potestad regia: oficio palatino, aula regia y Concilios o Asambleas civiles (aparte las reminiscencias de las viejas asambleas militares de corte germánico), mostrando cómo éstas no menguaban dicha potestad, dada la prerrogativa regia de designación de sus miembros, incluso los gardingos y los obispos (éstos, por una regalía práctica claramente anti-conciliar, justificada en atención a su papel de funcionarios-inspectores de la administración local). La posesión y disposición de un sustancioso patrimonio como fisco regio, constituía otra base sustentadora del poder real. Concluye con la fina consideración de que la concepción pública, no patrimonial, de la monarquía visigoda, de ascendencia romana, estimada corrientemente como índice de superioridad política del reino godo, si es cierto que salvó la unidad del mismo, fue el carcoma que royó siempre el Estado, no permitiendo su expansión, y obligándole a vivir sólo para sobrevivir. «La patrimonialidad del Estado

habría supuesto la estabilización de la monarquía, basada en la hereditaria». El intento isidoriano de consolidar la monarquía bajo el sistema electivo constituyó un error de inadaptación cronológica, por inmadurez de la sociedad de su tiempo.

BISHKO, Charles J.: *El castellano, hombre de llanura. La explotación ganadera en el área fronteriza de la Mancha y Extremadura durante la Edad Media* (págs. 201-218).

Esta comunicación a un congreso de historiadores americanos, intenta destacar la significación de la zona fronteriza de la cuenca del Guadiana, y su interés para el estudio de los movimientos de frontera en la colonización de las regiones del Nuevo Mundo. El autor presenta sumariamente, pero con precisión, los condicionamientos geográfico e histórico de la reconquista y ocupación del valle del Guadiana, y el potente surgir de las Ordenes Militares, organización fundamental para el poblamiento y castellanización de la Mancha y Extremadura, con mengua de los concejos reales y total inexistencia de los monasterios regulares. La repoblación del sector se centró económicamente en el desarrollo de la ganadería, presentado como factor de expansión castellana del Norte hacia el Sur, favorecido por el floreciente pastoreo en las tierras del Norte y Centro, y la existencia de ricos pastizales en las nuevas tierras del mediodía. El estudio se enfoca decididamente hacia los diferentes aspectos del desarrollo de la ganadería en fueros y privilegios, fijándose principalmente en las instituciones reguladoras de la misma (esculcas, rafalas, mestas locales o de cañada, etc.) y en la forzada evolución experimentada por la nueva coyuntura que supuso la gran afluencia otoñal de los ganados del Norte hacia las tierras del Guadiana. El antagonismo de las gentes extremeñas y manchegas frente a los pastores norteños inmigrantes, generaría la acción defensiva de estos últimos, agrupándose en una asociación o mesta general, reconocida por Alfonso X, pero que posiblemente se iniciaría entre 1230-1263, según estima el autor, quien pone de relieve, a este respecto, los puntos débiles de la obra clásica de Klein, en orden a los orígenes de la Mesta castellana.

CASTILLO, A. del: *El manso medieval A de Vilosiu* (págs. 219-228).

Reseña de la etapa inicial de exploración arqueológica de un grupo de cuatro antiguos mansos integrantes de la villa medieval de Vilosiu (Villa Ososyl, Villa Aucile, etc.) en la comarca del Alto Bergadán, con presentación de las referencias documentales de la misma, que alcanzan a fines del siglo x. La villa, propiedad de los condes de Cerdaña, fue donada, por este tiempo, al monasterio de San Lorenzo prop-Bagá, con todos sus derechos, pertenencias, dominio y jurisdicción, erigiéndose en su ámbito un templo parroquial. El poblado, siempre bajo potestad de dicho cenobio, parece fue abandonado tras la peste negra de mitad del siglo xiv,



arruinándose lentamente, hasta perderse incluso su rastro documental. Las actuales excavaciones arqueológicas, realizadas bajo la dirección del profesor A. del Castillo, pueden contribuir al conocimiento de la estructura y fisonomía de la antigua villa medieval.

CESSI, Roberto: *Venezia e il regno italico nell'alto Medio Evo* (páginas 229-234).

La posición del ducado veneciano, reconocida por el reino itálico en los pactos carolingios del siglo IX, como perteneciente al imperio bizantino, no se modificó esencialmente en la época otoniana a pesar de las crisis políticas internas del ducado y del cambio de circunstancias. Estas condujeron, ciertamente a una situación política de amplia autonomía, de hecho, pero se mantuvo de derecho la subordinación ideal a la soberanía bizantina. Estima el autor que diversas incidencias en la política de buena vecindad, como determinadas imposiciones fiscales del reino itálico sobre los venecianos, como otros extranjeros, o la resolución en torno a cuestiones fronterizas, en modo alguno plantean un problema de soberanía por parte de dicho reino, ni de mutación del estatuto de relaciones políticas, basado en el antiguo *pactum*, convertido en verdadero *foedus*.

GIUNTA, Francesco: *Un problema de coesistenza alle origini del medio evo* (págs. 243-254).

Proyectando la conciencia de crisis de nuestro momento histórico hacia la época de tránsito del mundo antiguo al medieval, el autor persigue sugestivamente la línea evolutiva trazada por el pensamiento de las grandes figuras coetáneas, cristianas y paganas, en torno al enfrentamiento y coexistencia de Romanos y Bárbaros, en relación con los acontecimientos políticos por ellos vividos. A una inicial actitud pesimista, con acusados toques escatológicos, que culmina con el impacto del saqueo de Roma (410), fue sucediendo una visión más equilibrada, surgida con San Agustín, que confía en una colaboración pacífica entre ambas civilizaciones, convicción de corte providencialista acentuada a medida que los diferentes pueblos bárbaros, especialmente el visigodo, fueron estrechando relaciones políticas con el Imperio. Esta dirección halló su exponente destacado en las figuras del ostrogodo Teodorico y su ministro Casiodoro; sin embargo, la experiencia de aquél en Italia tuvo un éxito más aparente que real, por no haber solucionado el aspecto religioso, lo que, en cambio, supieron realizar visigodos y francos en sus respectivos reinos, verdaderos artífices de una fusión política y cultural entre romanismo y germanismo.

LACARRA, José María: *Aspectos económicos de la sumisión de los reinos de taifas (1010-1102)* (págs. 255-277).

Se estudia, con amplia base documental, el desarrollo del sistema de



parias y las repercusiones de índole económica y política, acarreado por su estabilización en los diferentes reinos cristianos de la Península, a partir de la franca posición de predominio y protectorado ejercida por los mismos sobre el califato agonizante y los taifas sucesores del mismo (la fecha de 1010 marca el giro decisivo).

La amenaza de guerra, la obtención de una paz, el pago de un concurso militar, dieron lugar a la percepción regular de enormes cantidades, de los caudillos musulmanes, que llegaron a alcanzar la consideración de ingresos ordinarios por parte del tesoro de los cristianos. La política de parias fue más intensa y precozmente practicada por parte de los reinos orientales (Ramón Berenguer I de Barcelona se ofrece como prototipo) hasta que fueron eclipsados por Castilla, con Alfonso VI (especialmente tras la ocupación de Toledo) y el Cid, más perdurable en este último, con su dominio levantino que en el soberano, el perder éste su protectorado sobre el S. O. peninsular por la invasión almorávide. Se apuntan algunos datos interesantes sobre el destino de estas rentas, en general, invertidas más bien en empresas de consolidación política y militar de los repetidos reinos (también en donaciones piadosas y tributos eclesiásticos) que en la reactivación de la vida económica, sobre todo industrial y artesanal. Con todo, no deja de acusarse en el tráfico mercantil hacia la propia zona musulmana, o hacia la Europa cristiana, y también en las ampliaciones de las propiedades dominicales y su explotación por parte, sobre todo, de iglesias y monasterios.

#### *Baja Edad Media:*

BATLLE GALLART, C.: *La «Busca». Aspectos de la reforma municipal de Barcelona* (págs. 337-350).

Presentación documentalmente detallada de algunos episodios acaecidos en Barcelona, a mediados del siglo xv en torno a la lucha entre las facciones municipales de la *biga* (clases ciudadanas, oligarquía dominante) y la *busca* (partido popular) para el gobierno de la ciudad, revelándose las intrigas y habilidades desplegadas por miembros de ambos bandos, la intervención de la autoridad real, y alguna manifestación concreta de la poco ejemplar actuación de un afiliado al partido popular.

COLL JULIÀ, N.: *Aportación al estudio de los patrones y de la propiedad de las naves en Cataluña en la Baja Edad Media* (págs. 377-393).

Se esbozan los perfiles característicos del contrato de construcción (o adquisición), equipamiento y subsiguiente explotación de la nave, en el ámbito catalán del siglo xv, a tenor de la ordenación básica contenida en el *Llibre del Consolat de Mar*, ampliamente completada con el análisis de los formularios y contratación privada abundantemente suministrados

por los fondos notariales barceloneses. El referido contrato generaba un tipo de asociación mercantil entre un *senyor de la nau* o patrón —el empresario o propulsor de la misma— y unos *personers* o *parçoners*, a modo de socios accionistas, titulares de un derecho de participación indivisa (generalmente 1/16) en la nave y su explotación. La autora puntualiza la posición respectiva de patrón y *personers*, sus respectivos derechos y obligaciones, cifrados sustancialmente en un derecho de *patronia et dominii* por parte del primero, que le confería la plena y personal dirección de la nave, y en una responsabilidad meramente financiera por parte de los segundos, que les acreditaba una participación en las ganancias y pérdidas de la explotación de la nave, a prorrata de su participación titular, teniendo ambas partes la facultad de transferir a terceros sus respectivos derechos. Se apunta en estas figuras un claro precedente de la moderna sociedad por acciones.

FONT RIUS, J. M.<sup>a</sup>: *El Repartimiento de Orihuela. (Notas para el estudio de la repoblación levantina)*. (págs. 417-430).

El autor de las presentes líneas recensionales presenta en este artículo las características básicas del *Libro del Repartimiento de Orihuela* (m. s. en la Biblioteca de Cataluña, de Barcelona, todavía inédito), como fuente fundamental para el estudio de las operaciones de repoblación y repartimiento de dicha ciudad, realizadas en diversas etapas, entre 1265-66 y 1296, encuadrándolas en el proceso político-militar de la reconquista de su territorio y de los avatares subsiguientes de su dominación por parte de los soberanos de Castilla y de Aragón.

FORT MELIÀ, Concepción: *La Diputación de Catalunya y los payeses de remensa: la Sentencia Arbitral de Barcelona* (1463) (págs. 431-434).

Se da cuenta de un interesante jalón en la trayectoria del conflicto entre señores y payeses de remensa en la Cataluña del siglo xv, representado por la promulgación de una Sentencia arbitral entre ambos bandos, por parte de la Diputación del General y el Concejo Municipal de Barcelona, en los inicios de la sublevación contra Juan II. Aunque se desconoce el texto de esta Sentencia Arbitral, su existencia, circunstancias de su promulgación, gestiones para su ejecución, etc., están ampliamente documentadas, permitiendo una noticia externa de la misma y una idea de su contenido. La Sentencia fue promulgada en 8 de junio de 1463 (ratificada, con algunas variantes en 14 de octubre siguiente), tras laboriosas gestiones efectuadas por una comisión mixta de ambos organismos públicos dentro la línea y espíritu del Proyecto de Concordia publicado en 1462 (dado a conocer por HINOJOSA, *El régimen...*, pág. 305, texto en Apéndice XI). Constaba de 39 capítulos y en ella se abolía la remensa personal y los malos usos, y se precisaba la subsistencia de otras prestaciones. La homologación de la Sentencia por ambas partes interesadas



fue intentada con gran empeño por la Diputación, pero parece que obtuvo una adhesión muy limitada por parte de los payeses (Vallés, Vich, Maresme), hallando una mayor resistencia en el Ampurdán, centro de la agitación remensa. La coyuntura política de los años siguientes (guerra encendida entre la Diputación y Juan II) unida a la obstinación egoísta de los señores, a la desconfianza de los payeses y a la abierta oposición de un grupo de ellos, ahogaron los posibles resultados de esta Sentencia Arbitral.

GRAU, Manuel: *La esclavitud en els termes generals del Castell de Morella (Castellón) (1350-1450)* (págs. 445-482).

Tras un rápido esbozo del desarrollo y características de la esclavitud en los territorios mediterráneos de la Corona aragonesa, en la Baja Edad Media, y otro, algo más prolijo, de su existencia y regulación en el reino de Valencia, especialmente a tenor de los *Furs*, ofrece un abundante e interesante repertorio documental de actos privados relativos a transacciones de esclavos entre particulares, y pleitos derivados de las mismas, correspondientes al sector morellano y a la referida centuria de la rúbrica, suministrado por los fondos notariales del Archivo Eclesiástico de Morella. En general, estas operaciones del tráfico esclavista, se ajustaban a lo dispuesto en la legislación valenciana. (En nota, se alude incidentalmente al hallazgo, en un fondo procedente de Benifazá, de un nuevo manuscrito de los *Furs* de Valencia, en su versión romance, que sería interesante dar a conocer más prolijamente).

GUAL CAMARENA, Miguel: *Para un mapa de la sal hispana en la Edad Media* (págs. 483-497).

Notas introductorias a la problemática general sobre la sal en la historia hispana, así en sus aspectos económicos como jurídicos (gabelas sobre la misma, monopolios, etc.). Ofrece nutrida bibliografía y un copioso índice de noticias documentales sobre el tema en el área peninsular medieval, abreviadas por orden geográfico, y proyectadas en un ilustrador mapa.

LALINDE ABADÍA, Jesús: *La «purga de taula»* (págs. 499-523).

Presenta, con acusada precisión y rigor sistemático, la fisonomía de esta institución, definible como el procedimiento periódico de exigencia de responsabilidad administrativa peculiar del derecho catalán, de los siglos XIII al XVII, consistente en un juicio contradictorio aplicado a los oficiales reales con jurisdicción ordinaria y carácter temporal, y desarrollado a cargo de jueces elegidos por el Rey, que actuaban casi exclusivamente a instancias de parte. Sobre la base de la ordenación legislativa y de la labor doctrinal de los tratadistas, el autor puntualiza



las dimensiones histórica y dogmática de la institución, cuidando de distinguirla de otros procedimientos de responsabilidad (greuges, contrafacción, visita, ésta más tardía) del propio Principado, y de parangonarla especialmente con la *residencia* castellana, de indudable equivalencia, salvo discrepancias particulares. (Un retraso cronológico en la publicación de la obra, ha impedido al autor de utilizar el estudio de Valdeavellano sobre esta última, que le hubiera podido ilustrar sobre el papel del derecho común en la aparición del instituto.) La «purga de taula», aunque sin este nombre en un principio, se institucionalizó fundamentalmente en varias Cortes de Jaime II, completándose con detalles menores en reinados sucesivos, para desaparecer, sin duda, con el Decreto de Nueva Planta filipino. Afectaba a todos los oficiales de jurisdicción ordinaria de cargo temporal (los vitalicios o de plazo indeterminado estaban sujetos a visita), en realidad los de orden inferior (vegueros, bailes, jueces ordinarios, asesores y sus lugartenientes, así como los notarios o escribanos de sus curias), y era ejercida por una comisión de tres *jutges de taula* (cabellero, ciudadano y jurista), para cada veguería, de designación real en Cortes, incoándose los juicios al término de cada trienio, plazo ordinario de desempeño de tales oficios, con posibilidad de apelación ante sendos *Jutges de apel·lació*, también de designación regia. El procedimiento se desenvolvía en la cabeza de veguería, como un juicio contradictorio, con previas garantías o seguridades por parte de los sujetos de la «taula», comparecencia durante 50 días en el lugar del procedimiento, *crida* o pregón público para interponer denuncias o reclamaciones en el plazo de un mes, y tramitación y sentencia en otros tres, con aplicación de penas graves o leves, o absolución, según resultancia de los cargos. El objeto del juicio se ceñía estrictamente a la actuación del oficial real o funcionario en el ejercicio de su función: negligencia en el mantenimiento de la jurisdicción o derecho regios, fraude con daño del rey o perjuicio de su jurisdicción, comisión de injurias singulares a personas privadas o a corporaciones, y otros hechos que realizaran en el desempeño de su oficio, según se detallaba ya en la ordenación básica de 1311. La condena, aparte la sanción correspondiente, acarreaba la inhabilitación para desempeñar en el futuro otro oficio real.

MARONGIU, Antonio: *Nos, qui valemus tanto como vos* (págs. 543-550).

Apunta el ilustre profesor italiano, la invocación de la conocida y legendaria fórmula relativa a la proclamación de los reyes aragoneses contenida en una obra polémica del jurista franco-germánico del siglo XVI Francisco Hotman, para avalar su defensa de la soberanía popular, plasmada, según él, entre otros, en el reino aragonés. Marongiu señala, a este respecto, el papel de la tradición histórico-política aragonesa del cuatrocientos y quinientos, en la elaboración de la idea de una monarquía pacticia y limitada, y especialmente los reiterados pasajes de

Zurita (citado justamente por los editores-continuadores de la obra de Hotman), en pro de la misma. La frase famosa, con todo, no fue sugerida por este analista, sino invención de Hotman o, mejor, formulación literaria de un principio que estaba en el ambiente, y que —según Marongiu— había hallado expresión muy precisa en el *Regiment de Princes*, de Eiximenis, en ocasión de describir este autor la monarquía ideal, según su concepción democrática.

MATEU LLOPIS, Felipe: *Los contratos de arriendo de las Cecas reales. El de Valencia, de 1473* (págs. 551-557).

Presenta y publica el texto del contrato de arriendo de la ceca valenciana, efectuado en 1473, por el lugarteniente del batlle real de Valencia a favor del mercader veneciano, habitante en Valencia, Francisco de Molina. El documento, procedente del Archivo del Reino de Valencia (fondo de la Bailía) encierra un notorio interés en el orden político, jurídico, económico, numismático y lingüístico.

RAU, Virginia: *Presurias e sesmos no povoamento de Portugal até ao seculo XIII* (págs. 567-570).

Sumario esbozo de los principios que presidieron la repoblación y colonización del territorio portugués a raíz de la reconquista. Al primitivo sistema altomedieval de las *presuras* (sin variaciones sustanciales en las características conocidas por los trabajos de Sánchez Albornoz, La Concha, etc.) sustituyó el de los *sesmos*, distribución del terreno concejil en lotes (designados según los seis días de la semana) por parte de los *seismeiros*, oficiales repartidores del municipio. Este sistema, correspondiente a la zona meridional, se practicó a partir del siglo XIII, en consonancia con la nueva situación política y social del país, fortalecimiento del poder público y sólida organización municipal, cuando la división por la presura y apropiación por el cultivo ya no lograban garantizar eficazmente la colonización y roturaciones en los territorios ocupados, ni el orden social toleraba tal sistema. Aporta un documento inédito de 1336 relativo a una distribución en *sesmos* concejiles.

Rru, Manuel: *Una posible fuente para la estadística demográfica medieval: los «Cartells» de cofradías de laicos* (págs. 591-605).

Notas sobre la existencia y funcionamiento de una cofradía laical en la villa pirenaica de San Lorenzo de Morunys (hoy, provincia de Lérida), fundada a mediados del siglo XIV, con fines de verdadera mutualidad de previsión social entre todos los habitantes del término. Examen de varios «cartells» (relaciones nominales de la colecta anual de la Cofradía) del siglo XV, destacando los valiosos datos que arrojan sobre la demografía local, estructura social y económica del vecindario, orientaciones urbanísticas, etc.



SOLSONA CLIMENT, Francina: *Noticia d'un pergami de l'Arxiu Històric Nacional de Madrid, sobre Sant Ramon de Penyafort* (págs. 661-663).

Texto y fotocopia de un documento del fondo de Ripoll, del mencionado Archivo, conteniendo la licencia otorgada por el Santo (comisionado por el Papa) en 1264, a favor del abad de Ripoll, como prior de Montserrat, para vender el castillo de Senán al abad de Poblet, y comprar el de Olesa, cerca del monasterio montserratense. Se relaciona con el doc. CXX del Diplomatario de Mn. Rius Serra, que es el acta de la venta anunciada, y ambos reflejan una operación corriente de concentración geográfica de los dominios monacales.

VERLINDEN, Charles: *L'esclavage en Sicilie sous Frédéric II d'Aragon (1296-1337)* (págs. 675-690).

El ilustre profesor de Gante ofrece aquí una nueva y particular aportación al tema de la esclavitud medieval europea, objeto, como es sabido, de una amplia obra suya en curso de publicación. Tomando como punto central los Capítulos de las Constituciones Friedericianas de 1310, relativos a los esclavos cristianos o en trance de convertirse, de marcado signo favorable a los mismos, presenta, a base de una gran riqueza documental de los archivos notariales de Palermo, la situación efectiva de los mismos antes y después de dicha promulgación, concluyendo que la legislación friedericiana fue poco conocida y observada en orden a los esclavos de origen griego, habiendo ejercido, en cambio, una influencia más real sobre el bautismo de los esclavos musulmanes, sin duda por la situación ventajosa que ofrecía, en estos casos, a los dueños de los mismos.

WOLFF, Philippe: *Finances et vie urbaine: Barcelone et Toulouse au début du xv<sup>e</sup> siècle* (págs. 691-704).

