

DESARROLLO DEL DERECHO CRIMINAL ROMANO *

Llama la atención el que mientras el derecho civil de Roma ha sido, durante siglos, objeto de estudio y admiración, su derecho criminal —con el respeto debido a los nombres ilustres de Mommsen y Ferrini, Levy y Kunkel— ha sido, en comparación, descuidado¹. Y no es este un fenómeno de los últimos tiempos. Los mismos romanos parece que no prestaron a su derecho criminal la misma atención de ciencia jurídica que caracteriza la evolución del derecho civil. En el Digesto, *verbi gratia*, sólo los libros 47, 48 y 49 (y no exclusivamente) tratan materias criminales. Los comentarios de Gayo no hablan de derecho criminal y las Instituciones de Justiniano tienen un único título *De iudiciis publicis*.

¿A qué se debe esta relativa ausencia de ciencia jurídica criminal? Es cierto que el derecho de los crímenes parece haber servido simultáneamente a fines públicos y privados cuando se regulaba

* Texto de la lección pronunciada en las Universidades de Madrid y Santiago en marzo de 1963. Agradezco la versión del inglés al Prof. Burillo.

1. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899); FERRINI, *Diritto penale romano* (1899); *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale* (1901); LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* (1913), en *St. Riccobono*, 2 (1936), 77; *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung*, en *BIDR*, 45 (1938), 57 ss.; *Statute and judge in Roman Criminal Law*, *Ibid*, 396 ss.; KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962). Otras obras valiosas son: STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, 2 vols (1912); SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates* (1936); BRASIELLO, *La repressione penale in Diritto Romano* (1937); DE ROBERTIS, *Studi di Diritto penale Romano* (1942). Existen también obras más antiguas: GEIB, *Geschichte des römischen Kriminalprozesses* (1842); REIN, *Kriminalrecht der Römer* (1844); ZUMPT, *Das Kriminalrecht des römischen Republik* (1866-69).

originariamente la venganza privada, y que el derecho privado a la persecución del delito se desarrolló ampliamente con el transcurso del tiempo. Pero en otros sistemas jurídicos, el similar origen conjunto de crimen y delito no impidió o descuidó un desarrollo separado de un derecho criminal maduro.

Una parte de la respuesta hay que encontrarla en el concepto inicial que persistió siempre como un rasgo fundamental de la *praxis* criminal romana. Aunque existieron muy pronto algunas tipificaciones sustantivas introducidas por *lex*, el derecho criminal romano estuvo dominado —ciertamente en la república— por la idea de una acción administrativa de magistrados ejerciendo poderes coercitivos derivados de su *imperium*.

En cualquier sistema jurídico el derecho criminal es esencialmente público. Para el romano los magistrados desempeñaban el papel de la actual maquinaria estatal. Así, brevemente: era virtualmente una aplicación rígidamente lógica de la premisa básica del derecho criminal lo que, paradójicamente, impidió el temprano desarrollo en Roma de un derecho criminal general caracterizado por la misma claridad que su coetáneo derecho civil.

En general consistiría, para el magistrado apropiado, en tratar lo que él consideraba como delictivo, sujeto —en ocasiones— a una *provocatio* ante los comicios que puede ser descrita como el derecho del ciudadano a conseguir una decisión comicial sobre la culpabilidad o inocencia². Ciertamente, los posteriores estadios de la República aportaron el sistema de las *questiones* o tribunales de jurados de los que trataremos después y que servían para procurar un núcleo más firme de derecho criminal. Pero en el Imperio el poder de los magistrados se hizo cada vez más prominente con la potestad asumida por los nuevos prefectos y funcionarios imperiales, la cual derivaba en último término de la del emperador. Era inevitable que al crecer el poder discrecional del magistrado disminuyeran los elementos de certeza y de principio esenciales al tipo de respuesta de autoridad (*responsa*) que eran la base del desarrollo de la ciencia jurídica y del derecho privado.