Estudio comparativo realizado con extrema pulcritud metódica y meticulosidad técnica sobre la vida financiera municipal de las dos urbes aludidas, a través de sus respectivos registros de tesorería, de los años 1403-1405. Tras el examen detallado y preciso de los correspondientes sistemas de contabilidad y de los respectivos capítulos de gastos y de ingresos, puestos en comparación, concluye el autor señalando un común esfuerzo en pro de la claridad y exactitud contable, algo más perfecta en Barcelona, un acusado contraste entre las dos masas presupuestarias, que arroja para Barcelona un volumen de ingresos y gastos cuatro veces superior al de Tolosa, un diferente sistema de recurso al crédito, más evolucionado en la municipalidad catalana, y un equilibrio satisfactorio con ligeros déficits en el balance de ambas contabilidades. La diferencia resultante, no explicable tan sólo por la diferente cifra de población (Barcelona, unos 30.000 habitantes; Toulouse, unos



22.000), corresponde a dos situaciones distintas: una capital opulenta, con gran actividad económica, ampliamente autónoma, con un papel regional bien consolidado, abierta a anchos horizontes, frente a una ciudad con existencia mucho más mediocre, esforzándose en organizar su pobreza, sin poder sustraerse a las exigencias reales, a costa de una parte de sus tareas específicas.

Confiamos en la próxima aparición del volumen II de este Homenaje, que venga a completar, con las aportaciones a la historia moderna y contemporánea —campo de trabajo tan centralmente cultivado por Vicens—, este cordial y colectivo tributo de admiración y recuerdo al gran amigo y maestro desaparecido.

J. M. FONT RIUS.

IMBERT, Jean: *Quelques procès criminels des XVII et XVIII siècles présentés par un groupe d'étudiants sous la direction de ...*, P. U. F., París, 1964.

Doce procesos penales fechados entre 1594 y 1793 son ofrecidos (resumidos y comentados) por otros tantos jóvenes discípulos del profesor Imbert como resultado de sus trabajos de iniciación en la investigación. Precede al primero de los procesos un breve pero denso estudio de Imbert (páginas 1 a 12), sobre los principios generales del procedimiento penal durante los siglos XVII y XVIII.

Aunque el texto legal francés básico para esta materia fuera la Ordenanza de 1670, Imbert advierte que al margen de ella o a veces contra sus disposiciones, circulaban dos corrientes consuetudinarias basadas o bien en las obras de los jurisconsultos de la época (corriente homogénea cimentada en los preceptos y obras clásicas del Derecho común), o bien (Derecho consuetudinario particularista) en los usos de los tribunales provinciales, esforzados por conservar prácticas ancestrales. Es esta una observación clave para entender no sólo los procesos posteriores a 1670 sino también para los anteriores a esa fecha, puesto que el peso de una y otra clase de costumbres fue siempre probablemente mayor que el de los textos legales vigentes en cada momento. (Afirmación por lo demás trasladable a nuestros Derechos hispánicos, en los que la vigencia material de la doctrina de los autores y de los usos particulares forenses fue, sin duda, superior a la de los textos legales.)

Imbert, apoyándose en el «droit commun coutumier», analiza los tres puntos típicos del proceso penal de entonces, a saber: la dirección del proceso (justicia retenida o delegada), el sistema de pruebas y el principio del arbitrio judicial en la imposición de penas.

Un aspecto que merece especial atención es el siguiente: aunque normalmente en la Monarquía del Antiguo Régimen el rey no administra

personalmente justicia, sino que delega el ejercicio de esta función en jueces y tribunales ordinarios, continuaba siendo la fuente viva de toda justicia igual que de todo poder. Por ello, en los casos en que le pareciera conveniente podía «retener» en sí el conocimiento judicial de una determinada causa, inhibiendo de ella a los tribunales ordinarios. Sin embargo, en estos casos de «justicia retenida» tampoco juzgaba el rey en persona, sino que nombraba jueces especiales (comisarios), constituyendo así las Comisiones penales extraordinarias. Varios de los procesos transcritos (así, el de Urbain Grandier o el de N. Fouquet) sirven de ejemplo sobre los abusos a que daba lugar este sistema en mano de los reyes, ya que designaban siempre jueces de su total confianza, por lo que las Comisiones nunca ofrecían garantías de imparcialidad. (En el último proceso resumido en el libro, el del revolucionario Camille Desmoulins, junto con Danton y los «dantonistas» en la etapa revolucionaria de 1793-1794, la Convención actuó, como el mismo Imbert subraya, de manera análoga a un rey absoluto, en cuanto que también «retuvo» de hecho la administración de justicia e influyó en los jueces de Danton y su grupo de los llamados «indulgentes». No obstante, en este episodio se trata de razones y aun de mecanismos muy distintos; no es una estructura normal y establemente institucionalizada en beneficio del absolutismo unipersonal del monarca la que impide la independencia judicial, sino una situación revolucionaria que impone rígidamente unos principios políticos indiscutibles y dogmáticos, sobre cuyo enjuiciamiento no cabe lógicamente independencia alguna.)

Los delitos causantes de los procesos reunidos en este libro son diversos: traiciones en varias formas, asesinatos por envenenamiento, sustracción de fondos públicos («peculato»), brujería, falsificación de documento... El interés de las causas es muy desigual; las hay vulgares (como los procesos de Mme. Brinvillier o de Mazel), y muy importantes. Destacando: el proceso de Ravallac, individuo que mató a Enrique IV el día 14 de mayo de 1610, y el famoso «affaire Calas».

El regicidio cometido por Ravallac fue el punto culminante de una serie de frustrados atentados que tuvo que sufrir dicho rey, como consecuencia, principalmente, de los problemas religiosos de su reinado. El autor de uno de ellos, un joven de diecinueve años al parecer influido ideológicamente por un jesuita, en el interrogatorio a que fue sometido a lo largo de su correspondiente proceso declaró que Enrique IV estaba fuera del seno de la Iglesia por su actitud respecto a los hugonotes y, que, por tanto, «...il est permis de tuer les rois suivant la doctrine du père Mariana tirée de l'écriture sainte». También Ravallac parece que tuvo relación con jesuitas; con ello queda apuntada la influencia de la doctrina del P. Mariana sobre el tiranicidio (bien o mal interpretada en la práctica) más allá de los Pirineos.

El proceso de Pierre Calas y otros miembros de su familia por el presunto asesinato de uno de sus hijos, es importante porque muestra las tensiones religiosas todavía existentes en el sur de Francia en 1761 (los

Calas eran protestantes y vivían en Toulouse); pero, sobre todo, lo fue porque Voltaire utilizó este caso para atacar el mecanismo judicial y procesal penal de la Monarquía absoluta; las injusticias cometidas en el proceso dieron pie a que Voltaire y un equipo de juristas criticaran el sistema procesal penal del Antiguo Régimen con ideas y criterios que poco después triunfarían en la legislación.

En estos y en los demás procesos se observan grandes semejanzas (a veces identidades) con nuestro mundo penal y procesal penal de aquellos tiempos. La influencia del Derecho penal común y la igualdad de regímenes político-sociales tenían que producir por fuerza, allí y aquí, unas mismas consecuencias, muy frecuentemente injustas y crueles, por cierto.

La síntesis de las causas (hecha sobre material bibliográfico y en ocasiones documental) y el comentario a las mismas están escritos en todo caso con estilo sobrio, sin caer nunca en fáciles efectismos o truculencias.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

LÉVY-BRUHL, Henri: *La preuve judiciaire. Etude de Sociologie Juridique*. París, 1964; 152 páginas.

Pretende el autor aislar las características típicas de la prueba judicial, en relación con las demás aplicaciones de la prueba, de acuerdo siempre con la finalidad del proceso en cada época histórica. La obra se divide en dos apartados, estudiando en el primero la problemática general del tema, y aplicando en el segundo las conclusiones obtenidas a los concretos medios de prueba, mediante una división en dos grandes rúbricas: la prueba arcaica y la prueba moderna.

En la primera parte del trabajo se analizan los caracteres generales de todo mecanismo probatorio, en el que confluyen tres elementos: incertidumbre acerca de algo, formulación de la convicción necesaria para eliminar esa incertidumbre y, finalmente, el mecanismo para conseguirlo, es decir, los llamados medios de prueba.

Aunque la incertidumbre deja de existir, relativamente al menos, en los casos de evidencia mística y natural, en el terreno judicial esa evidencia es, por lo común, aún más relativa, puesto que, siendo preciso juzgar, sólo se eliminará la incertidumbre en lo posible, por lo que a veces se emplean ficciones o criterios formales, como las presunciones.

La convicción es la opinión que, acerca de un hecho determinado, tiene como evidente el grupo social. Este concepto es más adecuado que el de conocimiento de la verdad, inasequible por demasiado ambicioso. Para alterar esa convicción en el terreno judicial se utilizan los medios de prueba, cuyo objeto tiende, en definitiva, a la homologación del grupo social, la cual, mientras más avanzado sea éste, más se acercará a la estricta investigación de la verdad. Por eso, en las sociedades primitivas, se acude a fórmulas mágicas y no de investigación, y aún en las modernas existe la corruptela de considerar el proceso como lucha entre partes, lo cual, en



algunos ordenamientos, va superándose, concediéndose al juez mayores facultades de investigación.

La prueba arcaica se fundamenta principalmente en la ordalía, en la que el grupo social sólo busca la constatación por la divinidad de la certeza o falsedad de un hecho, o de la inocencia o culpabilidad de una persona, mediante una intervención que, en general, nada tiene que ver con la cuestión debatida. Su característica esencial es la desconexión de lo enjuiciado con la intervención decisoria. Su eficacia radica en la absoluta fe que la colectividad tiene en estas manifestaciones sobrenaturales. Entre las ordalías bilaterales —en que intervienen las dos partes litigantes—, destaca el duelo judicial, que es un combate reñido entre ellas, y en el cual se entiende era el vencedor quien tenía razón en juicio, por estimarse su victoria como manifestación de la divinidad en su favor. Cierta carácter ordálico tiene también el juramento, que es una llamada hecha a la divinidad por quien quiere demostrar algo, invocando sobre sí grandes castigos en caso de mentira. Su fuerza radica en la aquiescencia prestada por el grupo social a estas invocaciones sobrenaturales. Institución interesante es el co-juramento, mediante el cual una serie de personas prestan la garantía de su prestigio a la honorabilidad de otra, acusada de haber delinquido. Tal co-juramento no pretende demostrar la no comisión del hecho, sino que la persona acusada es honorable, y por tanto incapaz de haberlo cometido. Supone un debilitamiento del juramento, por no bastar el del propio reo. También tienen carácter sobrenatural las llamadas «fórmulas de procedimiento», en las cuales la mera virtualidad de las palabras tiene eficacia probatoria. Se destaca finalmente la adivinación, íntimamente relacionada con la brujería.

En la prueba moderna destaca, por el gran valor que se le otorga, la escrita, y ello por su fijeza y estabilidad. Su garantía sólo alcanza al hecho de la plasmación material de las palabras, siendo, lógicamente, posible, que sea falso lo expresado en el papel, o aún el escrito mismo. Para reforzar su valor hay ciertos escritos —notariales, públicos—, a los que la sociedad atribuye mayores garantías. El testimonio es la declaración humana acerca del caso enjuiciado o de aspectos relacionados con él. Tiene los inconvenientes propios de la falibilidad y aun de la falacidad del hombre. Técnicamente se eliminan de este concepto las declaraciones de las partes —confesión—, y, naturalmente, las manifestaciones de los abogados en defensa de sus clientes. En las sociedades primitivas tienen valor secundario, subordinado a las manifestaciones del más allá. En las sociedades modernas conserva cierto carácter sacro, al exigirse normalmente un juramento que los refuerce. No puede considerarse como medio de prueba el consenso general, si bien tiene importancia como exponente de la opinión común sobre determinada situación. Son interesantes al respecto las instituciones de la posesión de estado y de la notoriedad, de gran valor sociológico.

En definitiva, puede afirmarse que la prueba judicial tiende en su

esencia a conseguir la adecuación del hecho enjuiciado con la valoración otorgada al mismo por el grupo social, y que los modos concretos de producirse también están limitados por las exigencias impuestas por dicho grupo.

JOAQUÍN CUEVAS LÓPEZ

*Cátedra de Historia del Derecho  
Español de la Universidad de Sevilla.*

MAFFEI, Domenico: *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*. Milano, 1964.

Varios motivos nos indujeron a acercarnos con interés al libro de Maffei. En primer lugar, intuir en su título el tratamiento de un tema sugestivo en alto grado que no por normalmente desatendido deja de tener importancia excepcional en la comprensión de los fenómenos jurídicos fundamentales de nuestro pasado. Ciertamente, en el estudio de la evolución del Derecho romano en Europa, la época humanística, colocada entre la erupción de Glosadores y Comentaristas y el fabuloso esfuerzo del Pandectismo, ha solido ser víctima de un relativo desapego por parte de los especialistas. Además, no era esta la primera ocasión en que Maffei dedicaba su atención al Humanismo jurídico (recuérdese, por ejemplo, *Influssi del rinascimento nei giuristi napoletani*, publicada en 1940), lo que hacía presumir en el autor un dominio poco común.

Especialmente sabrosa es la Introducción, en la que Maffei desliza puntos aislados de su concepción de la Historia y su juicio sobre el estado de la cuestión. Dificultan su empresa tanto el hecho de haber sido estudiado el Humanismo con preferencia desde los ángulos de la política, del pensamiento, del arte, y no desde el estrictamente jurídico, cuanto la radical bipartición de la historiografía, que concibe al Renacimiento bien como prolongación del Medievo, bien como rama totalmente independiente y desgajada del mismo. No comparte ninguna de ambas tendencias, añadiendo que nunca una época histórica forma un bloque monolítico y que, por tanto, las relaciones entre unas y otras son evidentes; ni se puede desconocer lo que el Renacimiento debió a la Edad Media, ni ignorar tampoco las aportaciones propias del Humanismo. Desde otro punto de vista, combate la separación establecida por Burckhardt entre política y cultura, afortunadamente superada, siendo del parecer de que resulta imposible indagar la génesis y características del Humanismo jurídico sin tomar en consideración factores religiosos, políticos, sociales, económicos... La influencia de las conexiones salta a la vista, y construir compartimentos estancos equivale a no comprender nada.

En su referencia a la historiografía se hace eco de la inexistencia de una obra de conjunto sobre la cuestión estudiada. A su juicio, los trabajos al uso son insatisfactorios por no sobrepasar la mera erudición



o las divagaciones que dejan convertido al Humanismo en entidad abstracta, muda e ininteligible.

La problemática queda centrada en varios puntos: por qué del Escolasticismo jurídico se pasó al Cultismo; por qué a los intérpretes medievales les resultó extraña toda tentativa de historización del Derecho romano, mientras tal historización fue perseguida, en cambio, por los jurisconsultos humanistas; dónde estuvo el nexo de Glosa, de una parte, y Humanismo, de otra, con las respectivas realidades sociales y espirituales en que se desarrollaron. Hasta aquí lo que pudiéramos denominar cuestiones preliminares.

Lo que Maffei llama «polémica humanística» se desdobló en realidad en tres vertientes. En primer término, desde fines del siglo xiv y a lo largo del xv, se desarrolló un período de crítica contra la jurisprudencia medieval y sus métodos. A centenares surgen las citas de autores renacentistas explayados en diatribas contra Glosadores y Comentaristas (sobre todo contra éstos), que degeneraron en temerarios ataques contra la persona del mismo Justiniano y de su «ministro» Triboniano. En un tono que actualmente nos parece pueril, les fueron achacados a los juristas medievales multitud de defectos imputables ya a su propia personalidad ya a la «barbarie» de la época en que les correspondió vivir. Ante el culto a la antigüedad, los errores cometidos por los antepasados resultaron escandalosos, hasta el punto —y éste es el segundo aspecto de la polémica, involucrado y difícilmente separable del anterior— de que se puso en tela de juicio la autoridad de la *Compilación justiniana*, única fuente del Derecho romano sobre la que se había trabajado hasta entonces. En tercer lugar, como consecuencia de tal replanteamiento, se impusieron los Humanistas la tarea de determinar la validez, significado y función actuales del Derecho romano. Frente a las actitudes de menosprecio de quienes llegaron a proclamar que las leyes alienan la razón, los Humanistas más calificados sostuvieron la necesidad del ordenamiento jurídico para el normal desenvolvimiento de la vida social, independientemente de su conciencia de insatisfacción ante el sistema jurídico vigente y de la insistencia con que fueron señaladas las limitaciones del Derecho romano en este sentido.

Pero esa labor demoleadora generó unas ansias de renovación jurídica, latentes en el trasfondo de toda polémica, gracias a las cuales el Humanismo jurídico no se agotó en un quehacer negativo. No debe olvidarse que las críticas eran más bien de tipo metodológico que material, y que, por otra parte, el Derecho romano continuaba estando demasiado vivo y teniendo una efectiva importancia. Por eso, la novedad de las consideraciones humanísticas radicó, más que en el objeto y contenido, en su forma. Tanto en los precursores (Luca da Penne, Valla, Vegio, etc.), como en los grandes humanistas (Alciato, Budeo, Zasio), las exhortaciones al retorno del estudio de las fuentes del Derecho romano fueron una constante. Era preciso liberar esas fuentes, clásicas o justinianeas, de todo



aditamento, de la costra y aparato que los juristas medievales pegaron al *Corpus Iuris*, y, eliminando las erróneas interpretaciones de los textos, volverlos a su primitiva pureza.

Repudiada la Escolástica, se va a aplicar un nuevo método en el que la filología encuentra extenso campo de aplicación. Comienzan las ediciones críticas y la palingenesis. Alciato, Budeo, Zasio, coinciden en la coordinación de su obra, en la aplicación de las nuevas técnicas, en su interés por el Derecho romano público. Su trabajo abre una nueva visión del Derecho romano. El jurista medieval, en la medida en que en el Medievo había sido viva la participación y prosecución de la romanidad, no fue consciente de la historicidad de la norma romana. Ahora, restituida ésta a su pureza, empieza a ser vista en la Historia; comprendida más plenamente y sin escorias, se plantea su adaptabilidad a las exigencias del presente. Para el Humanismo, el *Corpus*, en cuanto testimonio de una época determinada, debe ser superado. El Derecho positivo se transforma en Derecho histórico. La jurisprudencia culta rompe la unidad del sistema para colocarlo entre los monumentos de la Historia.

Maffei rechaza, finalmente, la concepción «lúdica» y meramente retórica sobre el hombre del Renacimiento. No comparte, en absoluto, la afirmación de Gentile de que fue más literato que jurista. Capta la conexión del Humanismo con la política y atribuye su preocupación, no ya por los conceptos romanos, sino también por los aspectos filosófico-jurídicos y cultural-metodológicos, a la finalidad esencial de determinar los límites de validez del Derecho romano. Para Maffei la exigencia fundamental del mundo jurídico renacentista es romper la estaticidad del Derecho romano medieval y asentar la formación del Derecho nacional sobre el fondo común de la disolución del ordenamiento jurídico-político medieval. El humanista no fue, pues, un diletante, sino un individuo consciente de la realidad de su tiempo y con una meta de acción indirecta pero comprometida con tal realidad.

En el balance del Humanismo cuenta como hecho positivo haber sentado las bases de la historia de las instituciones y de la ciencia jurídica romanas, precisamente valiéndose de la filología como medio hermenéutico para renovar la visión del Derecho. Entre los aspectos que normalmente la doctrina acepta como negativos, Maffei no está de acuerdo en que el Humanismo produjera el divorcio entre teoría y práctica jurídicas. Tal distanciamiento se debió, según él, a un malentendido no imputable a los «cultos» y derivado del cambio de método. La obra se cierra con unas breves consideraciones sobre la aportación francesa al Humanismo jurídico.

Como habrá observado el lector, ni el título del libro refleja con exactitud su contenido, ni, lo que es más importante, tal contenido responde plenamente a la problemática planteada por el autor. A nuestro juicio, la actitud crítica de Maffei ante la bibliografía anterior, actitud respetable, desde luego, y exacta en parte, hubiera requerido, no obstante,

ser expresada con mayor tiento y añadiendo varios matices. Su afirmación, por ejemplo, de que las páginas dedicadas al Humanismo jurídico en algunos manuales y obras generales son poco aprovechables, parece francamente injusta, sobre todo teniendo a la vista las aportaciones de autores como Calasso, Koschaker, Wiaecker, Schaffstein, autores cuyo tratamiento del tema, aunque breve, es orientador, riguroso, con enormes posibilidades de fecundidad y obedece a una construcción segura que de ningún modo se puede rechazar globalmente sin disponer de argumentos fundados con solidez.

El ánimo con que Maffei se aproxima a la Historia es sugestivo, y creemos que el único viable cuando se intenta reconstruir una época como la renacentista en la cual los diversos elementos de la vida socio-jurídica se superponen y confunden de modo tan acusado. Sin embargo, concluida la lectura se adquiere la impresión de que sus presupuestos no han dado el fruto deesado; las cuestiones sobre las que se interroga en la Introducción —obvias algunas, por cierto—, permanecen irresueltas. En las páginas de *Comienzos del Humanismo jurídico* no se encuentra ni una hipótesis siquiera de por qué surgió el humanista enfrente del comentarista, ni de por qué el *mos gallicus* no prendió en Italia y emigró a Francia prontamente. Ello hubiera exigido con toda probabilidad poner en juego los factores políticos, espirituales, sociales, etc., a que en un principio alude, aclarando los orígenes del Humanismo y proporcionándonos, de paso, notables elementos de juicio para poder valorarlo después. En lugar de ésto, Maffei ha preferido seguir un camino más fácil aunque infinitamente menos renovador: recoger los lugares comunes de las obras que, según su propia confesión, le dejan insatisfecho, y recubrirlos con abundante aparato erudito. En este sentido, se debe reconocer que, ya que no original ni profundo, en libro de que nos ocupamos es sumamente útil por el acopio bibliográfico y, en menor medida, documental que contiene.

B. GONZÁLEZ ALONSO.

MONTENEGRO BACA, José: *El Derecho del Trabajo en «El Quijote»*. Trujillo (Perú), 1965; 132 págs.

El autor de esta monografía centra su atención en Sancho Panza, el fiel escudero, a quien defiende de la nota de prosaico materialismo que suele imputársele en contraste con el perfil idealista de su señor. Considéralo el autor como representante del pueblo anónimo, del mundo del Trabajo; estudia (capítulo 3.º) la naturaleza del contrato que unía a caballero y escudero, sosteniendo que reúne los caracteres de una relación laboral. En el capítulo 4.º analiza la remuneración que percibía Sancho por sus servicios, ya en forma de salario, ya de promesas que se concretaron en la atribución del cargo de gobernador de la Insula Barataria. La actuación de Sancho al frente de este cargo es analizada con cierto



detenimiento y, por supuesto, en sentido apologético, sobre todo atendiendo al aspecto jurídico-laboral.

No puede negarse novedad al empeño del señor Montenegro, el cual acompaña sus comentarios, llenos de simpatía para las dos egregias figuras cervantinas, con abundantes referencias a modernos textos jurídicos que resultan, a veces, anacrónicas pero siempre sugestivas. Un nutrido elenco bibliográfico cierra este curioso folleto.

A. DOMÍNGUEZ ORTIZ

NUYENS, Michel: *Le statut obligatoire des décurions dans le droit constantinien*. («Université Catholique de Louvain. Faculté de Droit»). Louvain, 1964; págs. XI-332.

Plantea el autor en la Introducción (págs. 1-10) el panorama general de los consejos municipales, exponiendo cómo la grave crisis del siglo III los perturbó enormemente. En el siglo IV el decurionato se ha convertido en una carga intolerable, eludido por todos los medios posibles, de forma que los emperadores tienen que legislar para tratar de procurar a las curias los efectivos indispensables. Ahora los miembros del municipio están atados a su función; todo cambio de actividad les está prohibido; sus desplazamientos controlados y limitados. La carga se hace obligatoria para sus descendientes, que son perseguidos implacablemente y restituidos a la *curia* si intentar cambiar de *status*. Todos los expedientes son buenos para aumentar su reclutamiento: los hijos naturales son reconocidos si su padre los destina a las tareas curiales; los malhechores reformados son afectados a la *curia*; los ciudadanos sin empleo oficial corren el peligro de ser incorporados a ella por simple decisión de las autoridades locales. De ser un honor y un privilegio, señala el autor que al final del Mundo Antiguo el senado municipal se ha convertido en una especie de pena.

Los graves acontecimientos del siglo III, la anarquía militar y las invasiones bárbaras, han invertido las estructuras tradicionales, originando todas estas reformas. Para ciertas funciones, especialmente el decurionato, la idea de servicio obligatorio está atestiguada bajo la Tetrarquía, e incluso antes. Pero solamente después de Constantino, la reglamentación específica del Bajo Imperio se afirma en una serie de disposiciones legales, precisas y detalladas. Las soluciones propuestas por este emperador, parecerían quizá menos originales —dice el autor— si conociéramos mejor el Derecho imperial anterior. De Diocleciano sólo tenemos rescriptos, y los códigos no han conservado ley alguna para el intervalo del 306 al 312, período de guerras civiles, tan propicio a la instauración de medidas de excepción. En el estado actual de nuestra documentación, la legislación de Constantino parece determinante; él mismo ha sido considerado como un reformador sin freno, y al estudio de su legislación dedica su atención el autor examinando el desarrollo del estatuto obligatorio de los *decuriones* desde el año 313 (año de las más antiguas constituciones conservadas en el *OTh*) hasta la muerte de Constantino en el 337.



El método que seguirá el autor consiste en destacar el carácter particular de las constituciones situándolas en su contexto histórico y legislativo inmediato. Las fuentes utilizadas son esencialmente de orden legislativo, principalmente las constituciones transmitidas en el CTh y CJ. La incertidumbre de las fechas constituye uno de los principales obstáculos para una interpretación histórica del Derecho de Constantino; a pesar de que casi todos los fragmentos indican normalmente en su *subscriptio* una fecha precisa (día, mes y consulado), estos datos son bastante aleatorios, debidos, según el autor, a errores en la copia de la ley original, o bien durante las operaciones de codificación, o bien en las transcripciones ulteriores de los manuscritos, proponiendo el autor una serie de índices para desestimar las fechas inexactas, sugiriendo a la vez, las correcciones oportunas.

En el capítulo preliminar (págs. 11-34) el autor expone una serie de consideraciones muy sumarias destinadas a situar el papel de los *decuriones* en el cuadro de las instituciones locales que puedan permitir la comparación entre el Derecho constantiniano y el régimen anterior, intentando a la vez aclarar los factores que explican el desarrollo del estatuto obligatorio curial. Dentro de este orden de ideas analiza la organización municipal, la composición y funcionamiento de los senados municipales, las prerrogativas y condiciones del decurionado, la decadencia de los senados municipales, que el autor certeramente estima originada en la gran crisis del siglo III: las invasiones, las revueltas militares, el pillaje que asolaba provincias enteras interrumpiendo los cambios comerciales; todo esto provocó la decadencia de las ciudades. Las guerras y las pestes habían disminuido la población. La burguesía municipal se vio especialmente afectada: las fortunas se habían volatilizado por efecto de las sucesivas devaluaciones; la rentabilidad de las tierras estaba comprometida por la inseguridad y falta de mano de obra: en estas condiciones, los *curiales* es lógico que manifestaran poco interés en asumir las tareas más onerosas. Por una reacción en cadena, la ausencia de nuevos candidatos hacían más pesadas las cargas de los que quedaban y suscitaba nuevas defecciones. Por otro lado, la miseria de las clases populares no permitía alargar el reclutamiento; por el contrario, su empobrecimiento había proyectado sobre los ciudadanos más pudientes la mayoría de los *munera*. A ello se unió la reforma fiscal por la que el Estado, confiando el reparto y percepción de los impuestos a los *decuriones*, le obligaba a completar de su peculio las sumas no recuperadas. Establecido en tiempos de crisis, este sistema hacía pesar sobre los recaudadores toda la disminución en los ingresos ordinarios. La necesidad de aceptar miembros cuyos orígenes o modo de vida no eran irreprochables, contribuyó también, sin duda, al descrédito de las instituciones municipales. Y, en todo caso, ya desde el Principado (Plinio, *Ep.* X, 113) empiezan a observarse medidas tendentes a hacer obligatorio el decurionado, aunque en casos particulares, sin haber para ello una ley general en el período preconstantiniano.

Examina el autor en el capítulo 1 (págs. 35-110) las normas emanadas por Constantino entre los años 313-324. Después de analizar una serie de normas recogidas por el autor en orden cronológico del CTh., expone sus conclusiones para este período, entre las que destaca en primer lugar la agregación personal: la obligación definitiva que pesaba sobre los *curiales* está confirmada implícitamente desde el 313 por la prohibición formal hecha a los gobernadores de acordar la menor dispensa; sólo el emperador se reserva el derecho de conceder exenciones provisionales (CTh., 12, 1, 1). Sanciones draconianas penaban a los *decuriones* que abandonaban su rango y tareas (CTh., 12, 1, 6). Quizá para impedir estas fugas, los desplazamientos lejanos de los *decuriones* (que están *obnoxii curiae*) debían ser previamente autorizados por el gobernador (CTh., 12, 1, 9). Se acentúa también el principio hereditario. La concepción según la cual un hijo de *decurio* debe normalmente ser llamado a la *curia* es probablemente anterior a Constantino; el antiguo honor, ahora carga, se sigue transmitiendo por vínculos de sangre, aunque para esta época aún no está plenamente desarrollado. La afectación significa que cada ciudad puede llamar a todos sus ciudadanos a la categoría de *curiales*; aparte de este vínculo fundado sobre la ciudadanía local, juega todavía un principio territorial que permite la incorporación de los residentes, e incluso de extraños que posean simplemente propiedades en el territorio municipal (CTh., 12, 1, 5). Sólo muy pocos ciudadanos, en casos muy excepcionales, podían escapar a esta llamada de la *curia*. La fortuna constituía un elemento indispensable para la realización de las tareas confiadas a los *decuriones*. Constantino para salvaguardar el interés de los municipios les concede un derecho de sucesión sobre el patrimonio de sus miembros, bien que solamente *ab intestato* y en último lugar (CTh., 5, 2, 1). Por otra parte, el heredero testamentario no se convierte automáticamente en *decurio*, pero si su fortuna llega al valor requerido, será llamado *ex possidendi condicione*.

En el capítulo II (págs. 11-193) al autor estudia la legislación entre los años 325 a 329. Constantino, único emperador, pudo ahora continuar el inmenso esfuerzo de reorganización emprendido por Diocleciano. Estos años son decisivos para el estudio del decurionato: las disposiciones se multiplican y ganan en precisión; Constantino liberado de exigencias militares y de los imperativos de la propaganda contra Licinio, puede acometer una reglamentación más estricta. Sus objetivos se imponen en todo el Imperio, y estima el autor que puede observarse ahora el deseo de Constantino de dar un estatuto civil al decurionato.

Examina el autor dieciocho constituciones de este período de las que obtiene las siguientes consecuencias: se exige una mención formal para aplicar a los *decuriones* las leyes que conceden una inmunidad o permiten excepcionalmente no asumir el servicio. Sólo se autoriza de manera categórica esta posibilidad a los senadores municipales que se



consagren a los transportes marítimos (CTh., 13, 5, 5), servicio juzgado de interés superior. También se exceptúan los ciudadanos que han abandonado la *curia* para entrar en la *militia* (CTh., 12, 1, 11), siempre que sea al final de su carrera administrativa. Los cuadros superiores de la administración, condes, gobernadores, *rationales y magistri rei privatae*, son parcialmente dispensados de la *curia*, pero no sus descendientes. Respecto al clero, Constantino (CTh., 16, 2, 6), ordena la llamada de los sujetos a la *curia*, aunque sin efectos retroactivos (CTh., 12, 1, 10).

En esta época los hijos de *decuriones* son obligados a suceder a su padre, incluso aunque éste hubiera asumido el cargo ocasionalmente. Las fugas de los hijos de *curiales* son generalmente sancionadas con el mismo rigor que las de los mismos *decuriones*. Pero las medidas legales para retener los *decuriones* y sus descendientes, eran insuficientes para asegurar el cumplimiento de las cargas municipales y funciones del Estado confiadas a las curias. El reclutamiento de castas curiales no remediaba la despoblación y empobrecimiento de las familias dirigentes. Por ello, el emperador posibilita afectar a la *curia* personas en principio no *curiales*, como los *fili veteranorum*, invitados a escoger antes de una cierta edad entre la *militia armata* y el decurionato (CTh., 7, 22, 1), y los residentes (*incolae*). En estos casos el enrolamiento de terceros en la *curia* dependía directamente de un acto administrativo. Los consejos municipales tienen el derecho de completar sus efectivos movilizand o a particulares *idonei*, pero su obligación nacía directamente de la *nominatio*. A partir del 326 varias constituciones introducen una carga permanente gravando la clase pudiente, independientemente de toda *nominatio* efectiva. Se recrudecen las medidas contra los clérigos, no admitiéndose para reemplazar a un *clericus* difunto que aquél *cui nulla ex municipibus prosapia fuerit neque et est opulentia facultatum, quae publicas funciones facillione queat tolerare*, y el nuevo clérigo será llamado por la ciudad *si eum aequitas ad publica trahat obsequia et pro genie municeps vel patrimonio idoneus dinoscetur* (CTh., 12, 2, 6).

El capítulo III (págs. 195-253) lo dedica el autor a la consideración de la legislación constantiniana del año 330 al 337. Durante los últimos años de la vida de Constantino, en que éste residió principalmente en Costantinopla, hay que subrayar en el aspecto militar, la presión continua ejercida por los bárbaros sobre las regiones centrales y orientales del Imperio. A pesar de la multiplicidad de cuestiones que solicitaban la atención del emperador, su actividad legislativa es muy importante en lo que concierne a las funciones municipales; quizá sus últimas disposiciones sean menos originales, pero en todo caso, la repetición de los principios obligatorios prueba que la situación de las curias era objeto de preocupación.

Después de examinar una serie de constituciones recogidas en el CTh., expone el autor las conclusiones de este período: los *decuriones* están



obligados a permanecer en su puesto, y no tienen derecho a renunciar a los «hombres» antes de haber recorrido todos los grados del *cursus* municipal. El *decurio* que entre en el servicio imperial, bien en el ejército, bien en la administración, se le considera fugitivo y es restituido a la *curia*. Entre las causas de excepción de la agregación obligatoria a la *curia*, volvemos a encontrar los transportes marítimos (CTh., 12, 1, 9); *militia* (CTh., 12, 1, 19); administración civil: sólo los palatinos (CTh., 12, 1, 22); clero católico designado para la *curia* por incitación de ciertos heréticos, sin duda, los donatistas (CTh., 16, 2, 7); clero judío (CTh., 16, 8, 2). Los consejos municipales siguen teniendo el derecho a completar sus cuadros, procediendo al reclutamiento extra-curial. La agregación a la *curia* se la define como un *obsequium municipale*. Después de la *nominatio*, los *decuriones* deben, según los casos, permanecer en sus puestos o mantenerse a disposición de la *curia*, y no serán liberados hasta haber cumplido todos los cargos del *cursus* (CTh., 12, 1, 20). La edad apta para entrar en la *curia* será los 17 años cumplidos (CTh., 12, 1, 19), aunque esta norma está dada especialmente para los hijos de veteranos, que deben tener bienes propios que los capacite para asumir el decurionato.

El capítulo IV (págs. 255-304) el autor lo titula «Ensayo de síntesis. Las fuentes de la obligación curial», haciendo unas consideraciones generales sobre la agravación progresiva del régimen de los *decuriones*, intentando perfilar las líneas fundamentales de su estatuto obligatorio, que va a ser característico del Bajo Imperio, y que volverá a encontrar en una serie de otras funciones públicas. Estas líneas generales que tienden a encadenar los *decuriones* a su función, según el autor son: afectación permanente; agregación hereditaria a la *curia*; reclutamiento extra-curial; movilización general de los *idonei* (término que se refiere esencialmente a la riqueza). Para el autor el régimen obligatorio elaborado para asegurar el cumplimiento de los servicios de la *curia*, se muestra complicado y bastante incoherente, siendo muy fragmentaria la legislación.

El autor estima en su conclusión general (págs. 305-310) que el *ordo decurionum* comprendía la burguesía municipal que por espíritu cívico o deseo de honores, asumía tradicionalmente la administración de las ciudades, e incluso buena parte de sus gastos. En tanto duró la prosperidad del Imperio, los candidatos a la administración municipal no faltaron. El reclutamiento de esos funcionarios se convirtió en un grave problema a partir de la crisis del siglo III, y de ahí las férreas medidas para proveer estos cargos. El gobierno autoritario de Diocleciano emprendió seriamente esta tarea que llega a su punto culminante con Constantino, que llevó a su máxima radicalización cualquier sistema apto para el reclutamiento del personal de la *curia*.

Cierra el autor su trabajo con un índice bibliográfico, muy completo y al día, que demuestra su riguroso espíritu científico, y una tabla de

textos analizados con las concordancias entre el *CTh.* y el *CJ.*, como asimismo las fechas correspondientes, que acreditan el esfuerzo del autor en ordenar y fechar esta enorme gama de textos, en la que ha llegado a resultados altamente felices.

Creemos que con este trabajo, el autor, actual maitre de conférences en la Universidad de Lovaina, se apunta un gran éxito en su brillante historial científico. Ha abordado un tema complejo, con legislación muy fragmentaria que hace difícil la selección de principios generales. No obstante, el autor ha conseguido unos resultados satisfactorios que merecen nuestra enhorabuena, y en todo caso, viene a suministrar orgánicamente una serie de datos y conclusiones de las que habrá que partir para el estudio del Derecho municipal romano del siglo iv.

ARMANDO TORRENT

PERAZA DE AYALA, José: *El Alguacilazgo Mayor de Tenerife*. Separata de «Anales de la Universidad de La Laguna». Facultad de Derecho. La Laguna, 1966; 39 págs.

Una vez más el profesor Peraza de Ayala nos ofrece un estudio sobre los oficios de los municipios canarios, en la misma línea del que publicó en este ANUARIO 17-18, 1957, sobre *Los fieles ejecutores de Canarias*. Se enfrenta ahora con el alguacil mayor, cuyo problema fundamental no es otro que la inexistencia de un concepto uniforme bajo el cual pueda estudiarse el mencionado oficio al ser distintas sus atribuciones y sus funciones según las épocas y los lugares. Por ello, acertadamente, inicia el trabajo estudiando el oficio en el siglo xii, en la Baja Edad Media, en la Moderna y con cierto detenimiento las peculiaridades que ofrece en la ciudad de Sevilla. De igual manera, dado que la organización municipal de Canarias no fue uniforme, ni siquiera en las islas de realengo, se tratan por separado Gran Canaria y La Palma, de una parte, y Tenerife de otra.

En el análisis del oficio de alguacil mayor de Tenerife distingue el autor dos etapas, que se caracterizan por el distinto procedimiento seguido en la designación del titular del cargo. En la primera, hasta 1613, puede hablarse de alguaciles mayores temporales. En la segunda, que comienza en esa fecha, el oficio es enajenado en empeño y perpetuamente por juro de heredad. Las vicisitudes que experimenta el cargo a partir de 1613 son expuestas por el autor al reconstruir la nómina de los alguaciles mayores desde 1613 hasta 1808. En el análisis institucional del oficio destacan los aspectos referentes a sus honores, facultades, competencia y emolumentos.

Las facultades y competencia del alguacil mayor nos dan clara idea de su importancia. Entre ellas sobresalen las siguientes: goza de voz y voto de regidor en el cabildo de la isla, de él dependen las alcaidías



de las cárceles de la isla, nombra sustitutos y tenientes de alguacilazgo, designa los alguaciles menores, los guardas de las prisiones y, en general, los ministros propios del procedimiento ejecutivo; eran de su competencia las rondas y la ejecución de los mandamientos de prisiones y de embargos.

El trabajo realizado con material inédito procedente del Archivo Histórico Nacional, del Ayuntamiento de La Laguna y del Cabildo de Tenerife, se complementa con un apéndice documental en el que se reproduce el título de alguacil mayor de la isla de Tenerife, otorgado en 1613 a favor del capitán don Juan de Basterra, y que se conserva en una copia del siglo XVIII en el Archivo de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Tenerife. Sólo nos queda por decir que nos encontramos en presencia de una interesante aportación a la historia del municipio español en la Edad Moderna, cuyo conjunto hará posible la historia general de esta institución, que tantas peculiaridades y diferencias presenta en esa época.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

PÉREZ DE LA CANAL, Miguel Angel: *Notas sobre la evolución del régimen legal de los Gobernadores civiles (1812-1958)*. Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación. Colección Estudios, núm. 6. Madrid, 1964; 114 páginas.

La historia institucional del siglo XIX y del actual solamente podrá ser elaborada en la medida que abunden los estudios parciales sobre las múltiples instituciones administrativas que la integran. Ciertamente el trabajo no es pequeño, porque la inestabilidad política de la centuria pasada exige el examen de una legislación amplia y con frecuencia contradictoria. Este es el mérito que debe atribuirse al estudio de Miguel Angel Pérez de la Canal al realizar pacientemente esa labor con referencia a los Gobernadores civiles, institución que hasta el momento presente sólo había sido tratada, escasamente desde luego, en los diccionarios o manuales de Derecho administrativo o en los estudios sobre la administración provincial decimonónica.

Cronológicamente el estudio abarca desde la Constitución de 1812 hasta la reforma establecida en el régimen legal de los Gobernadores civiles por el Decreto de 10 de octubre de 1958, omitiendo el análisis de otras figuras históricas que podrían relacionarse con la del Gobernador civil, en cuanto que aquellas responden a una constitución política diametralmente opuesta a la creadora de los Gobernadores civiles. Las fuentes utilizadas han sido las legislativas (leyes y otras disposiciones), de las que el autor se sirve incluso para explicar las razones justificativas de las reformas que establecen, siempre que dichas fuentes, en su articulado o



en las exposiciones de motivos que las preceden, contengan datos sobre el particular. Esta forma de actuar —la aplicación del método histórico-jurídico a las fuentes legislativas—, arroja conclusiones seguras, y aunque en la evolución de los Gobernadores civiles hayan influido una serie de elementos procedentes de las exigencias mismas de la sociedad, no debe olvidarse que los diferentes regímenes que han regulado la figura del Gobernador civil han sido condicionados por la postura política de los legisladores.

Esta última apreciación ha determinado que el autor acepte al periodificar el trabajo, las diversas etapas que suelen señalarse en nuestra Historia política: la Obra Constitucional, la Regencia de María Cristina, la Década Moderada, del Alzamiento de Vicálvaro a la Revolución de Septiembre, la Revolución (1868-1874), de la Restauración a la Dictadura (1874-1923), la Dictadura, la Segunda República y el Movimiento Nacional. Es de suponer, que así planteado el trabajo, el autor debió dudar sobre la forma concreta de estudiar la figura del Gobernador. El detalle minucioso de todos los aspectos de la misma, tratando de sistematizar todas y cada una de las disposiciones que a ella hiciesen referencia, o precisar lo más característico de la institución, lo que la define en cada momento o a raíz de cada reforma, eran en realidad la posibilidades que se le ofrecían. El autor, con buen criterio, ha seguido esta última, que es precisamente la que le ha permitido señalar la evolución, que va, según nos indica, «desde la inicial asignación al Gobernador de toda acción administrativa en el plano provincial» a «la desintegración de su círculo de atribuciones» (pág. 12). Como puede comprenderse la solución adoptada no era la más sencilla, porque el criterio de selección con el que había de proceder en todo momento le obligaba a desentrañar en cada caso la esencia de la reforma y la del sistema vigente.

En cada uno de los períodos se estudian separadamente las circunstancias políticas y las fuentes que regulan el gobierno provincial, señalándose las líneas generales en que éstas se inspiran, del régimen legal propiamente dicho de los Gobernadores civiles (Jefes políticos, Subdelegados de Fomento, Gobernadores de provincia, Gobernadores civiles). En este segundo apartado se analizan el concepto de provincia y el de Gobernador, el nombramiento y los requisitos que deben concurrir en el designado, la separación del cargo y los supuestos de sustitución por ausencia o imposibilidad para desempeñarlo, el juramento que deben prestar al comienzo de su gestión, las diferentes categorías de Gobernadores y su retribución, los honores inherentes al cargo, las atribuciones y las obligaciones de los Gobernadores, lo que supone una valoración de la función que desarrollan, y la responsabilidad y el control a que la ley los somete.