2. Cfr. *infra*.

3. Cfr. *infra*.

Sin embargo, es significativo que tal certeza que se alcanzaría después, especialmente mediante el sistema de las *quaestiones* era producto de la *lex* y no del *ius*. El derecho civil era esencialmente un desarrollo jurisprudencial, basado en los *mores maiorum* con muy pocas leyes. Esto era inaplicable a la administración del magistrado en la esfera criminal; de ahí que en el campo criminal haya muchas leyes, si lo comparamos con el campo civil. Está en conexión con esto la correlativa ausencia de *ius honorarium* en lo penal. En el derecho civil, el pretor con su *iurisdictio* podía contribuir en una nueva situación concediendo una nueva fórmula. Pero, en tanto en cuanto existía algo de derecho criminal, era creado mediante *lex*. De ahí que se llegara a una situación en la que los términos de *lex* tenían que ampliarse mediante ulteriores *leges* o *senatus consulta*: los *senatus consulta* pueden ser considerados como las *actiones ficticiae* del derecho penal. Pero cuando no existía una *lex* que cubría una situación dada, entonces tal situación —si era preciso sancionarla— sólo era sancionable con la autoridad del magistrado correspondiente.

Como reflejo de la fluidez de la actuación del magistrado había una variedad de procesos y penas que contrastaban con la parquedad primero de las *legis actiones* y de las fórmulas después.

Era inevitable que ante el contraste de la fluidez de la praxis penal con la certeza del derecho civil, la atención de los juristas se dirigiera al segundo más bien que a la primera.

Es significativo que sólo los últimos clásicos estudian seriamente el derecho criminal, distinguiendo entre la *iurisdictio* del derecho civil y el *imperium* del criminal. A finales del siglo segundo del Imperio, aunque sobrevivía técnicamente el antiguo *ordo iudiciorum*, no hay duda de que la *cognitio* estaba extendida. Así el proceso era magistratorial en todas las partes, tanto el civil como el criminal.

En esta época el contenido del derecho criminal recibe cierta estabilidad de las *leges* creadoras de *quaestiones* y de la extensión de las mismas, mediante *senatus consulta*, *edicta* imperiales y *rescripta*.

En la *cognitio*, por tanto, no hay diferencia entre el proceso civil y el criminal. Pero la justicia civil y la criminal tienen con-

tenido e historia diferentes; la primera tiene un desarrollo jurisprudencial, mientras que la segunda tiene una base legal.

Y yo creo que este coincidir de la *iurisdictio* civil y criminal —ya visible en el Principado tardío— es la causa, al menos parcial, de la atracción de los juristas al derecho criminal. En esta época, los grandes juristas solían ser funcionarios y consejeros de la cancillería imperial, como se refleja en las frecuentes referencias a los *rescripta* y *edicta* en sus comentarios criminales y también en el tratamiento de materias criminales, principalmente en tratados sobre diversos cargos imperiales —e. gr., *De officio proconsulis* de Ulpiano es, tal vez, la fuente básica de la literatura criminal.

Después de estas ideas generales, consideremos el desarrollo de la jurisdicción criminal en tres amplias fases: primero, el largo período republicano previo a las *quaestiones*; segundo, el impacto de las *quaestiones*; tercero, las modificaciones que surgen durante el Imperio.

II

En el período de las Doce Tablas hay una obvia superposición entre delito público y privado. La colectividad política se limita a una supervisión de la venganza privada. El conocido *si membrum rupsit, ni cum eo pacit talio esto*⁴, de la *iniuria*, pertenece a un modelo según el cual si la muerte es por casualidad, debe ser entregado un carnero al pariente del muerto como indemnización⁵. Está clara la idea subyacente de la venganza por el pariente de la víctima. Cuando el delito afecta a los dioses o al pueblo como colectividad (e. gr., la violación de la inmunidad de un tribuno), la consecuencia es la *sacratio*. El delincuente es proscrito y cualquiera puede ejecutar la venganza de los dioses o llevar a cabo la venganza que como miembro de la comunidad está titulado a solicitar. La colectividad política misma está en el trasfondo del carácter de este solicitador de venganza en aquellas situaciones que afectan a la comunidad en cuanto tal (*perduellio* y *proditio*, i. e., trai-

4. Tabla VIII, 2 (cfr. FIRA, 1, 53).

5. Tabla VIII, 24 a (FIRA, 1, 62).

ción) o en el *parricidium* (que en su origen significaba estrictamente la muerte de un paterfamilias) cuando el que había de ser vengador había sido víctima. En tales casos había tribunales específicos—*duoviri perduellionis* y *quaestores parricidii*⁶.