La evolución que la figura del Gobernador civil ha experimentado desde 1812 a 1958 se desprende del trabajo, pero el autor ha querido insistir sobre ella en las páginas 113 y 114 de la obra. En 1813 el Gobernador es el principal agente del Gobierno en la provincia; en 1849 es la única

autoridad superior; en el último cuarto del siglo XIX se inicia la decadencia de la institución. «La Dictadura del General Primo de Rivera, al atribuir al Gobernador civil ciertas funciones inspectoras de la Administración provincial del Estado, y más desvaidamente con las reuniones de enlace de las primeras autoridades provinciales, realizó sin duda el primer intento de reaccionar contra la situación expresada, pero sus propósitos resultaron fallidos, quizá durante el propio régimen dictatorial». Por ello, puede afirmarse «que al tiempo de promulgarse el Estatuto de Gobernadores, etapa final de nuestro trabajo, la figura del Gobernador civil se encontraba en franca situación de crisis». Una nueva orientación se advierte en el Decreto de 24 de junio de 1938, y el Estatuto de 1958 supone una clara reacción contra la situación anterior.

El estudio de Miguel Angel Pérez de la Canal sobre los Gobernadores civiles constituye una aportación seria a la Historia de nuestras instituciones administrativas, y será preciso tenerlo en cuenta a la hora de exponer en su conjunto este aspecto de nuestro Derecho histórico. La aridez y el casuismo propios del tema, con los que el autor tenía que enfrentarse, han sido superados al señalar las características esenciales de la figura y la evolución que la misma ha sufrido, al cambiar el régimen legal que le ha servido de base a lo largo del período estudiado en la obra.

JOSÉ MARTÍNEZ GLJÓN

PIANO MORTARI, Vincenzo: *Diritto Romano e Diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*. Giuffrè, Milano, 1962.

La obra está dividida en dos partes claramente diferenciadas. En la primera, titulada «Derecho Romano y Derecho Nacional en la primera mitad del siglo XVI», se exponen los caracteres de la Francia de la época, que, como otros países europeos, se ve afectada por ciertos fenómenos como la formación del Estado en el sentido moderno y, por consiguiente, por toda la serie de problemas que tal fenómeno lleva implícitos, como son la tendencia a la unidad en todos los aspectos y, desde luego, en el jurídico. De ahora en adelante, el Derecho será más controlado por el Estado, lo que dará lugar a que se hagan redacciones oficiales del Derecho consuetudinario.

Junto a esto, el Derecho romano justiniano va a plantear una serie de problemas, no ya en sí mismo como Derecho diferente del nacional que es, sino también por los distintos efectos que va producir en las diferentes regiones. En Francia son dos las grandes regiones respecto de la recepción del Derecho romano: la del Droit Ecrit y la del Droit Coutumier. Además, respecto de la Monarquía, el Derecho romano va también a presentar problemas en cuanto que ésta lo utilizará en parte, como arma política.

En esta primera parte se incluye también, aunque brevemente, el proceso de recepción y penetración en Francia del Derecho romano, fijándose



sobre todo, en las diferencias que ésta supone en Francia respecto de Italia, donde la base del Derecho era ya Derecho romano.

Si bien es cierto que la penetración del Derecho romano en los países del Droit Coutumier (norte de Francia), no fue en modo alguno tan profunda ni tan extensa como en los de Droit Ecrit, tampoco puede admitirse que en aquéllos el Derecho romano sea considerado pura y simplemente como ciencia o *ratio scripta*. En realidad, en estos países, en un campo concreto como son las Obligaciones, el Derecho romano rige en toda su amplitud.

Por otra parte, si los Reyes se oponen al Derecho romano, en cuanto que su aplicación práctica provocaba graves conflictos al variar mucho de unos Parlamentos a otros, les interesa en cuanto apoya sus intereses monárquicos de absolutismo. Por lo demás, buena parte de esa oposición procedente de los Reyes venía referida al Derecho romano en cuanto que se le confundía con el Derecho imperial, del que quieren verse libres los Reyes.

Verdaderamente, esta primera mitad de siglo es la de mayor auge en el renacimiento e influencia jurídica romana. Diversos factores contribuyen a ello: Universidades, comercio, absolutismo real, etc. Entonces, como la costumbre tiene siempre preponderancia ante otras cualesquiera normas, las romanas se aplicarán como tales costumbres, hasta el punto de hacerlas equivalentes a las normas reales.

A través de diversos autores de la época como Budeo, Du Moulin, Chasseneux, etc., el autor pone de manifiesto la nueva consideración que se va a dar al Derecho romano, no ya como inmutable y de valor absoluto y eterno, sino como *ratio scripta*, de valor relativo, provocando que la idea de capacidad nacional en materia jurídica se abra paso cada vez más fuertemente. Son los comienzos del Humanismo con su espíritu crítico reflejado en el campo jurídico. Al mismo tiempo, es la época en que precisamente se redactarán por primera vez oficialmente las costumbres nacionales, lo que supondrá a la larga el golpe mortal del Derecho romano. La obra de Justiniano empieza a ser considerada desde un punto de vista diferente al que se había tenido hasta entonces, opuesto, desde luego, a la obra de Glosadores y Comentaristas.

Puede decirse, que, en general, la mayor parte de estos primeros Humanistas franceses rechazan la utilización práctica de las normas romanas, tal como habían sido elaboradas por los juristas medievales, introduciendo al mismo tiempo nuevos métodos para su estudio. Otros, sin embargo, lo van a considerar como un Derecho común valedero en toda Francia y supletorio del Derecho nacional, que es lo que en realidad sucedía.

En la Parte Segunda de la obra, Piano Mortari, a través del pensamiento y teorías de varios autores, trata el problema en su aspecto doctrinal y recoge ciertas conclusiones que se desprenden de su estudio.

Hay que tener en cuenta en esta segunda mitad de siglo, el cambio



de panorama en Francia, debido a acontecimientos de más o menos repercusión europea, como son las Guerras de Religión, el triunfo del Renacimiento, la caída del Imperio...

La idea de nacionalismo se hace más fuerte, se empieza a sustituir el latín por el francés en la enseñanza, de manera que todo fuera más asequible al pueblo. En el aspecto jurídico, fue, sin duda, la redacción oficial de las costumbres, el aspecto más significativo del Nacionalismo. Desde luego, estas redacciones sirvieron para conservar instituciones cuya decadencia parecía inevitable. Al igual que el Derecho romano, la redacción de las costumbres suponía un arma de dos filos para la Monarquía, puesto que, a veces, la redacción de éstas era exigencia de aspiraciones autónomas de grupos políticos y sociales que no querían unidad jurídica.

El problema que se plantea en esta segunda mitad de siglo, es el papel tan importante que va a jugar la Reforma y su ideología respecto del Derecho romano y también, desde otro punto de vista, el apoyo más o menos fuerte de los pensadores y juristas al absolutismo monárquico. Un grupo de ellos, llamados juristas sistemáticos formado en su mayor parte por juristas hugonotes tienen de común la tendencia a la construcción de una nueva ciencia del Derecho romano más racional que la obra justiniana, aunque su crítica sea más contra el método que contra el mismo Derecho contenido en el *Corpus*. Se colocan así frente al romanismo católico y a la autoridad del *Corpus Iuris* ligado a la Iglesia Católica en su concepción medieval.

Paradójicamente, frente a estas posiciones teóricas que en mayor o menor medida van a infravalorar al Derecho romano, en la práctica éste no ha dejado de aplicarse, sino que es precisamente ahora su punto culminante de aplicación y no sólo en las regiones de Droit Ecrit, donde, por otra parte, también existen derechos propios, sino también en las del norte, de menor penetración.

Bien es verdad que los reyes franceses, desde Felipe Augusto, luchan contra la expansión del Derecho romano, pero la crisis monárquica del xvi producida en la coyuntura de diversos acontecimientos, supondrá, desde luego, un debilitamiento en esa oposición. Por otra parte, el método romanístico será utilizado tanto por juristas protestantes como católicos en el estudio y comentario de las costumbres del país ya redactadas. La costumbre de París se extenderá pronto sirviendo de fondo común en sustitución del Derecho romano, al mismo tiempo que se hace más fuerte la idea de considerar al Derecho romano como mera *ratio scripta* y no como derecho positivo.

En sus conclusiones, el autor parece contradecirse en cierto modo, cuando, por una parte, afirma esa consideración de mera *ratio* del Derecho romano y, por otra, cuando afirma el valor de éste en la realidad jurídica.

Lo que ocurre en este siglo en Francia, es que al mismo tiempo que se produce el momento culminante y de más extensa aplicación del De-

recho romano (ya que es entonces cuando se extiende el Dauphiné la Provençe y Alsace), al final de siglo, el triunfo del absolutismo regio y la idea de unificación, la difusión de las redacciones consuetudinarias y las ideas renacentistas y humanistas y el nacionalismo, van a ser el golpe final para el Derecho justiniano, cuyos principios de decadencia estaban ya insertos en las doctrinas de los juristas humanistas.

INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES.

*Privilegios y ordenanzas históricos de los notarios de Barcelona.*

Recopilados por el Colegio Notarial de Barcelona, bajo la dirección de Raimundo Noguera Guzmán y José María Madurell Marimón. Barcelona, 1965, 667 págs. (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Centenario de la Ley del Notariado. Sección Cuarta. Fuentes y Bibliografía, vol. II, tomo 1).

Otra estimable contribución a la historia notarial, entre las que ha generado la reciente celebración centenaria de la Ley del Notariado, algunas de las cuales se reseñan en estas mismas páginas, lo constituye sin duda el presente volumen, magnífico repertorio documental, pacientemente elaborado por los desvelos conjugados de un notario —actual Decano del Colegio de Barcelona—, y un archivero —afecto al Archivo de Protocolos radicado en el mismo—. A tenor de su título, el diplomático intenta recoger las fuentes normativas, en sentido amplio, de la función notarial y de su organización corporativa en el área de la ciudad de Barcelona: Privilegios reales, Disposiciones de Cortes, Ordenanzas municipales, Deliberaciones concejiles o colegiales, Capítulos, Sentencias, etc., aparte de Memoriales, Súplicas, Alegaciones, obrantes en función de actuaciones o litigios conducentes al encauzamiento o modificación de aquella normativa. El ámbito cronológico se extiende desde 1258 (primer privilegio real relativo al notariado barcelonés) hasta 1714, en que la nueva ordenación filipina modificaría sustancialmente la estructura y organización del notariado barcelonés.

La exploración archivística para la formación de este notable conjunto integrado por 233 piezas, ha sido laboriosa y sagaz, beneficiándose básicamente de los fondos del Archivo y Biblioteca del Colegio de Notarios de Barcelona, Archivo Histórico de la Ciudad y Archivo de la Corona de Aragón, complementados con textos espigados de otros depósitos documentales y bibliográficos de la ciudad y de la casa Dalmases de Cervera.

Un centenar de páginas como introducción, ayudan a penetrar en el contenido e interés del conjunto documental. Su valor para la futura redacción de la historia notarial de Cataluña es indiscutible, aun contando con los parciales estudios de diversos autores: Carreras Candi, Santamaría, Honorio García, Durán y Cañameras, Pons Guri, etc. Oportunamente se alude en el inicio de estas páginas introductorias a la



amplia problemática sobre la historia notarial prevista por Núñez Lagos: a) historia del documento y de su valor y efectos jurídicos; b) historia de la función notarial, y c) historia de la organización notarial. Cabe decir que la documentación aquí reunida afecta de modo central a los dos últimos extremos, sin perjuicio de brindar incidentalmente noticias apreciables para el primero que, por sí solo, exige una atención especial. La limitación geográfica —ciudad de Barcelona— representa sólo el prelude de otros volúmenes en que se piensa recoger el material relativo a las restantes ciudades y comarcas catalanas. La abundancia del mismo exigía tal ordenación, pero dado el relevante papel ejercido por la ciudad de Barcelona y la peculiaridad de su organización notarial, es fácil colegir que la documentación del presente volumen encierra virtualmente un alcance superior al de su ámbito meramente local.

En efecto, el examen de la misma nos advierte, y los párrafos de la introducción cuidan de subrayarlo, cuán pronto y tenazmente la ciudad, es decir, la municipalidad de Barcelona, se aplicó a desarrollar la primera ordenación pública del oficio de notarios como profesionales técnicos de designación real a través del *veguer* y prohombres del lugar (Cortes de 1289), mediante previos exámenes ante estas autoridades municipales y con otros *sapientes*, es decir, juristas (Doc. n.º 9). Unos Capítulos de 1301, elaborados por el *veguer* y las autoridades municipales de la ciudad, y aprobados por el monarca (Doc. n.º 12), inician la regulación del notariado barcelonés, de los *notarios públicos* de la ciudad, que se distinguen claramente de los restantes *notarios reales*, es decir, los designados directamente por el rey, sin examen, por razón de oficios diversos, generalmente en su propia curia, o en el ambiente forense. La lucha de los primeros por mantener la exclusiva de la actuación notarial en el ámbito de la ciudad, frente a estos últimos, reducidos a actuaciones ocasionales en tránsito por la misma o en la órbita de la fe pública judicial, constituyó una constante que se prolongaría hasta los tiempos modernos, con alternativas de rigor y tolerancia, al socaire de diversas circunstancias. La creación del Colegio, en 1395 (Doc. n.º 42), reforzó aquel sentido corporativo y acentuó esta rivalidad profesional. El siglo xv presencia una gran vitalidad en el estamento notarial barcelonés; y su organización colegial, aunque sujeta en último término al *veguer* real, se centra e incardina en el círculo municipal. Las mismas autoridades directivas del Colegio —dos Piores— eran designados por los Concelleres, al igual que lo hacían éstos con los Cónsules de Mar, y con los regentes de otros Gremios y Corporaciones. Sucesivas Ordenanzas, emanadas del Consejo de Ciento o de sus órganos delegados, fueron regulando con mayor prolijidad los diferentes aspectos de la función notarial. La admisión de aspirantes al notariado fue minuciosamente detallada a través de unos exámenes —en los que ya intervinieron los propios notarios—, con limitación a dos plazas anuales. Los requisitos exigidos (veinticuatro años de edad y ocho de prácticas en un estudio de notario, aparte la posesión de unas cua-



lidades morales), parecen configurar una profesión de índole eminentemente práctica, pues no consta la exigencia de unos estudios universitarios, un título de licenciado o doctor en derecho. Este extremo lo haría notar, siglos después, en un caso concreto, el jurista Fontanella, al excusar la deficiencia de una obra de su compañero Solsona, alegando que el mismo no era doctor en leyes, sino notario, y por tanto no estaba obligado a más. (Vid. pág. 101). No en vano en la jerarquización estamental de la ciudad, los notarios, a pesar del gran prestigio social y honorabilidad de que gozaban, figuraban en el estamento de los *artistas* (Arte de Notaría...). La vigilancia y conservación de los protocolos, la expedición de copias de los instrumentos autorizados (con la cuestión de su elaboración originaria en reducidas *notas* o *aprisias*) y, en una palabra, el control de la actuación profesional de los colegiados, fueron objeto de reiteradas disposiciones en las numerosas Ordenanzas promulgadas por las autoridades ciudadanas.

La Edad Moderna, con el nuevo giro que toma su orientación política, de marcado predominio regio, y decadencia de las autonomías ciudadanas, se hizo sentir en el campo que examinamos, con un franco decaimiento del Colegio de Notarios Públicos de Barcelona, cuyos cargos, como los de todos los organismos públicos, fueron designados también por insaculación. El hecho más notorio en este sentido fue la creación del Colegio de Notarios Reales (1544), que al amparo de la nueva Real Audiencia (Doc. n.º 143), pudo enfrentarse con más vigor con sus antiguos rivales, logrando una equiparación práctica en el ejercicio de sus funciones, que se tradujo de hecho en una duplicación en el número de los profesionales habilitados.

Una infinidad de aspectos de índole varia, imposible siquiera de enumerar aquí, son perceptibles en el seno de esta masa documental. La utilización de la misma viene enormemente facilitada por el juego de índices cuidadosamente compuesto por los autores. Reproducciones fotográficas de diversas piezas publicadas, embellecen este libro, de impecable presentación. El notariado barcelonés ha ganado con su publicación un nuevo lauro en su probada ejecutoria de afanes culturales, valorizando la tradición de su Colegio y de sus Archivos.

J. M. FONT RIUS.

SALCEDO IZU, Joaquín José: *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Universidad de Navarra, 1964.

Sabido es que las monografías sobre cada una de las piezas componentes de lo que Vicens Vives llamaba el «régimen polisindial» en la Monarquía del xvi-xvii, son escasas. El libro de Schäfer sobre el Consejo de Indias, el más general de Fritz Walser, algunas páginas del no muy valioso volumen de Cordero Torres sobre el Consejo de Estado, el estudio preliminar de Carlos Riba antecediendo a los documentos del Consejo de

Aragón por él publicados, la póstuma aportación de Vicens Vives al Congreso de Estocolmo de 1960 y bien poco más, amén de algunos artículos o trabajos menores que no es pertinente mencionar aquí. Por eso, la obra de Salcedo Izu se lee con el interés que despiertan los libros que nos hablan de temas tan importantes como poco conocidos.

Los comienzos de la institución navarra cuyo estudio comentamos son oscuros, y ello por varios motivos. El fundamental estriba en precisar cómo y cuándo la informe función asesora o consultiva que algunos altos cortesanos ejercieron junto al rey incluso en siglos altomedievales, se organiza y estabiliza configurando una institución de funcionamiento regulado normativamente. Este fenómeno puede predicarse por igual respecto a otros Consejos no navarros de nacimiento bajomedieval; así, el Real de Castilla. (Sobre los orígenes de éste Salcedo cita unas páginas de Piskorski, que a mi modo de ver —como ya apunté en este «Anuario», XXXII, página 366, nota 33— no son tan esclarecedoras como parecen, sino que contienen peligrosas confusiones. El mismo Salcedo, que las valora muy positivamente, no parece distinguir entre el Consejo Real navarro y el Consejo de Regencia por minoría real, siguiendo en esto la, a mi juicio, errónea concepción de Piskorski sobre las paralelas instituciones castellanas.)

El segundo motivo de imprecisión en la etapa bajomedieval del Consejo Real navarro (siglos XIII, XIV y XV) es su coexistencia junto a la Cámara de Comptos y la Corte Mayor. La Cámara desde su origen o reorganización en 1364 se dedicó preferentemente a menesteres económicos; la Corte Mayor era entonces el tribunal supremo de Navarra, y el Consejo intervenía en materia jurisdiccional, participaba junto al rey en actividades normativas y era el más alto órgano gubernativo central, siendo esta última actividad (la consultiva-administrativa) su principal dedicación; quedaban así dibujadas desde los primeros siglos las tres facetas del Consejo navarro, al mismo tiempo que cada una de ellas planteaba frecuentes conflictos de competencia con otras instituciones regnicolas. Pasadas las primeras décadas del siglo XVI y terminada la conquista de Navarra por don Fernando («época mala» para el Consejo, al decir de Salcedo Izu), la institución (cuya sede fue siempre Pamplona, salvo contadas y ocasionales excepciones) se consolidó y afirmó su personalidad.

Este proceso de consolidación está relacionado con el creciente interés del rey, del propio Consejo y aun de las mismas Cortes, en someterlo a una regulación legal, que fijase su competencia y la delimitara de la de otras altas instituciones navarras. Salcedo Izu clasifica las disposiciones estructuradoras del Consejo con arreglo a su procedencia; por tanto habla de Ordenanzas del rey o de sus Visitadores, Cédulas reales (muy frecuentes en el XVI), Ordenanzas emanadas del propio Consejo, Provisiones y Autos Acordados en el mismo, y finalmente Leyes de Cortes. Por los datos y palabras de Salcedo se entrevé una pugna entre Cortes y



Consejo. Parece ser que las Cortes actuaban más en defensa de la legislación foral (medieval o moderna), mientras que la línea de comportamiento del Consejo debió ser más dócil a la administración regia y a la aceptación de la legislación procedente de la Corona.

La relación entre el Virrey y el Consejo ha sido muy bien estudiada por Salcedo, quien llega sobre este problema a las siguientes conclusiones. El Virrey no era presidente del Consejo Real, aunque su participación en el funcionamiento de éste fuera intensa. En ocasiones (por ejemplo, en el ejercicio del derecho de «sobrecarta»), Consejo y Virrey actuaban juntos. Por el contrario, la administración de justicia pertenecía al Consejo con exclusión del Virrey, si bien se produjeron esporádicas intromisiones de éste en asuntos judiciales. Por su parte el Virrey, en cuanto Capitán General tenía plenos poderes militares, no pudiendo en tal materia ni siquiera recibir el asesoramiento del Consejo. Este en materias administrativas generales actuaba «asesorando y ayudando al Virrey» como antes lo hiciera con los reyes navarros.

La Presidencia del Consejo, al menos desde las Ordenanzas de Valdés de 1525, recae en un funcionario unas veces denominado Presidente y otras Regente. En un principio el cargo recayó en un prelado, luego, casi siempre en juristas, y en todo caso en extranjeros. La extranjería del Virrey tenía así su complemento en la del Regente, a pesar de la natural e inútil resistencia de los navarros a este respecto.

Los consejeros propiamente dichos fueron seis en todo momento. En su gran mayoría fueron juristas, y salvo excepción, navarros. El nombramiento procedía del rey y era vitalicio en muchos casos. Por debajo de los consejeros había una extensa serie de funcionarios cuyas actividades concretas ha estudiado Salcedo Izu apoyándose para ello principalmente en las diversas Ordenanzas del Consejo.

De especial importancia es el examen de las atribuciones del Consejo. Estas abarcaban las tres ramas ya indicadas: la judicial, la gubernativa y la normativa. Aunque desde el siglo xvi el Consejo Real fue el más alto tribunal del Reino tanto en materia civil como en la criminal, no fue ésta su única misión; junto a ella, el Consejo continuó ejerciendo actividades gubernativas (muchas de ellas económico-administrativas), aunque siempre en relación de dependencia con el Virrey. En el campo normativo la competencia del Consejo siempre estuvo subordinada a la de las Cortes, pues, en efecto, ninguna disposición aprobada por el Consejo podía ir contra los fueros y Ordenanzas dados en Cortes, ni podían consistir por su contenido en verdaderas leyes generales. (Tal vez teniendo en cuenta esto fuera más exacto hablar de «disposiciones de gobierno» emanadas del Consejo, que de sus atribuciones «legislativas».) También ejercía el Consejo (como ya apunté) la importante misión de «sobrecartear» las disposiciones normativas dirigidas a Navarra o de carácter general pero que no procedieran de las Cortes navarras; sin este «pase» o supervisión que garantizaba la no contradicción de tales disposiciones con los fue-



ros del Reino, aquéllas no podían aplicarse en Navarra. Finalmente hay que destacar entre las disposiciones directamente procedentes del Consejo la existencia de los Autos Acordados, al parecer tan numerosos y de tan heterogéneo contenido como sus homónimos castellanos.

Esta triple función del Consejo autoriza a Salcedo Izu a afirmar la peculiaridad institucional del mismo, pues difiere de los Consejos reales de otros reinos hispánicos por su más acentuada actividad judicial, y de las Audiencias y Chancillerías castellanas por sus facetas gubernativa y normativa; aspectos estos últimos que lo aproximan a las Audiencias de los reinos de la Corona aragonesa y de las americanas. La confrontación de las Audiencias americanas se ha hecho hasta ahora principalmente con sus posibles precedentes catalano-aragoneses o castellanos; Salcedo Izu introduce así un nuevo término comparativo: el Consejo Real navarro.

El libro se completa con sendos capítulos dedicados al régimen interior y a las inspecciones, más otro dirigido a esclarecer las relaciones y los frecuentes conflictos con otras instituciones navarras o castellanas. (Se nota en este punto la ausencia de todo estudio comparativo del Consejo con la Diputación de Navarra, probablemente por la escasa bibliografía existente acerca de la Diputación, sobre la cual dirige en la actualidad su notable capacidad investigadora Salcedo Izu.)

He aquí, pues, una excelente tesis doctoral, tanto por su rigor en el manejo de las fuentes, en gran parte inéditas, como por la homogeneidad de su contenido y el interés de la institución estudiada.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

SALOMON, Noël: *La campagne de Nouvelle Castille à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, d'après les Relaciones Topográficas*, París, S. E. V. F. E. N., 1964.

Es ya mucho lo que la Historiografía de la España moderna debe a esfuerzo y a la atención del grupo de historiadores franceses continuadores de March Bloch y Lucien Febvre. En 1949 apareció el libro de F. Braudel, poco después (en 1953 y 1955) los de Lapeyre sobre los Ruiz. entre 1955 y 1959 la monumental obra de Pierre Chaunu sobre Sevilla y el Atlántico, en 1959 el libro de Lapeyre acerca de la Geografía humana de la España morisca, y más recientemente, en 1962, la fundamental obra de Pierre Vilar sobre Cataluña en la España moderna. Estos más destacados títulos y nombres testimonian solos sobre la importancia de la aportación de dicha escuela de historiadores a nuestra historia económica y social. Como una nueva obra dentro de esta línea hay que situar el libro de Noël Salomón que comentamos; por su tema, por sus supuestos metodológicos y por su calidad es comparable a los antes mencionados. Creo (al menos esa es mi intención) que las anteriores palabras encierran un claro elogio del trabajo de N. Salomón.

El autor ha utilizado directamente los siete tomos manuscritos de las Relaciones Topográficas existentes en la Biblioteca de El Escorial, en los que se encierran las contestaciones originales (procedentes de más de 600 núcleos de población castellanos) a los cuestionarios mandados repartir por Felipe II en 1575 y 1578. Como es sabido, gran parte de tan importante documentación permanece inédita, y un sector de la misma (lo relativo a Guadalajara) ha sido publicado por J. Catalina y M. P. Villamil, partiendo no del original escurialense, sino de una copia de las Relaciones hecha en el siglo XVIII y conservada en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia; sólo la edición dirigida por C. Viñas Mey y R. Paz sobre los pueblos de Madrid y Toledo se hizo con perfecto rigor crítico (C. S. I. C., I, 1949, y II, 1951; en el segundo de estos tomos puede verse el texto íntegro de los cuestionarios). Si recordamos que la existencia de las Relaciones fue denunciada por Fermín Caballero en 1866, habremos de reconocer que es justo el asombro de N. Salomón respecto a la incompleta y a veces imperfecta edición de tales fuentes, y sobre la inexistencia de trabajos de investigación que las tomaran como base. (No está de más aquí llamar la atención sobre el interés histórico-jurídico de muchas de las preguntas y de sus correspondientes respuestas, en especial del cuestionario de 1575, no sólo en relación con el régimen señorial, sino también acerca de cuestiones de administración municipal, de demarcaciones administrativas territoriales, de la existencia de mayorazgos y de otros muy diversos puntos pendientes todavía de su correspondiente utilización en estudios de Historia del Derecho). Al parecer, en el momento de publicarse el libro de N. Salomón, se había ya iniciado el manejo de las Relaciones por parte de profesores españoles, en función del estudio del régimen señorial a través de ellas. De todos modos es un hecho, que nadie antes de N. Salomón las ha utilizado sistemáticamente para un estudio estructural, que es precisamente lo que ha hecho el historiador francés. Y es que fuentes como las Relaciones Topográficas permiten estudiar estadísticamente y con deducción de conclusiones cuantificables y medibles en proporción, la realidad socioeconómica de la época. N. Salomón ha superado el estudio de muestreo basado en el análisis de casos aislados, y se ha enfrentado con un alud de datos, que debidamente sistematizados y cuidadosamente interpretados, le permiten llegar a conclusiones generales sólidamente fundadas.

El método de investigación de N. Salomón es de inspiración marxista; su hipótesis metodológica es el materialismo histórico (pág. 13). Hago mención aquí de ello por su directa relación con una cuestión a la que se refiere el autor con insistencia (págs. 13-14, págs. 187-188, etc.) y que no me parece ser un mero problema terminológico. Me refiero a su resistencia a aceptar el término «Régimen señorial» con su contenido y sentido usuales, proponiendo como término único y englobante el de «feudalismo» y afirmando (pág. 14) que la distinción entre lo feudal y lo señorial es más teórica que real. Parece claro que en un sentido macro-histórico es acertado definir como feudalismo, a la manera de Marx, el



inmenso período histórico que comprende desde la caída del Imperio romano hasta las revoluciones burguesas; en la medida que se acepte que las relaciones de producción son las condicionantes últimas de otros aspectos de la organización social, ese período histórico puede caracterizarse por un determinado sistema de producción agraria, al que cabe llamar en un sentido amplio «feudalismo». Los más convencionales términos de Edad Media y Edad Moderna proceden de visiones culturalistas o políticas de la historia; este otro de feudalismo (o los de sociedad o época feudal), que empleado con tal alcance abarca ambas edades, traslada el centro de atención a lo socioeconómico y significa la caracterización de una etapa anterior a la del capitalismo burgués. Con este sentido y con la finalidad (clara en Marx, y antes en Hegel, aunque con sentido no idéntico) de caracterizar grandes épocas históricas al margen de ulteriores precisiones historiográficas, el término feudalismo es útil, tiene un sentido instrumental de intelección de la historia y se corresponde con la realidad.

Sin embargo, dentro de esa época feudal (y sin dejar de aceptar su caracterización última, basada en un determinado sistema de producción), puede separarse y no por mero artificio conceptual, la existencia de unas relaciones o vínculos de fidelidad o dependencia entre nobles (beneficio-vasallaje) y otras relaciones entre dichos nobles o señores (*lato sensu*) y quienes trabajaban de hecho la tierra. La habitual denominación de «feudales» para las primeras y de «señoriales» para las segundas permite distinguirlas y seguir hablando de régimen señorial, de señoríos, de propiedad señorial, etc., con independencia de las relaciones feudales y aun después de que éstas (en su sentido estricto) decayeran o desaparecieran. Es patente que mientras las relaciones de poder entre nobles tuvieron su punto terminal en el Estado moderno, las relaciones señoriales, los señoríos, la propiedad señorial, subsisten todavía con plenitud en los siglos xvi (bien que con matices importantes sobre los cuales tanto nos ilustra el presente libro de Salomón) y en los dos siguientes. Por eso, la terminología usual de régimen señorial es real, se corresponde con unos fenómenos distintos de los llamados feudales en sentido estricto. Por todas estas elementales consideraciones (aludidas de pasada, rechazadas, pero no suficientemente contradichas por N. Solomón), me parece que si bien se puede manejar (y tiene sentido el hacerlo) la voz «feudalismo» con el amplio sentido propuesto por Marx, esto es, como sistema de producción, hay que seguir hablando también de «feudalismo» en un sentido más particular y más jurídico (recuérdese a este respecto el libro de Ganshof, por ejemplo), y además de «régimen señorial» como alusivo a algo distinto a las relaciones feudales estrictas, y como, acaso, el punto esencial de ese sistema de producción que Marx llamara feudalismo y que tal vez sería más exacto calificar como sistema señorial de producción, ya que no es lo específicamente feudal sino lo específicamente señorial lo que estaba en la base del sistema, y lo que por eso pervivió hasta la sustitución del mismo por el de la sociedad burguesa-capitalista.



En todo caso sí conviene insistir (en sentido coincidente a como lo hace N. Salomón) en la necesidad de no ver el régimen señorial como un sistema de relaciones jurídicas enlazadas aisladamente y estudiables sólo con mentalidad y métodos jurídicos; la naturaleza jurídica de los derechos señoriales es muy importante y explica en cada caso su alcance y contenido (el autor del libro que comentamos actúa en muchas páginas de los capítulos IV, V y VI con muy fino sentido histórico-jurídico); pero nunca son inteligibles las cargas soportadas por los hombres de señorío si no es en función de una determinada estructura sociopolítica y económica.

El libro de Salomón no atiende casi a la influencia de la estructura política en la vida de la Castilla rural, y sí mucho (como es lógico, dados sus supuestos metodológicos) al peso de lo económico y de lo social. Por ello, la cuantía económica de los derechos señoriales, la conexión del empeoramiento de la condición del campesinado con la inversión de capitales burgueses en el campo, el crecimiento de los señoríos como consecuencia de la penuria de la Hacienda real, la existencia de usura sobre los campesinos bajo formas jurídicas escasamente encubridoras..., todos estos y otros análogos fenómenos, se nos muestran siempre en sus vertientes socio-económica y jurídica. El resultado de todo ello es un libro ejemplar, en el que se nos ofrece una Castilla rural sin idealizaciones y sin disimulo, con todas sus sordas luchas, sus miserias y sufrimientos.

La tesis central de la obra es ésta: a finales del xvi el naciente capitalismo influye, condiciona y empeora las relaciones de producción campesina, produciéndose unas formas híbridas de «feudalismo» (en sentido amplio) y de economía burguesa-capitalista, que convergen en una más intensa explotación del campesinado. Según N. Salomon, a través de las Relaciones Topográficas presenciamos formas de propiedad privilegiada caracterizadas por esta híbrida explotación feudal y capitalista al mismo tiempo. A veces, los estamentos privilegiados aparecen como propietarios al modo señorial típico, siendo entonces la propiedad de la tierra base y fundamento de la percepción de cargas y del disfrute de derechos señoriales (jurisdicción incluida). Pero también hacia 1575 estas mismas clases aparecen como propietarios a la manera burguesa-capitalista, obteniendo de la tierra una «renta producto» cuya riqueza consiste en la apropiación de la plus-valía. Este hecho se manifiesta principalmente en la no coincidencia (según él cada vez más frecuente) de la propiedad y la jurisdicción sobre las tierras señoriales. La unión de ambas constituiría el señorío típico. La titularidad de la jurisdicción sin la propiedad sería una forma señorial incompleta. La acumulación de grandes propiedades señoriales sin jurisdicción, sería una forma de propiedad de tipo muy cercano a la capitalista-burguesa. Otro fenómeno relacionado con todo esto es el enriquecimiento de un grupo de la población rural (los «villanos ricos»), labradores villanos que pueden llegar a ser señores de vasallos comprando con dinero situaciones hasta entonces reservadas al estamento privilegiado. También simultáneamente se da la afluencia al

campo de dinero de banqueros y usureros burgueses que no lo emplean en el desarrollo de formas y empresas mercantiles, sino más bien en préstamos usurarios (principalmente bajo la forma de «censos al quitar») a los labradores, que agobiados por las cargas señoriales, por la crecidísima renta del arrendamiento, por los diezmos eclesiásticos y por las cargas reales, se ven forzados a entregarse a esta nueva forma de opresión, que se les muestra aparentemente y a corto plazo como salvadora.

Necesariamente hemos de dejar sin mención muchos aspectos de la obra de Salomon. Digamos por último que para el historiador del Derecho son de particular interés el Capítulo V (sobre el señorío), el IV (en que estudia las diversas formas de propiedad de la tierra) y el VI (en el que analiza la naturaleza, forma jurídica y cuantía de las diversas cargas que pesaban sobre la población rural castellana); hay que destacar los mapas y las páginas destinados a enumerar y describir el régimen jurisdiccional de cada uno de los pueblos castellanos mencionados en las Relaciones.

En suma: un libro realmente importante por su estilo, por su método y por su calidad y temática, tanto para el historiador de la economía, como para el de las instituciones jurídicas y sociales.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

*Tabula de Amalphi* (ed. de V. GIUFFRÉ y colaboradores del Seminario napolitano de A. GUARINO, sobre la transcripción de L. CASSESE). Di Mauro editore, Cave dei Tirreni, 1965; 193 páginas.

Pardessus, el famoso compilador de las *lois maritimes* anteriores al siglo XVIII, había dudado injustamente de las referencias a esta *Tabula Amalphitana*, que vino a descubrirse efectivamente poco después de su obra, en 1843. Contiene aquélla las ordenanzas marítimas de Amalfi, una colección de costumbres judiciales sin valor legislativo ni expansión considerable, titulada *Capitula et ordinationes curiae maritimae nobilis civitatis Amalphi*, que se agregan a las *Consuetudines civitatis Amalphi*. Se compone de dos núcleos, uno del siglo XI/XII, en latín (cap. 1-21), y otro del siglo XIV, en italiano (cap. 22-66). Es la más antigua colección medieval de derecho marítimo del Mediterráneo, el cual alcanza un sistema más completo y de mayor aplicación en el *Llibre del Consolat de Mar*.

A una introducción del conocido romanista Antonio Guarino, sigue el texto, con traducción y comentario, más la reproducción fotográfica de la copia manuscrita, y termina el libro con unos apéndices sobre la historia del derecho marítimo en que se inserta la *Tabula*, del vocabulario de términos técnicos de la misma, y de la bibliografía. Una primorosa edición (a iniciativa del «Ente provinciale per il Turismo di Salerno»), cuidada en todos los detalles tipográficos, que hacen del libro una joya bibliográfica. Al mismo tiempo, una buena muestra de trabajo del equipo



dirigido por A. Guarino: V. Giuffré, adjunto de la Universidad de Nápoles, y sus colaboradores E. D'Auria, Giuseppina Mangano, C. Meoli, M. Nobile, Giuseppina Pessolano y G. Scardaccioni.

A. O.

TANZI, H. J.: *Los comentarios periodísticos al Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812*. Buenos Aires, 1965. Separata de la «Revista del Instituto de Historia del Derecho», núm. 15, 1964, págs. 179 a 198.

El 23 de enero de 1812 se publica el Reglamento de Institución y Administración de Justicia, bajo el gobierno del primer Triunvirato. La independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata era ya un hecho desde 1810 y ahora se trataba de regular la composición y el funcionamiento de los Tribunales del antiguo Virreinato, conforme a las ideas innovadoras y liberales que presidían la actividad legislativa de la época. H. J. Tanzi analiza en el presente trabajo las críticas que dos periódicos contemporáneos dedican al articulado de este Reglamento que, en su opinión, si bien introdujo escasas novedades, logró condensar y ordenar en poco espacio lo disperso y abrumador de muchos aspectos de las leyes hispanas.

El semanario *El Censor*, fundado el 7 de enero de 1812, publicó doce números y se nutrió preferentemente con los comentarios que a este cuerpo legal hace su único redactor don Vicente Pazos Silva o Pazos Kanki, de cuya azarosa vida nos da noticia el autor en las primeras páginas. Bajo el título *Reflexiones sobre el Reglamento de Institución y Administración de Justicia*, el periódico censura en primer lugar la génesis misma del Reglamento que debió aparecer, conforme estima Kansi, después de dictada la Constitución, porque no pueden suprimirse los Tribunales constituidos y sustituirse por otros sin la previa sanción del sufragio universal. Critica la diferencia establecida entre los pueblos subalternos y las capitales de provincia para apelar en los pleitos de cuantía comprendida entre 50 y 200 pesos, como contraria al principio de igualdad, la división de los juicios en orales y escritos según fuesen inferiores a 200 pesos o sobrepasaran esa suma, el confusionismo con que se regula el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia y califica de intrascendente la sustitución, con efectos meramente nominales, de la Real Audiencia por la Cámara de apelaciones. Esta Cámara estaba integrada por cinco patriotas, tres de ellos letrados y dos vecinos sin esa calidad, siempre que tuvieran buen juicio, costumbres y opinión, y *El Censor* combate con párrafos certeros la heterogeneidad del Tribunal. Repasa la historia de las instituciones judiciales y llega a la conclusión de que siempre fueron doctos en la materia quienes distribuyeron justicia, porque con la creación de jueces iletrados se pone en peligro la seguridad de las personas. El nombramiento de sus miembros se



haría para un período de dos años y el redactor augura al sistema una serie de perniciosas consecuencias. El Reglamento establecía un Tribunal de Concordia al que era forzoso acudir como trámite previo al pleito y el autor destaca aquí la crítica de los historiadores argentinos a esta institución cuya finalidad consistía en «obligar a hacer las paces». El periódico elogia otras disposiciones, como el juicio de residencia, sabio legado de la legislación hispana que obligada a los magistrados a juzgar y a actuar con prudencia y dignidad y considera muy acertadas las normas relativas al tratamiento de la Cámara, régimen de sustitución de sus componentes, funcionamiento interno, preferencia al despacho de causas criminales, etc.

El otro semanario que prestó atención al Reglamento fue *El Observador Americano*, aparecido el 19 de agosto de 1816. En la sección de Jurisprudencia, su redactor, el insigne jurista D. Manuel Antonio de Castro discurre sobre temas generales y expone sus ideas jurídicas, que pueden ser aplicadas al Reglamento, aunque no iban referidas a él directamente. El número segundo del periódico alude ya concretamente al articulado y comienza por ponderar el cambio de nombre del antiguo Tribunal de la Real Audiencia por el de Cámara de Justicia, pero coincide con Kanki en juzgar un error indisculpable: la inclusión como miembros de los dos hombres buenos, que no pueden acertar en la aplicación de las leyes sino por casualidad. Concuerta también su opinión con la del redactor de *El Censor*, cuando considera desacertada la medida de suprimir la dirección obligatoria de letrados, lo que traería consigo un incremento de las solicitudes infundadas o caprichosas y produciría innecesarias complicaciones en los juicios más sencillos. Castro termina sus disgresiones con una alusión elogiosa a las críticas que cuatro años antes había publicado *El Censor*, donde se expusieron criterios que más tarde fueron confirmados por la experiencia, y así hace resaltar que muchos de los artículos que Kanki había tachado de impracticables se derogaron con posterioridad.

J. H. Tanzi aborda, por su parte, el examen del Reglamento, y al enjuiciar el contenido hace notar el tenue sentir político que emana de algunas expresiones, fruto, sin duda, de las corrientes ideológicas que lo inspiraron; le reconoce el mérito de haber abierto el futuro camino de la justicia argentina y afirma que, a pesar de sus fallos, debe ser considerado como uno de los más importantes antecedentes de la actual organización judicial de su país. En suma, el autor va exponiendo sistemáticamente los comentarios que este texto suscitó y matiza y corrige a menudo las apreciaciones de los dos periodistas, con preferencia las aparecidas en *El Censor*, a cuyas *Reflexiones* dedica la mayor parte de su trabajo.

ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ.

*Cátedra de Historia del Derecho Español  
de la Universidad de Sevilla.*

*Temas de Historia Económica Hispanoamericana*. Ensayos de A. Jara, R. Mellafe, R. Romano, S. Villalobos, presentados por F. Braudel y E. Pereira Salas.—Universidad de Chile. Centro de Investigaciones de Historia Americana. Santiago de Chile. Ecole Pratique des Hautes Etudes. Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine (Sixième Section: Nova Americana, I). Mouton & Co.—París-La Haya, 1965, 78 págs.

El presente volumen recoge una serie de comunicaciones presentadas a la Mesa redonda celebrada en el Centro de Investigaciones de Historia Americana de la Universidad de Santiago de Chile en septiembre de 1963. Más que investigación sobre nuevos materiales, se ofrecen ensayos que plantean una problemática en torno a futuros estudios de la Historia Económica de América durante el dominio español. Para ello se analizan los conocimientos que sobre diversos aspectos de la economía nos han proporcionado los historiadores, revisándolos, señalando nuevos rumbos a seguir e indicando posibilidades de un replanteamiento de los problemas. La primera comunicación de Rugiero ROMANO: *Historia colonial hispanoamericana e historia de precios* (págs. 11-21), comienza analizando el término *colonial*, aplicado a las Indias Españolas, y concluye que aunque jurídica y administrativamente éstas no fueron colonias, sin embargo, desde un punto de vista económico, sí pueden ser consideradas como tales, pues su régimen fue, en este aspecto, de economía natural, sin ninguna autonomía en las altas esferas del poder económico. En ellas la moneda representó muy poco, por lo cual es inaplicable a la Economía de las Indias Españolas una metodología basada en el estudio de los precios. Esta afirmación por proceder de Romano, uno de los principales representantes de esta nueva corriente historiográfica, es de un valor excepcional. En relación con los precios, cabe, sin embargo, investigar algunos aspectos interesantes: Establecer un costo de producción mediante un análisis comparativo de los precios en América y Europa de los artículos de exportación e importación; hallar una geografía de precios dentro de las diversas regiones de la América española, señalando las características de subcolonias de unas zonas con respecto a otras.

El segundo trabajo, debido a Rolando MELLAFFE, versa sobre *Agricultura e historia colonial hispanoamericana* (págs. 23-32). Pone de relieve la falta de una investigación sistemática de la historia agraria del Nuevo Mundo y brinda toda una problemática en torno a ella que merece un detenido estudio: En primer lugar, señala el interés de las relaciones entre minería y agricultura, considerándolas a ambas como bases de la economía colonial. Seguidamente alude a las de la segunda, como actividad de sustentación y consumo, con el panorama demográfico. Otro aspecto que destaca es el de la agricultura en conexión con la propiedad de la tierra, en particular con sus implicaciones sociales. Finalmente, hace referencia al estudio de lo que podríamos llamar economía de plantación, particularmente relacionada con el mercado europeo.



La tercera comunicación por Alvaro JARA: *Economía minera e historia colonial hispanoamericana* (págs. 33-43), señala como campo de posibles investigaciones las causas que condicionan el desarrollo de la economía minera y el estudio interno del mismo. En él considera como factor fundamental el elemento humano: español o indígena. Otro aspecto cuyo estudio no ha sido exhaustivo, es el de la técnica minera, algo mejor conocida la de la plata, pero totalmente inédita la de otros minerales menos nobles: hierro, cobre, azufre. También convendría analizar el índice de actividad minera por regiones o las relaciones entre el minero y la mano de obra y, en particular la actividad de los grupos productores. Finalmente, otro tema que pudiera abordarse es el de la circulación del producto extraído: actividades de las Casas de Moneda, exportaciones, comercio, etcétera.

*Problemas demográficos e historia colonial hispanoamericana* (páginas 45-55), es tema que también ofrece Rolando MELLAFE, aunque el trabajo nos parece menos interesante que el citado sobre la agricultura. En el alude a los cálculos hechos sobre la población precolombina y sintetiza los factores que contribuyeron a su disminución sobre todo el complejo trabajo —dieta alimenticia— epidemias. Termina poniendo de manifiesto el papel que corresponde al mestizaje en la recuperación demográfica de la América española a partir del siglo xvii.

La comunicación de Sergio VILLALIBOS R. sobre *Problemas del comercio colonial* (págs. 57-62), es, a nuestro entender, la menos conseguida de todas, pues se limita a ofrecer una visión panorámica incompleta de la evolución del régimen comercial de España con las Indias en el siglo xviii.

El tema del comercio, sin embargo, vuelve a ser abordado por Manfred Kossok en *Comercio y economía colonial de Hispanoamérica* (páginas 63-74). Sintetiza las tendencias que se observan en la historiografía de las relaciones comerciales de España con sus Indias y, esquemáticamente, alude a los principales problemas, características y evolución en los siglos xvi y xvii. Con mayor detenimiento se ocupa de las innovaciones experimentadas por la economía colonial en el siglo xviii y de sus repercusiones en el comercio. En relación con ellas se plantea el problema de si el comercio contribuyó a sustituir el sistema de economía «feudal» implantado por la conquista, por una economía monetaria propia del capitalismo y llega a la conclusión de que el proceso no se verificó, entre otras causas, porque la burguesía colonial, a quien debiera haber correspondido el principal papel de la transformación, sólo fue una intermediaria de intereses extranjeros respecto al comercio con Europa y no mostró gran interés por una industria autóctona, prefiriendo invertir sus capitales en tierras.

M.<sup>a</sup> ENCARNACIÓN RODRÍGUEZ VICENTE.

*Universidad de Sevilla*



ULLOA, Modesto: *La Hacienda real castellana en el reinado de Felipe II*. Librería Sforzini, Roma, 1963.

He aquí un extenso libro (590 densas páginas), sin duda importante por razón del tema y por la gran cantidad de datos que contiene. Es también una obra de difícil lectura, entre otras razones, por su estilo enumerativo-descriptivo. Creo que hubiera sido conveniente colocar junto a los capítulos introductorios que el autor dedica a la población y a «Sociedad, Estado y Gobierno», otro dirigido a ofrecer al lector un cuadro general de la estructura económica castellana de la segunda mitad del xvi, sin cuyo conocimiento es difícil valorar la política y el sistema fiscal. Y por otra parte, tal vez hubiera sido también oportuno un capítulo final en que el autor, superando el método analítico seguido a lo largo de la obra, hubiera interpretado, honda y conectivamente, los abundantísimos datos ofrecidos, para obtener de ellos más conclusiones de las que nos muestra sólo particularmente en cada capítulo, o se nos insinúan en el dedicado a las repercusiones de la política fiscal en los precios.

Modesto Ulloa ha manejado mucha documentación del Archivo de Simancas y de otros varios, con base en la cual elabora numerosas Tablas cuantitativas. En algunos importantes capítulos, como los dedicados a las alcabalas y a los servicios ordinario, extraordinario y de millones, la fuente básica son las Actas de las Cortes de Castilla, con menor utilización de documentación inédita.

En el cuerpo central de libro Ulloa estudia sucesivamente las rentas ordinarias, los servicios votados en Cortes, los ingresos de Gracias y los procedentes de arbitrios y expedientes varios. En un extenso capítulo examina la Hacienda real en Indias, y su contribución al Tesoro de Castilla. Termina el libro con dos capítulos dedicados, respectivamente, a la evolución de la Hacienda real desde 1559 y a las repercusiones de la política fiscal en los precios.

Es imposible resumir aquí el cuerpo de ideas (muchas de ellas expuestas de modo casuístico, al filo de los datos), que constituyen el esqueleto del libro. Me limito a entresacar algunas conclusiones y hechos más destacables.

A las grandes rentas heredadas, Felipe II añadió otras nuevas; aquéllas eran principalmente las alcabalas y tercias, puertos secos, almojarifazgo mayor de Sevilla y almojarifazgo de Indias, servicio y montazgo, derechos de la seda de Granada, las Gracias (Maestrazgos, Cruzada y Subsidio) y los servicios ordinarios y extraordinarios. Felipe II aumentó en ocasiones la recaudación de alguna de estas rentas (el caso más importante fue el crecimiento del precio del encabezamiento de tercias y alcabalas en 1575, parcialmente reducido en 1577). Pero no bastando ello para cubrir los siempre crecientes gastos, creó o incorporó otras rentas como el nuevo derecho de las lanas, los puertos de Portugal, los diezmos de la mar, el estanco de la sal, el estanco de los esclavos, y la renta de población de Granda; se obtuvo del Papa, una nueva Gracia, el excusado;

y de las Cortes los «millones», renta esta última comparable en rendimiento solamente a la alcabala y a las remesas de Indias. Todos estos ingresos son minuciosamente analizados por M. Ulloa, indicando en cada caso el sistema de recaudación empleado por la Hacienda entre los varios posibles, de los que previamente —en páginas 67 y 68—, ha dado una breve descripción. También aporta frecuentes datos sobre el destino y gasto de cada una de las rentas.

Sobre las alcabalas solía haber «situados», como ya es sabido, grandes cantidades de juros (acerca de los juros y de su negociabilidad hay párrafos muy sugestivos en páginas 71 y siguientes y 546-548). En ocasiones el valor de los juros superaba a los ingresos a percibir por la renta; ejemplos numéricamente computados de este fenómeno pueden verse en relación con las alcabalas de Toledo entre los años 1569 a 1598, en la Tabla V de la página 133. Pese al ya citado aumento de las alcabalas y tercias en 1575, a la muerte del rey en 1598, el importe de los juros situados sobre tercias y alcabalas volvió a ser (como ya había sucedido en 1574), casi igual al valor de lo ingresado por la renta. Respecto a las alcabalas, son también importantes los datos que ofrece Ulloa acerca de las franquicias, y de los tipos diversos con los que se cobraba: «una opinión común muy extendida le atribuye (a las alcabalas), carácter y tipo uniforme o casi uniformes, y también universalidad. No parece que tuviera esas propiedades» (pág. 111).

Los capítulos sobre las que podríamos llamar rentas de aduanas en general, son quizá los cimentados en más abundante documentación inédita.

El análisis de las características de los servicios ordinario y extraordinario, de la frecuente desnaturalización de las mismas en la práctica, de su aprobación en Cortes y de su repartimiento (págs. 289 a 296), es quizá de los más agudos e interesantes.

En el capítulo XVI (págs. 317 a 332), estudia Ulloa las negociaciones entre el rey y las Cortes sobre el servicio de millones. Las conclusiones más claras contenidas en tales páginas son éstas: el rey pidió el nuevo servicio para restaurar la escuadra derrotada por Inglaterra, pero sólo una parte de lo recaudado se invirtió en tal gasto; las Cortes conectaron la concesión de los millones con la petición (no satisfecha), de que se redujera el precio del encabezamiento de tercias y alcabalas; según la escritura del otorgamiento (4. IV. 1590), no habría exenciones en relación con el servicio de millones, no habría tampoco obligación solidaria entre las ciudades (excluyendo así la posible responsabilidad de unas por lo no recaudado en otras, como sucedía con el encabezamiento de las alcabalas), y una vez hecho el repartimiento, cada localidad podría usar para recaudar lo a ella repartido, los arbitrios que juzgara pertinentes. Dada la situación de casi agotamiento en que se encontraba ya el país, las ciudades y villas tuvieron que recurrir a los más drásticos y perniciosos procedimientos para lograr recaudar lo repartido a cada una de ellas. (Sería de gran interés buscar en Simancas hasta conseguir rehacer la

historia de los medios realmente empleados por las ciudades con esta finalidad; por los pocos pero muy ilustrativos ejemplos citados por Ulloa, los frutos de tal investigación serían valiosísimos.)

En el capítulo dedicado a la Hacienda en Indias, el autor, basándose principalmente en colecciones de documentos ya publicadas, reconstruye la aplicación a Indias de las rentas castellanas, y su rendimiento. De especial interés son los datos referentes (págs. 106, 175 a 178, 259 a 266 y 451), a lo percibido por la Corona a través del comercio de esclavos: «Se trataba de una rama del comercio indiano que, en valor, era superada solamente por los vinos y los tejidos». Los derechos fiscales sobre estas operaciones mercantiles eran diversos.

Con todos los datos contenidos en los capítulos antecedentes, Ulloa esboza la evolución de la Hacienda castellana entre 1559 y 1598. Poco después de la bancarrota de 1557 el valor de los juros superaba ligeramente el de los ingresos fijos, por lo que entre 1559 y 1563 la Corona hizo nuevos esfuerzos por aumentar sus ingresos. Dada la situación de la Hacienda —descrita en un famoso memorial de 1560—, se ordenó por Real Cédula de 14 de noviembre de 1560 una «consolidación y conversión generales» de las deudas reales, que serían pagadas con juros al quitar del 5 por 100. Otra disposición análoga se promulgó tres años después, el 31 de octubre de 1563. Pero a pesar del aumento de algunas rentas (por ejemplo, el precio del encabezamiento de tercias y alcabalas, experimentó un primer crecimiento en el contrato de 1560), de las reducciones del interés de los juros, y de los tiempos relativamente tranquilos en el aspecto militar, la situación de la Hacienda en 1565-1566 seguía siendo angustiosa. Entre 1565 y 1575 se tomaron en préstamo a los asentistas genoveses y españoles, cantidades fabulosas, aunque cada vez era más difícil hallar ingresos libres o rentas fijas no embargadas en las que «situar» los juros. Todo ello no fue suficiente para evitar la suspensión de pagos de 1575 (1-IX-1575). Desde esa fecha, o más exactamente desde que empezaron a cobrarse las alcabalas según el nuevo precio del encabezamiento de 1575, y coincidiendo también con el aumento de otras rentas y del valor de las remesas de Indias, la Hacienda real conoció hasta 1584, aproximadamente, unos años de cierta holgura. Desde 1585 comienza un nuevo período caracterizado por la casi imposibilidad de aumentar los ingresos fiscales, y por el constante incremento de los gastos, consecuencia de las nuevas empresas político-militares. El descalabro de la Armada (1588), el primer servicio de millones (1590) y la tercera suspensión de pagos (1596), fueron los acontecimientos descollantes de los últimos años del reinado de Felipe II; el balance fiscal de dicho reinado aparece, pues, jalonado por las quiebras de 1557, 1575 y 1596, repetidas después (como escribió Vicens Vives), con la misma y rara periodicidad de veinte años.

El lector puede tener la seguridad de encontrar en la obra de Ulloa muchas más ideas y conclusiones de las aquí resumidas por mí; se trata,



en verdad, de un libro que habrá que consultar necesariamente sobre cualquiera de los temas en él analizados.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

VOLTES BOU, Pedro: *La Guerra de Sucesión en Valencia*. Instituto Valenciano de Estudios Históricos. Institución «Alfonso el Magnánimo». Diputación Provincial, Valencia, 1964.

En los preliminares de la obra, el autor hace una semblanza del Archiduque como algo anacrónico en aquel momento histórico. La hora de los Austrias había pasado y los intentos por mantenerse resultaban vanos. A esto hay que añadir, además, que la venida a España del Archiduque fue debida al apoyo de potencias extranjeras (Inglaterra, Holanda, etc.), que en pro de sus propios intereses llevan al enfrentamiento con Francia de buena parte de la población española.

Asimismo, se pone de manifiesto por el autor la presión ejercida sobre Barcelona para apoyar la causa del Archiduque y cómo la adhesión de las masas levantinas se debe, sobre todo, a que de este modo se valen de unas fuerzas que les permitirían hacer prevalecer sus intereses, aunque en realidad éstos no estén muy definidos.

Después de los preliminares, la obra se divide en ocho capítulos, de los cuales los dos primeros se refieren a la conquista y actuación gubernativa del Archiduque en Valencia; los restantes, después de la decisiva batalla de Almansa, recogen la actuación borbónica en todos los órdenes, como consecuencia de esa victoria. Uno de estos capítulos está íntegramente dedicado a la abolición de los Fueros y otro recoge ampliamente todo lo relativo a la política fiscal borbónica en esta región.

Hay que hacer notar el gran número de documentos y fuentes insertos en el texto, que, por otra parte, y al decir del mismo autor, son el motivo de esta obra al no haber podido incluirlos en anteriores escritos suyos. Hay también, alusión a diversos estudios sobre la materia y a autores que han tratado el tema.

La obra es objetiva. Recoge concretamente el aspecto de la Guerra de Sucesión referida a Valencia, pero no sin antes retrotraerse a los orígenes de esta guerra, que vienen, en primer lugar, de la decadencia que los Austrias sufren ya con Felipe III, y en segundo lugar en el testamento de Carlos II. Si Felipe V es aceptado jubilosamente por el pueblo, en general, es porque éste quiere algo nuevo, del mismo modo que es posible que las regiones sublevadas no se habrían rebelado si no hubieran mediado determinados hechos por parte de los aliados y del mismo Felipe V.

Otra de las causas de su fracaso, llegado ya el Archiduque a Valencia, es el desorden interno entre los aliados y la indecisión respecto a lo que debe hacerse. Hace remarcar el autor aquí, los tempranos actos de gobierno del Archiduque, preguntándose si se deberían a ansias de gobernar como tal rey, o más bien al miedo a unas instituciones, que sustituye

por otras porque no está muy seguro de ellas; si el motivo es este último, se demuestra la precariedad de su pretensión. También lo demuestra el hecho del gran número de bienes confiscados a los no adictos a su causa, lo cual puede interpretarse pensando que éstos eran muy numerosos o que son ellos los económicamente fuertes.

Pone también de manifiesto la inseguridad en las decisiones como ejemplo exponente de la mentalidad del gobierno austriaco de entonces: el caso de las Cortes de Valencia en 1706. Por otra parte, también las de Cataluña, concretamente las celebradas en Barcelona un año antes, habían demostrado la postura de los catalanes en defensa de sus costumbres; su adhesión no es tan fuerte que permita la desaparición de éstas.

Las campañas bélicas están expuestas a través de la narración que de ellas hacen el Conde borbónico de Berwick y el general del Archiduque, Conde de Pinto, de donde resulta una visión objetiva. Asimismo, en la Reconquista de Valencia introduce relatos del P. Miñana de gran expresividad.

Consecuencia inmediata de la victoria borbónica de Almansa es la supresión de los Fueros de Aragón; hay que poner de relieve, según lo hace el propio autor, a través de los Comentarios a la Guerra de España del Marqués de S. Felipe, el debate en el que se trató de la supresión. Las consecuencias de tal abolición se preveían y de hecho varios de los Consejeros dieron su voto en contra, pero prevaleció la opinión contraria y los Fueros son abolidos por Decreto de 30 de junio de 1707. Este Decreto expone como motivos para esta supresión la rebelión de Aragón y Valencia y hace ver la doble soberanía de Felipe V en ellas, pues ahora, junto a la soberanía como monarca, está el derecho adquirido por la reciente conquista.

Al mismo tiempo que se derogan los Fueros, se extienden aquí los «usos, prácticas y formas de gobierno» de Castilla, reiterando Felipe V, su agradecimiento a los castellanos por el apoyo prestado.

La supresión de los Fueros supone el cambio total; únicamente en materia eclesiástica se sigue observando la misma jurisdicción.

Ante este Decreto, del que bien puede hablarse como venganza, la ciudad de Valencia pide al rey su revocación. De esta petición es consecuencia un segundo Decreto, de 29 de julio, en el cual, si bien los Fueros quedan suprimidos como antes, los motivos apuntados ahora son «la unificación del derecho en toda España para que así gocen aragoneses y valencianos de los mismos honores que los castellanos». Los motivos que podríamos llamar oficiales, según los textos, serían estos, pero partiendo de documentos privados, el autor deduce como verdaderos motivos de aquella abolición, el odio que los castellanos sienten hacia el Reino de Aragón y el cumplimiento del pacto de que si ellos habían apoyado desde un primer momento al rey borbónico, era a cambio de que éste suprimiera los Fueros; y estos motivos parecen ser de más peso que los apuntados en los textos oficiales. Por otra parte, esta animosidad de los castellanos para con los Fueros aragoneses está también patente en la obra de Ma-

rañón sobre Olivares, que el autor menciona, así como en la satírica intención de Quevedo en *La rebelión de Barcelona* donde se refiere a los Fueros como algo que se gana como premio de servicios fieles, y que, por tanto, debe perderse en caso de infidelidad, a la que también alude el autor.

Correlativo a la abolición de los Fueros, expone Voltes Bou las primeras actuaciones borbónicas para ajustar la Administración y organización de Justicia al modo de Castilla, incluso en el aspecto económico y, claro está, en el político... Se producen situaciones de cierta confusión, como supone la existencia conjunta, actuando en sus cargos, de justicias y jurados, con alcaldes y regidores de reciente nombramiento. Las jurisdicciones de corregidores recaen ahora en los gobernadores que nombra la Cámara de Castilla. Hay, igualmente, cambios bruscos en las instituciones gubernativas y administrativas, referidas sobre todo al aspecto local, dándose normas nuevas para el funcionamiento de los Municipios. Muchas de las disposiciones aprobadas, una vez que habían sido ejecutadas volvían a desaprobarse; esto nos da idea de los primeros momentos de confusión. Con fines de remediar la situación, la mayor parte de las atribuciones de la Chancillería pasan al Comandante General, que tiene también atribuciones exclusivas en materia eclesiástica, como en caso de destierro de algún clérigo.

Otra de las consecuencias de mayor repercusión de la reconquista borbónica es el nuevo giro dado a la política fiscal, a la que el autor dedica otro de los capítulos, en el que nos presenta este aspecto con toda clase de detalles que reafirma con documentos:

La exacción y administración de las gabelas pasa de nuevo a los diputados que toman ahora el nombre de Administradores de la Generalidad; el producto de estas recaudaciones ha de dedicarse, en primer lugar, al mantenimiento de las tropas que el rey envíe.

El impuesto del «tall», uno de los más importantes, es suprimido por Decreto de 27 de febrero de 1709, con miras a facilitar el comercio, pero así, los censalistas que ya obtenían escaso beneficio, ahora no obtienen ninguno; ante la petición de éstos, el rey permite un encabezamiento de las villas y ciudades, en lugar del impuesto abolido.

Los cargos de Administradores de las Generalidades son sustituidos poco después por el Superintendente General de la Real Hacienda que actuaría junto con tres coadministradores, uno de los cuales sería eclesiástico, y así evitar que éstos pudieran alegar sus inmunidades; pero, en la práctica, nada se logró, puesto que ningún eclesiástico aceptó el cargo.

Del mismo modo, los diferentes tributos son estudiados detalladamente: las bailías se recaudaban en 40 poblaciones, los tercios diezmos en 24. Algunos de estos están arrendados, pero la mayor parte están en administración. Los derechos de Aduanas por mar y tierra consisten en el 15 por 100 por mar; y por tierra, en el 7 y el 2 por 100, según sea comercio fuera o en el interior del reino, respectivamente.

Los gastos de administración y cargas que pesaban en estos tres



tipos tributarios, son expresados dando cifras concretas sobre el importe de dichas cargas y gastos, así como de los sueldos que percibían los funcionarios.

De todas estas cifras se destaca el importante caudal de rentas que de estas regiones entraba en las arcas reales.

A raíz de la reconquista, son establecidas en Valencia las alcabalas y cientos, aunque después de 1708 este derecho no volvió a ser cobrado, pues los pueblos estaban ya demasiado oprimidos con las cargas de los cuarteles de invierno, que suponían un real de a ocho y medio por vecino, cada mes. En cuanto al cobro de este impuesto a los eclesiásticos, el rey se lo reserva directamente, como también hace con el nombramiento de todos los cargos de las Generalidades a propuesta del Superintendente y Coadministrador.

Asimismo, en 1711, el Consejo de Castilla encarga el plan de un batimiento de vellón provincial.

En los últimos capítulos, recoge el autor, en resumen, los aspectos más representativos que como consecuencia de la Guerra de Sucesión tuvieron lugar en la vida de Valencia.

MARÍA INMACULADA R. FLORES

WAGNER, Georg: *Das Türkenjahr 1664. Eine europäische Bewährung*. En «Burgenländischen Forschungen». Cuaderno 48. Eisens-tadt, 1964-65. 812 páginas. (En un tomo 708 págs. —LXXX + 628— y Apéndice por separado —104 págs.—).

El 1 de agosto de 1664 se cumplían trescientos años de la victoria lograda en Raabbogen (St. Gotthard-Mogersdorf) por un ejército cristiano —reclutado en diversos puntos de Europa— sobre las tropas turcas, casi cuádruples en número. Esta victoria significó entonces un hito decisivo en la salvación de Viena e incluso en el devenir de Austria y centroeuropa. Al análisis y significación del acontecimiento está consagrado el trabajo del profesor Wagner, que también considera —con detenimiento y profundidad— el panorama político e ideológico que permitió levantar una a modo de empresa colectiva europea en la mitad del siglo xvii.

El autor (miembro del «Institut für österreichische Geschichtsforschung» y principal colaborador del «Institut für Universalgeschichte» del «Internationales Forschungszentrum», con sede en Salzburgo—viene dedicándose con notoria autoridad al estudio de temas históricos de la Edad Moderna. El trabajo que comentamos supone, como el mismo autor explica, un intento de utilización exhaustiva de fuentes, cuyo disperso origen (Archivos de Graz, Innsbruck, Karlsruhe, Munich, París, Simancas y Viena), requirió una difícil tarea de acopio. Tras un breve preámbulo (págs. V-X), al que siguen algunas indicaciones críticas a propósito de las fuentes (págs. XI-XIII), figura un índice de la documentación extraída de los archivos antes citados (págs. XIV-XVII) y otro de las fuentes impresas y literatura histórica del momento (págs. XVIII-LXXVIII).

El profesor austriaco divide su estudio en ocho diferentes apartados que —al margen de consideraciones particulares sobre ellos, a lo que atenderé a continuación— se ordenan, a mi juicio, de la siguiente forma. Una amplia fase preparatoria dando cabida a los cuatro primeros capítulos. Un análisis central y minucioso del suceso bélico al que se destina el extenso capítulo quinto, como eje del trabajo. Por último, la descripción e interpretación de las consecuencias, tanto estrictamente militares (capítulo VI), como en su significación a la vista de la paz obtenida y consiguiente renovación ideológica (capítulos VII y VIII).

Las líneas introductorias al problema y fuentes, ponen de manifiesto la escasa y confusa atención que hasta ahora se había prestado a estos acontecimientos de 1664. Y así, ciertamente, hemos podido constatar que el excelente *Handbuch zur Deutschen Geschichte* de Bruno Gebhardt (1960) dedica una sola página a la explicación y análisis de la totalidad de la guerra. Además, el unilateral manejo de fuentes utilizadas por anteriores autores, a base de relaciones parciales de unos u otros cuerpos de ejército, ofrecían siempre resultados o juicios no precisos que alcanzaban a oscurecer la figura misma del que condujo al ejército cristiano —el príncipe Montecucoli—, personalidad que el Doctor Wagner rehabilita a lo largo de su trabajo.

Un interés muy especial reviste el análisis de la problemática europea —Imperio, Casa de Austria y Francia— con relación al mundo no cristiano, mostrando hasta qué punto residía en el centro mismo del poder político de Occidente una especial conciencia de misión. Para ello, y por lo que respecta a España, se esboza brevemente el doble enfrentamiento de la pretérita Reconquista y de la tarea americana. Probablemente la magnitud de ambas empresas es causa de que en el tratamiento general del autor quede postergada la concurrencia de España, bajo Felipe II, frente al poder turco. En cualquier caso, y simultáneamente al proceso de creación y fortalecimiento del Estado a partir del siglo xv, con la correlativa formación de una conciencia nacional, se abre también —ante el mundo no cristiano— una a modo de conciencia de «patria» referida a Europa. Así, Aeneas Silvius en su Epístola OXXXI («in Europa, id est in patria, in domo propria...») tal vez empujado por la reacción que la conquista de Constantinopla por los turcos en 1453 había producido. O también ese otro concepto de la Casa de Austria como «patria» («Vaterland Haus Osterreich») que, según Wagner, se encuentra, mediado el siglo xv, entre los teólogos de la Universidad de Viena o —expresado en lengua latina— en Crónicas como la de Tomás Ebendorfer von Haselbach: «patria Austrie domus» (págs. 32-35).

Después de dedicar el capítulo III a la campaña de 1663 y al ataque frustrado a la «manzana de oro» —cuya alegórica historia es explicada a partir de una difundida profecía bizantina—, y atender al prelude de la campaña de 1664 en la Alta y Baja Hungría, pasa el profesor Wagner a analizar la batalla de S. Gotthard-Mogesdorf. El estudio es claro y minucioso, describiéndose con todo detalle los pormenores del combate a



través de sus tres fases: la inicial, referida a las primeras cuatro horas tras el amanecer de aquel 1 de agosto, y que significa la derrota de la armada del Imperio. Una segunda, que alcanza al mediodía, con el encauzamiento del ataque turco. Por último, con las deliberaciones del Consejo de Guerra y la orden de ataque de Montecucoli, la tercera fase —del atardecer— y el triunfo del ejército cristiano y huida de los turcos. Es este capítulo V —al que pese a su extraordinaria densidad me refiero sumariamente, dado su carácter preferentemente narrativo y los límites de espacio de mi reseña— un excelente ejemplo de buena técnica científica en el confrontamiento y coordinación de datos de muy diverso carácter y procedencia.

El capítulo VI estudia la liquidación y saldo de la campaña, ofreciendo Wagner —sobre la crítica de las desiguales interpretaciones anteriores— un nuevo y convincente análisis del balance bélico, la repercusión del triunfo en Viena y un bosquejo valorativo de la persona de Montecucoli a quien sitúa entre los grandes generales del tercer cuarto del siglo xvii. Los capítulos finales están dedicados a ponderar las consecuencias de la victoria y la irradiación del triunfo cristiano. Sobre la base de la mutua y conjunta participación europea en el ejército a través de sus cuatro cuerpos, y la colectiva jefatura de Montecucoli, se desarrolla aquel interesante fenómeno —apuntado ya por el autor en el prólogo— de contemplar a italianos, franceses, alemanes, eslavos y húngaros —apoyados por subsidios que el Papa y España envían— alineados bajo la dirección de un modenense, en lucha por la salvación de Austria y la defensa de Occidente. Y en la misma exigencia de Montecucoli —«tener'in giusto equilibrio il Mondo»— puede verse, como hace Wagner, un síntoma del equilibrio europeo («europäisches Gleichgewicht») que alcanzaría a la primera mitad del siglo xviii.

Con lo dicho, puede juzgarse la obra del prestigioso investigador austriaco como una fundamental aportación para comprender ese enfrentamiento hacia Oriente del mundo cristiano de la Edad Moderna, a base de unas motivaciones colectivas superiores. En lo relativo a la historia austriaca, la monografía de Wagner —con amplia base documental en cinco idiomas— resultará de imprescindible manejo no ya sólo para seguir el desarrollo de las relaciones austro-turcas en torno a los conflictos bélicos entonces acaecidos, sino además para interpretar sus consecuencias político-culturales en la segunda mitad del siglo xvii.

Figuran, por último, diversos mapas militares que muestran la disposición de las tropas y su reparto en el combate. También algunos grabados de los personajes más representativos en aquella coyuntura. El Apéndice, editado por separado, recoge el índice bibliográfico y otro onomástico y por materias. Todo ello contribuye a acentuar el vivo elogio que se debe a este excelente trabajo.



## V A R I A

### **LOS SECRETARIOS DEL REY EN LA ADMINISTRACION CENTRAL DE LA MONARQUIA. SECRETARIOS DE ESTADO Y SECRETARIOS DEL DESPACHO (1474-1724).**

En sesión pública celebrada en mayo de 1965 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, José Antonio Escudero López hizo exposición de la tesis que con el título arriba expresado redactó bajo la dirección del profesor García-Gallo; calificada de sobresaliente *cum laude*, le fue otorgado posteriormente el premio extraordinario del doctorado, así como el «Román Rianza» de dicha Facultad.

El objeto de este trabajo es presentar, sobre la problemática general de los Secretarios del Rey en España a lo largo de dos siglos y medio, un estudio institucional de los Secretarios de Estado y Secretarios de Despacho —como realidades distintas— y de los «Secretarios de Estado y del Despacho», al confluir aquéllas para vertebrar, a partir del siglo XVIII, la estructura político-administrativa de la Monarquía. Se pretende, por tanto, referir la función que desempeñan los Secretarios del Rey en el aparato de la Administración Central y, dentro de aquéllos, la especial virtualidad de los de Estado y Despacho.

La importancia del tema es notoria. La carencia de estudios críticos referidos a las instituciones de la Edad Moderna llevaba consigo una densa oscuridad en el planteamiento mismo de los problemas. No existía precisión suficiente sobre quiénes eran los Secretarios de Estado; se venía hablando de los Secretarios de Estado y del Despacho borbónicos, desconociendo su origen e hipotética vinculación con un anterior Secretario del Despacho Universal, cuyo origen también se ignoraba. Los estudios de carácter biográfico sobre distintos secretarios —que permitieran, al menos, montar el ensamblaje y sucesión en el oficio— quedaban prácticamente reducidos a las figuras de Antonio y Gonzalo Pérez y Francisco de los Cobos, de quienes se habían ocupado Marañón, González Palencia y el norteamericano Keniston, respectivamente. Por ello, aun siendo éste un estudio institucional, el autor se ha visto precisado a definir la trayectoria histórica y personal de cada Secretario, a fin de poder presentar un esquema completo de la evolución de las Secretarías desde los Reyes Católicos a Felipe V, concluyendo el hilo histórico en 1724, cuando —en los momentos de la abdicación de Felipe V en Luis I— se encuentra plenamente desarrollada la estructura administrativa en las cinco Secretarías del Despacho, antecedente de la actual organización ministerial.

El estudio aparece dividido en dos partes. La primera atiende a la

evolución histórica de las Secretarías, y queda articulada en cinco capítulos.

En este recorrido histórico —muy amplio y detenido y que revestía especiales dificultades— se traza el desarrollo orgánico de las Secretarías de Estado desde la creación del Consejo, así como el de la Secretaría del Despacho Universal y, más tarde, de las Secretarías de Estado y Despacho. Todo ello sobre la base de investigación personal en diferentes archivos.

La segunda parte —dividida en siete capítulos— se centra en el análisis institucional; comienza con unas detenidas consideraciones en torno a la estructura general del gobierno central. Se analiza luego la naturaleza del oficio de Secretario, partiendo del título genérico de Secretario del Rey, examinando luego los concretos de Estado, Despacho, Estado y Despacho, Protonotario, Primer Secretario y Superintendente de las Secretarías. Por lo que respecta a la elección del Secretario, se estudia quién realiza la elección, y la mecánica de la misma, para los distintos tipos aludidos. También la extracción social y geográfica de los Secretarios, explicando tanto el agrupamiento familiar en el oficio como el fenómeno de la masiva concurrencia de secretarios aragoneses y vascos en distintos periodos.

En el capítulo III de esta segunda parte, se examina la estructura formal del título, el juramento que los secretarios hacen y las instrucciones que reciben para el desempeño del cargo. El IV es un capítulo de fundamental importancia dentro de la estructura total. Sobre el presupuesto de la amistad entre el Rey el Secretario se exponen el despacho a boca y por escrito con el Rey, las relaciones entre los Secretarios de los Consejos, de Despacho y de Estado y el especialísimo papel que éste representa ante su Consejo donde —ausente el Rey, que lo preside— el Secretario asume la efectiva dirección del más importante organismo de la Monarquía. El capítulo V contempla la actuación del Secretario en su Secretaría, tanto en la mecánica de ésta (orden y tipo los despachos, inventarios, forma de trabajo— como en las relaciones del Secretario y sus oficiales, lo que da pie a poner de manifiesto la estructura personal de las Secretarías y, de forma especial, de la Secretaría del Consejo de Estado. Tras atender —en el capítulo VI— a los derechos del Secretario, referidos a salarios, gajes, honores y tratamiento que merecen, finaliza el trabajo con un examen de los grados de categoría de las diferentes clase de Secretarios, el complejo entramado del sistema de ascensos y el fin de las funciones en el oficio.

Junto a la exposición de la figura institucional del Secretario de Estado y del Secretario del Despacho, las aportaciones más importantes son; Deseñar la fecha de 1526 como la correspondiente al nacimiento del Consejo de Estado, según se venía normalmente admitiendo, demostrando que por lo menos en 1524 ese Consejo ya existe y precisando cómo lo acontecido en 1526 —y concretamente el 1 de julio, según el autor deduce por un concluyente análisis comparativo de textos— no fue otra cosa que la



sustitución de los personajes flamencos por españoles. 2) Deslindar la figura autónoma del Secretario de Despacho a partir de Felipe IV, aunque, de hecho, este oficio estuviera servido muchas veces por los mismos Secretarios de Estado. Precisar el momento de arranque del cargo y demostrar que la nueva ordenación político-administrativa del XVIII ni es algo *ex novo* que aporta la nueva dinastía ni tampoco es una construcción sobre las antiguas Secretarías de Estado, sino un progresivo desdoblamiento del antiguo único Secretario del Despacho Universal. 3) Pergeñar el tal vez único análisis conjunto del funcionamiento de la Administración Central en dos siglos y medio, diferenciando el régimen polisindial de los siglos XVI y XVII y su sustitución efectiva por el esquema de las Secretarías de Estado y Despacho en el XVIII.

Incluye, además, el trabajo un amplio cuadro sinóptico de los Secretarios de Estados y Despacho que rectifica en puntos fundamentales al único existente de Cos-Gayón, construyendo por primera vez el esquema correspondiente a la primera mitad del siglo XVI. Un amplio apéndice documental ofrece el fruto de la investigación del autor en los Archivos de Simancas, Histórico Nacional, de Palacio, Academia de la Historia, y Secciones de Manuscritos de las Bibliotecas Nacionales de Madrid y París.

Tras la lectura y defensa de la tesis, J. A. Escudero ha completado algunos aspectos con labor de investigación en el *Haus-Hof und Staatsarchiv*, de Viena, en la Sección de Manuscritos de la Biblioteca Real de Bruselas, así como en el *British Museum*, de Londres.

## **XX SESION INTERNACIONAL DE LA «SOCIETE D'HISTOIRE DES DROITS DE L'ANTIQUITE» (París, sept. 1965).**

La XX Sesión de la «Société Internationale des Droits de l'Antiquité», se ha celebrado en París del 16 al 18 de septiembre de 1965, clausurándose, como es tradicional en estas reuniones, con una excursión, esta vez a Versalles, el 19. En este Congreso ha estado siempre presente el recuerdo del profesor De Visscher, que como señalaba el profesor Gaudemet en la sesión de apertura, no fue solamente el fundador de la Société, sino también su animador incansable y el portador en todo momento del espíritu de la misma.

El tema central de esta reunión era el testamento en los Derechos de la Antigüedad, aunque se presentaron también comunicaciones referentes a otros campos jurídicos como veremos seguidamente. Casi todas las comunicaciones dieron lugar a intervenciones y comentarios, adhiriéndose algunas veces, y otras, de marcado carácter crítico, siempre dentro del marco familiar y amistoso que es uno de los acervos más preciados de la Société, sin que por ello desmerezca el alto nivel de estos diálogos científicos.

La sesión de apertura del miércoles 16, por la mañana, bajo la pre-



sidencia del profesor Villers, que lo fue también del Congreso, fue abierta por el discurso en homenaje a De Visscher pronunciado por el profesor Gaudemet, y a continuación se empezaron las tareas científicas.

La primera comunicación fue presentada por el profesor Biondi, de la Universidad Católica de Milán, que habló sobre *Sistematización del testamento en la dogmática romana y moderna*. Señaló el autor, cómo moderadamente el testamento está encuadrado dentro de la gran categoría general de los actos jurídicos voluntarios; en el Derecho romano, por el contrario, que siempre se resistió a categorías abstractas demasiado generales, las cosas no eran así. Los negocios del *ius civile* se manifestaban con formas solemnes y rigurosas que no eran simplemente esquemas externos del acto, sino que eran ellas mismas el acto que se realizaba; sólo después de una laboriosa evolución dentro de Roma, viene a adquirir relieve el elemento de la voluntad, base de los negocios jurídicos. Originariamente el testamento romano era algo único, muy especial, y llegó a adquirir carta de naturaleza sólo porque una norma decemviral (*uti legassit...*) vino a confirmar una costumbre anterior; de esta norma derivó la interpretación jurisprudencial para llegar a construir el testamento, que en origen no era sino una *testatio*, declaración solemne hecha ante testigos, en público, delante del pueblo (*in calatis comitiis*), donde los testigos tenían una verdadera y propia función constitutiva respecto al acto; los *testes* eran necesarios para la formación de un testamento válido, con lo que se está muy lejos del concepto de negocio jurídico. Por ello, ante la consideración que en el Derecho moderno el testamento es, más que otra cosa, un conjunto de negocios jurídicos dispersos, se podría llegar a una revisión de la clasificación tradicional del testamento como negocio. La comunicación del A. suscitó la intervención de los profesores Wubbe y Boye.

A continuación habló el profesor J. A. C. Thomas, de la Universidad de Londres, sobre el tema *Return to Horrea*. El A. teniendo en cuenta los recientes estudios de Wubbe, Alzon y Cannata, ha reconsiderado sus propias conclusiones expuestas en RIDA 6 (1959) 371 y ss. En particular, sostuvo que por *horrearius* no se debe necesariamente entender el *dominus* de los *horrea*; que el contrato de utilización de los *horrea* era una *locatio rei* que implicaba una responsabilidad por custodia por parte del *horrearius*; que tal responsabilidad podía extenderse por eventual pacto expreso entre las partes al *dominus horreorum* que no fuese *horrearius*, haciendo para ello el A. un análisis detenido y minucioso de los numerosos textos que al argumento se refieren. Intervinieron en la discusión de la comunicación los profesores Wubbe y Mayer-Maly.

La comunicación del profesor Korosec, de la Universidad de Ljubljana (Yugoslavia), versó sobre el *Estudio comparado de la conclusión de los tratados en Asia Menor, Grecia y Roma*. El A. que señaló la importancia del estudio de las relaciones internacionales en la Antigüedad, examinó particularmente algunos tratados que nos han llegado documentalmente. Todos los tratados presentan como característica general común, un cier-

to formalismo externo. Se ocupó especialmente de las solemnidades que acompañaban la conclusión de los tratados, principalmente desde el punto de vista de clarificar eventuales paralelismos entre los Derechos griego y romano, y los Derechos orientales antiguos. Con una amplia documentación observó cómo en los tratados se comprendían cláusulas convencionales como los pactos de amistad mutua, y fundamentalmente, una consagración a la divinidad con intercambio solemne de juramentos y amenaza de maldiciones en caso de violación de las cláusulas del tratado. Concluyó destacando la presencia de grandes analogías entre los tratados del antiguo Oriente mediterráneo, y los posteriores tratados griegos y latinos, subrayando la continuidad entre las costumbres internacionales del Mediterráneo antiguo.

La sesión de la tarde, bajo la presidencia del profesor Bettl, fue abierta con una comunicación del conde Jacques Pirenne que versó sobre *El derecho sucesorio en el antiguo Imperio egipcio*. El A. destacó cómo en la III dinastía (2778-2723), el Derecho sucesorio egipcio aparece caracterizado por un acusado individualismo, en el que no hay clases sociales, las mujeres están equiparadas a los hombres, no existe la patria potestad ni tampoco autoridad marital, y cada uno tiene el derecho de disponer por testamento de sus bienes, aunque no está claro que fuera admitida la desheredación de los hijos, y si éstos tuvieran derecho a una cuota legítima. Con la V dinastía (2565-2423) la sociedad evolucionó y se creó una clase noble, privilegiada y hereditaria, con funciones sacerdotales, creándose de este modo fondos y patrimonios inalienables afectados a las diversas funciones del culto y destinados a la remuneración de los sacerdotes. Así se formaron fundos y patrimonios familiares inalienables, indivisibles que quedaban en propiedad de la familia, adquiriendo relevancia por ello mismo el derecho de primogenitura, en cuanto el primogénito sustituía al jefe de la familia en la administración de los bienes familiares. Con la VI dinastía (2423-2262) la propiedad fundiaria se transformó en señorial; la tierra es inalienable y se afirmó el colonato, desapareciendo los derechos individuales como el de testar. Solamente con la XII dinastía (2000-1785) la crisis del feudalismo egipcio llevará de nuevo al Derecho a formas individualizadas, que se realizará plenamente con la XVIII dinastía (1580-1314).

La comunicación de M. Chehata (París y El Cairo), versó sobre *La evolución del Derecho sucesorio del antiguo Egipto en los dos últimos ciclos de su historia*. Examinando principalmente los llamados papiros de Kahun (de fines de la XII dinastía), observa el A. que en este período el testamento es una institución muy clara, revocable unilateralmente, pero del estudio de documentos de época posterior, fundamentalmente de la época de decadencia y Bajo Imperio, el A. señala que ahora los textos se presentan como documentos de liberalidad; el testamento ha acabado por desaparecer, hasta el punto que se recurre a la adopción con fines testamentarios.

M. Theodorides (Bruselas) presentó una comunicación sobre *Considera-*



*ción sobre los actos testamentarios del Nuevo Imperio egipcio.* Sobre la base de tres notables documentos: fragmento de Sénimosé (primera mitad del siglo xv a. de C., Museo de El Cairo), papiro de Naunaklite (siglo xii a. de C., Museo de Oxford), y papiro Turín 2.021 (principios del siglo xi a. de C.), el A. concluye que el testamento egipcio del Nuevo Imperio se presenta como una declaración pública inmediatamente comunicada, en vía oficial, a las personas interesadas, tratándose por tanto, de un acto unilateral, unilateralmente revocable por parte del testador. Después de su muerte, la disposiciones testamentarias no se podían modificar, dado que el disponente tampoco hubiera podido ya modificarlas.

M. Szlechter (París, CNRS) presentó su comunicación sobre *El derecho sucesorio en la antigua Mesopotamia*, aclarando cómo el Código de Lipit-Istar, las leyes de Eshnuna, y el Código de Hammurabi, no contienen disposiciones explícitas relativas a los diversos órdenes de los llamados a suceder, sino únicamente reglas particulares para cada caso: la sucesión en los bienes paternos de los hermanos consanguíneos, el derecho del retracto familiar, etc., aunque siempre pueden deducirse algunos principios generales del antiguo derecho sucesorio babilónico, del estudio de los textos legislativos y de los documentos.

Bajo la presidencia del profesor Thomas se abrió la sesión matinal del viernes 17, con la comunicación del profesor Pugliese, de la Universidad de Roma, que habló de *El deudor como demandado en la petición de herencia*. El problema de la posibilidad de perseguir con la *hereditatis petitio* al deudor hereditario, ha sido muy discutido en la literatura romanística, fundamentalmente en relación a D. 5. 3. 13. 15 (Ulp. 15 *ad Ed.*) y D. 5. 3. 42 (Ulp. 67 *ad Ed.*), entre otras fuentes. Concretamente se trata de determinar si el deudor puede ser demandado sólo cuando se niegue a cumplir alegando ser a su vez heredero (supuesto de D. 5. 3. 42), o si por el contrario, la posibilidad de perseguir al deudor sea más general (como se desprende de D. 5. 3. 13. 15). Observó el A. que D. 5. 3. 42 está extraído del libro 67 *ad Edictum* de Ulpiano que no trataba de la *hereditatis petitio*, sino de los interdictos, más concretamente, del *interdictum quorum bonorum*; entonces hay razón para pensar que la limitación *quod se dicat heredem* hiciera relación sólo a la legitimación pasiva para este interdicto, y no a la *hereditatis petitio*, máxime si se observa que D. 43. 2. 2 (Paul. 20 *ad Ed.*) confirma cómo en general los deudores de la herencia no estaban pasivamente legitimados para el *interdictum quorum bonorum*. El A. concluyó que la legitimación pasiva de los deudores hereditarios en la *hereditatis petitio*, se admitía sin restricciones. En la discusión de este tema intervinieron los profesores Biondi y Mayer-Maly.

La siguiente comunicación fue presentada por el profesor Betti, de la Universidad de Roma, que habló sobre *In iure cessio hereditatis*. El A. negó que la *in iure cessio hereditatis* pueda considerarse como una cesión en el sentido moderno de la palabra, afirmando que tal figura se presenta como una *vindicatio* de la herencia por parte de un *adgnatus proximus* fingido. El título de agnado, que implica, según el A., la adquisición del título de



*heres*, legitimaba para la adquisición de la herencia. En este orden de ideas, observó el A. que el concepto de *successio* ha de entenderse como el subrogarse por parte de un sujeto en la posición jurídica de otro sujeto, que aplicado a la *in iure cessi hereditatis* indica que el *adgnatus proximus* haría valer tal condición para adquirir el derecho de subrogarse a otro agnado para suceder *in locum et in ius*. Con tales presupuestos, el A. desarrolló una serie de consideraciones referentes a las diversas hipótesis de sucesiones *inter vivos* contempladas por los romanos, señalando cómo alguno de sus aspectos (así la extinción de las deudas) pueden explicarse sobre la base de la particular misión práctica originaria de la sucesión. Observó el A. que la praxis fue llevando al pretor a proveer una serie de normas encaminadas a igualar lo más posible la sucesión *inter vivos* a la *mortis causa*. Esta comunicación dio también lugar a un debate en el que intervinieron los profesores Biondi, Wieacker, y el que escribe estas líneas.

A continuación presentó su comunicación Mme. Th. Liebmann-Frankfort (Bruselas), sobre *Valor jurídico y significación política de los testamentos hechos por los reyes helenísticos en favor del pueblo romano*. La A. examinando los testamentos en los que los reyes de época helenística llamaban a suceder en la soberanía al pueblo romano, señaló como desde un punto de vista formal, tales testamentos se adecuaban a las normas vigentes en el Derecho helenístico, pero desde un punto de vista sustancial, debe dudarse de su valor como verdaderos testamentos, tanto referidos al Derecho helenístico como al Derecho de Roma. Así, los romanos que asumían el poder después de la muerte de un rey, no eran considerados como herederos, ni aún en las obras de los historiadores antiguos que tan detallada mención hacían de los testamentos; por ello, tales testamentos tendrían un valor más político que otra cosa, y, desde luego, no tendrían valor jurídico. Intervino en la discusión del tema el profesor Volterra.

La comunicación del profesor Reuven Yaron, de la Universidad de Jerusalén, versó sobre *Donatio sola cogitatione mortalitatis*. El A. centró su atención sobre el problema de la existencia de una *donatio non imminente periculo* en la época clásica, aclarando la estructura postclásica de esta figura que va poco a poco modelándose sobre la *donatio inter virum et uxorem*, en íntima relación con la *Oratio Severi* del año 206 recordada por Ulpiano en D. 24.1.32. Pero aunque ambos institutos tienen muchos puntos concomitantes, no bastan para identificarlos totalmente; antes bien, hay puntos divergentes muy claros, como el que la *donatio mortis causa* presente afinidades fácilmente observables con el *fideicommissum*. Para el A. la *donatio sola cogitatione mortalitatis* encuentra su punto de arranque en una generalización de la *donatio inter virum et uxorem*, derivada de la regulación de ésta por parte de la *Oratio Severi* que puede por tanto estimarse como *terminus post quem* para la cronología del instituto.

La sesión de la tarde bajo la presidencia del profesor Wieacker, se abrió con la comunicación sobre *Notas del derecho sepulcral romano y las fases notables de su evolución*, a cargo del profesor Giannetto Longo, de la Uni-

veridad de Macerata. El A. examinó algunos aspectos de las *res religiosas*, fijando especialmente el concepto y amplitud de la noción técnico-jurídica frente a la noción social, que se deriva de las fuentes epigráficas o extra-jurídicas, demostrando la inconsistencia de muchas alteraciones sustanciales halladas al comparar ambas nociones. Examinó el A. el régimen de las *res religiosas* en las comunidades cristianas primitivas, realizando un análisis crítico sobre las teorías referentes al origen de los sepulcros y cementerios cristianos. Rectificando posiciones anteriores propias, el A. analizó la suerte de los cristianos ajusticiados a la luz de fuentes patristicas y textos de la compilación justiniana, cuyo contenido se ha creído alterado muchas veces, idea que no tiene para el A. base alguna.

La siguiente comunicación fue presentada por el profesor Volterra, de la Universidad de Roma, sobre *Tito-Livio 4.9 y el Derecho de Ardea en el siglo V a. C.* Señaló el A. que siendo Ardea una ciudad latina, sin embargo, entre el Derecho local y el Derecho romano hay diferencias notables. Así, en tema de matrimonio, el Derecho de Ardea no atribuía importancia al consentimiento de la hija para contraer matrimonio, frente a la idea contraria dominante en el Derecho de Roma. En este orden de cosas mencionó el A. una constitución de Severo y Caracalla (C. 5. 4. 1 a 199) en la que se disponía que la eventual divergencia entre el tutor, la madre y los parientes relativa a la oportunidad del matrimonio de la hija, fuese resuelta por el *praeses provinciae*, con lo que atribuye sorprendentemente una especie de *potestas* a la madre, sin dar importancia a la voluntad de la hija. El A. destacando la improbabilidad de supervivencia de reglas jurídicas del siglo v a. de C. a finales del siglo II d. de C., subrayó la analogía de la situación descrita por Tito Livio como síntoma de ideas propias del ámbito de las normas provinciales, que en directa oposición con la normas del Derecho positivo de Roma, tendían a influir en éste.

La sesión matinal del sábado 18, fue presidida por el profesor Feenstra, abriéndose con la comunicación del profesor Gordon, de la Universidad de Glasgow, que habló de *La condición tácita «si sine liberis decesserit».* *Derecho romano y escocés.* Analizando D. 35. 1. 102 (Pap. 3 resp.) que menciona la condición tácita *si sine liberis decesserit* añadida al fideicomiso de restituir la herencia al coheredero, en el sentido que si el beneficiado hubiera tenido hijos el fideicomiso vendría disminuido, y C. 6. 42. 30 y C. 6. 25. 7, en el mismo sentido, el A. señaló cómo la *conditio si institutus sine liberis decesserit* se recibió en el Derecho escocés del siglo XVIII, aunque con diferencias en su aplicación práctica, que examinó el A. cuidadosamente.

La comunicación del profesor De Dominicis, de la Universidad de Perugia, versó sobre *El «ius sepulchri» en el derecho sucesorio romano.* El A. desarrolló la evolución y orígenes de los *sepulchra familiaria* y *sepulchra hereditaria*, considerando si el *ius sepulchri* fuese o no elemento de la *hereditas*, estudio llevado a cabo fundamentalmente sobre fuentes epigrá-



ficas. Para el A. el origen de los *sepulchra familiaria* es antiquísimo, y junto a ellos, habría que hablar en tiempos arcaicos, de los *sepulchra gentilicia*. Los *sepulchra hereditaria* muestran, por el contrario, un origen más tardío (de principios de la época imperial), y una localización limitada a Roma e Italia, y, desde luego, son muy inferiores en número. El A. hipotizó que la institución de los *sepulchra hereditaria* estuviera en relación con el reconocimiento de la posibilidad de nombrar heredero a personas del círculo familiar, y únicamente en lo que se refiere a los *sepulchra hereditaria* puede admitirse que el *ius sepulchri* constituya un elemento de la *hereditas*.

A continuación presentó su comunicación M. Jacota (Iassy, Rumanía) sobre *Los pactos del esclavo en su nombre propio*. Los pactos concluidos por el esclavo en nombre propio son o pactos de liberación, o pactos estipulados a la vista de la próxima liberación, y para la época posterior a ésta; así, el A. subrayó que especialmente para los últimos surge el problema de determinar las acciones que pueden derivarse. Del estudio de las fuentes se desprende la diversidad de opinión sobre el tema entre los juristas romanos, que el A. examinó concienzudamente, concluyendo que si en Derecho romano no se llegó a una solución general y a un régimen común, se debió a la progresiva decadencia del trabajo servil, y más en general, a la decadencia económica del Imperio.

En la sesión de la tarde presidida por el profesor Wubbe, habló primeramente M. Beranger (Lausanne) sobre *Tacito, Annales I. 8. 6*. Insistiendo especialmente sobre la expresión *heredum opibus*, observa el A. que Augusto entendía poner a sus herederos en posición social, económica y política preminente, para que pudieran sucederle en la dirección del Imperio. Al final de la dinastía julio-claudia los bienes propios de ésta se transformaron en bienes de la corona, constituyéndose así un patrimonio del *princeps*, independientemente de la persona de éste en cada momento; tales bienes no excluía que el *princeps* tuviera un patrimonio propio personal, pero en caso de interrupción de una dinastía, este patrimonio iba a acceder los bienes de la corona, con lo que no resulta nada fácil atribuir un significado riguroso a la distinción entre *patrimonium-res privata-res principis*.

Tomó luego la palabra el profesor Boye que disertó sobre *Ius respondendi et auctoritas*, afrontando algunos problemas de crítica ciceroniana desde el ángulo de la historia de la jurisprudencia romana, planteando su exposición sobre la reabilitación de Cicerón como concedor del Derecho; no en vano Cicerón en *De oratore* destaca la importancia de una buena preparación jurídica del *orator*, que confirma que Cicerón debía a su vez estar en posesión de tal preparación. Por ello, es erróneo considerarlo como un mero aficionado a las cuestiones jurídicas; por el contrario, de sus obras pueden deducirse preciosos datos para la historia jurídica, especialmente aparte del *De oratore*, de su *De legibus*, *Topica*, y de sus *Epistulae*. Precisamente en un fragmento de sus *Topica* aparece la expresión *ex auctoritate respondere*, que permite observar una indudable relación



entre el *respondere* y el concepto de *auctoritas*. La función social misma del Derecho que realizaba en Roma por medio de los *responsa* que evacuaban los juristas en la época de Cicerón. Su disertación dio lugar a un interesante debate en el que intervinieron los profesores Biondi y Pugliese.

A continuación se celebró la asamblea general de la Societé, que presidieron el conde Pirenne y el profesor Villers. Se acordó titular en adelante a la Societé con el nombre de su fundador Fernand De Visscher, propuesta que fue acogida con unanimidad por los congresistas. También se acordó mantener el carácter internacional de la Sociedad y la periodicidad anual de sus reuniones, rigiéndose por un comité ejecutivo del que forman parte el profesor Thomas que fue presidente de la sesión del año 1964 en Glasgow, el profesor Villers, presidente de esta sesión de París, y el presidente de la sesión del año 1966 que, al celebrarse ésta en la Universidad de Salamanca (septiembre de 1966), será el profesor Fuenteseca.

Hay que destacar la magnífica organización del profesor Villers que se preocupó incansablemente por el éxito del Congreso, conseguido plenamente, no sólo en el orden científico, sino también en el social. Los congresistas fuimos espléndidamente agasajados en la casa del profesor Gaudemet, que ofreció una magnífica recepción, y también por el Ayuntamiento de París y por el Decanato de la Facultad de Derecho parisina. Como es tradicional en estas reuniones, el domingo 19, después de la sesión de clausura, los congresistas realizamos una excursión a los Jardines de Versalles, donde pudimos contemplar la belleza del Juego de Aguas, almorzando espléndidamente en casa del profesor Villers en Versalles, que atendió a todos con la munificencia a que nos tiene acostumbrados.

El Congreso para el año 1966 se celebrará en Salamanca atendiendo a la invitación del catedrático de Derecho romano y Decano de la Facultad de Derecho, profesor Fuenteseca, que será el presidente, actuando de secretario el que esto escribe, y tendrá lugar en el mes de septiembre. El tema general, propuesto por el profesor Gaudemet en el Congreso de París, será la adopción en los Derechos de la Antigüedad.

ARMANDO TORRENT

(Seminario de Derecho romano,  
Universidad de Salamanca)

### **TERCERA SEMANA DE HISTORIA DEL DERECHO (Valencia, 10-13 de noviembre de 1965).**

La primera Semana de Historia del Derecho tuvo lugar en 1933 (25 de abril-3 de mayo). Las sesiones se celebraron en Madrid, El Escorial y Salamanca (Vid. referencia en AHDE 9 (1932), 487-495). Después de más de quince años se celebró la segunda en 1948 (9-15 de diciembre) por

iniciativa del ANUARIO y con el patrocinio del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Su sede fue Madrid (Vid. referencia en AHDE 19 (1948-1949), 871-875).

Al cabo de casi diecisiete años ha tenido lugar la tercera Semana de Historia del Derecho. La iniciativa de la misma ha correspondido a la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia con su Decano Efrén Borrajo Dacruz y a la cátedra de Historia del Derecho de la que es titular Juan García González. El patrocinio correspondió a la indicada Facultad que se propone celebrar todos los años una Semana de cada una de las distintas especialidades que se cursan en ella.

Asistieron a la Semana los catedráticos de Historia del Derecho, profesores: Ots Capdequí, de la Universidad de Valencia; García-Gallo y Manzano, ambos de la Universidad de Madrid; Beneyto Pérez (excedente); Font Rius, de Barcelona; Orlandis, de Zaragoza; Gibert, de Granada; Cerdá, de Murcia; García González, de Valencia; Otero Varela, de Santiago de Compostela; Martínez Gijón, de Sevilla; y Tomás Valiente, de Salamanca. Asimismo, los profesores adjuntos: padre Gonzalo Martínez, S. I., de Madrid; Moreno Casado, de Granada; Lalinde, de Barcelona; y Romeu Alfaro, de Valencia. Asisten también los colaboradores de la cátedra de Valencia, ayudantes Peset y Espinosa. También estuvo presente en algunas sesiones el catedrático de Historia Medieval profesor Ubieta Arteta.

Las actividades de la Semana se dividieron en dos partes: A) Sesiones de trabajo y B) Lecciones para los alumnos.

A) Las sesiones de trabajo se desarrollaron de la siguiente forma: 1) Exposición por el profesor Tomás Valiente de una comunicación sobre cuestiones de concepto y método de la Historia del Derecho. Lo esencial de esta excelente comunicación, que fue objeto de larga e interesante discusión, será publicado en breve en este Anuario con el título «Problemas y falsos problemas de la Historia del Derecho». 2) Exposición por cada uno de los asistentes: a) De las experiencias personales en su actividad docente con vistas a reformas de la estructura de los programas, futuros planes de estudios, etc. b) Estado de sus tareas de investigación: trabajos en preparación, temas que se estima merezcan ser estudiados, etc. Esta parte de las sesiones de trabajo resultó de un excepcional interés y utilidad porque por primera vez los historiadores del Derecho han tenido un cambio general de impresiones sobre lo que están haciendo y sobre lo que debe hacerse, sentando así las bases para una labor futura más coordinada. 3) Informe del profesor García-Gallo sobre el Anuario. De resultas del mismo y de la discusión subsiguiente se acordó la publicación de un Boletín, del que ya han aparecido varios números, en donde se informa con todo detalle del estado de preparación de cada tomo: trabajos listos para impresión definitiva, trabajos en pruebas, trabajos en composición, trabajos anunciados, etc. Se dan normas para la prepara-



ción de las reseñas bibliográficas, etc., etc. Las ventajas de esta información son obvias.

B) Las lecciones para los alumnos fueron las siguientes: profesor Gibert: El retrato familiar en el antiguo derecho español; profesor Tomás Valiente: El derecho penal español de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna; profesor García-Gallo: Familias de fueros en la Alta Edad Media.

Aprovechando el tiempo libre entre las sesiones de la mañana y de la tarde se realizaron algunas visitas a centros y lugares de Valencia de interés especial para el historiador del derecho: Tribunal de las Aguas, Archivo del Reino y Archivo Municipal.

Se cerró la Semana el sábado día 13 de noviembre sin ninguna ceremonia, enviando un recuerdo y saludo cordial a todos los compañeros que no han podido asistir: Galo Sánchez, López Ortiz, Prieto Bances, Torres López, García de Valdeavellano, Rubio Sacristán, Alvaro d'Ors, Maldonado, De la Concha y Sánchez Bella.

Se acordó asimismo celebrar las futuras reuniones con más frecuencia, a ser posible cada dos años. El profesor Cerdá anunció que iba a tratar de conseguir fuese Murcia la sede de la próxima reunión.

#### NUEVO CATEDRÁTICO DE HISTORIA DEL DERECHO

Una vez más, las páginas del Anuario han de registrar con satisfacción el triunfo de los colaboradores de nuestra revista; ahora se trata del ingreso en el profesorado universitario de Jesús Lalinde Abadía, que tras brillantes oposiciones celebradas en el curso académico 1965-66 ha obtenido la cátedra de Historia del Derecho Español de la Universidad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife).

Lalinde se licenció en derecho en la Universidad de Madrid, y en ella cursó las asignaturas del doctorado y actuó como ayudante de clases prácticas de Historia del Derecho; más tarde se doctoró en la Universidad de Barcelona, en la que ha trabajado como profesor adjunto de nuestra disciplina bajo la magistratura del profesor Font Rius.

Sus numerosos trabajos se han centrado, preferentemente, en el estudio de las instituciones públicas de la Corona de Aragón, sobre todo de Cataluña (virreyes, gobernadores, vegueres, etc.) y del derecho privado catalán (dote, capitulaciones, etc.); también ha dedicado su atención al derecho visigodo y al indiano. Ha obtenido los premios "Menéndel Pelayo" del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y "Ciudad de Barcelona" del Ayuntamiento de dicha capital. Es colaborador de la cátedra "Durán Bas" de la Universidad de Barcelona, del "Índice Histórico Español" y del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

El conocimiento que tenemos de las excelentes dotes de nuestro colaborador, claramente puestas de relieve en su larga labor docente e



investigadora, nos permite tener la seguridad de la eficiencia de la labor que ha de desarrollar en su nuevo destino.

Para terminar esta breve nota, sólo nos resta enviar a Jesús Lalinde nuestra más cordial felicitación.

#### **RELEVO EN LA SECRETARIA DEL ANUARIO**

La aparición de este volumen coincide con un relevo en la secretaria del Anuario: Miguel Angel Pérez de la Canal, que venía desempeñándola desde 1954, se ha visto obligado, ante el creciente aumento de sus obligaciones profesionales, y sin que ello implique desvinculación del Anuario, a dejar esa tarea, que desde ahora desempeñará el P. Gonzalo Martínez Díaz, S. J., profesor adjunto de la cátedra de Historia del Derecho Español del profesor García-Gallo, en la Universidad de Madrid.