La mención de tan temprana previsión legal para la regulación de situaciones delictuales —y más tarde la institución de la *provocatio*— pueden parecer sugerir lo contrario de la arbitrariedad del magistrado. Pero, tal vez paradójicamente, en todo el periodo de la República existe más la excepción que la regla. Porque, cuando no eran aplicables tales regulaciones, prevalecía la actividad del magistrado. Y había amplio campo para tal actividad. Después de todo, *de facto*, el ámbito de conducta previsto en la *lex* era muy restringido: además, los esclavos y los peregrinos, al no ser ciudadanos, no gozaban del beneficio de la *provocatio* ni de la legislación para ciudadanos: y al menos inicialmente y hasta el siglo tercero antes de Cristo, el ejército en periodo de servicio estaba plenamente sometido al *imperium* de su comandante.

Imperium realmente nos conduce a la médula del problema, porque la *coercitio* derivada del *imperium* del magistrado es lo que estamos discutiendo.

El asunto ha sido objeto de reciente controversia. Para Mommsen⁷, la primera característica del proceso criminal en la República era que toda decisión era, ante todo, una decisión de un magistrado, tanto si era apelable como si no: y la *provocatio*, cuando era permitida, quedaba abierta únicamente a los ciudadanos y era dirigida a las asambleas ciudadanas, a los *comitia centuriata*, únicos que podían autorizar la muerte de un ciudadano. Pero, mientras la jurisdicción perteneció a magistrados con *imperium* (más específicamente en tiempo de paz, el cónsul), en la práctica era ejercitada usualmente, a requerimiento, por un delegado, generalmente el *quaestor*, desde que el cónsul era convocador de los *comitia centuriata* a cuya *provocatio* queda sometido.

La imagen del *quaestor* como un delegado del cónsul ha sido atacada (creo que con razón) por Heuss⁸, cuyo discípulo Bleic-

6. Cfr. Tabla IX, 4 (FIRA, 1, 64).

7. Op. cit. 135 ss.

8. En ZSS, 64 (1944), 57.

ken⁹, y, todavía más recientemente, Kunkel, han llegado a construir un cuadro muy distinto del conjunto de la jurisdicción criminal republicana. Para Bleicken, la *provocatio* es un precursor de la jurisdicción criminal del tribuno y del magistrado —en los casos en que la *provocatio* era aplicable— no era un juez que decidía a instancia, sino más bien el acusador ante la asamblea de los ciudadanos que de hecho decidía el caso. Sus poderes de *coercitio* están completamente separados de éste. Kunkel¹⁰ avanza hasta considerar los frecuentes tribunales, como las *quaestiones extraordinariae*, tan a menudo autorizadas en la República antes del siglo segundo antes de Cristo, como prototipos para evitar el proceso comicial, prototipos que Sila llevaría a su realización última. Para Bleicken y Kunkel la existencia de los primitivos tribunales antes mencionados (*quaestores parricidii*, etc.) y su consideración de la *provocatio* significa el afirmar una primitiva distinción entre un derecho criminal regular y una jurisdicción y la neta separación del poder de coerción del magistrado.

Hacer justicia plenamente a las doctas contribuciones de Bleicken y todavía más de Kunkel en esta ocasión sería imposible; gran parte de su aserción es incontrovertible; sin embargo, la interpretación que ellos hacen y las deducciones que infieren es lo que, con el debido respeto, creo equivocadas. Esto no significa, por otra parte, que haya que aceptar plenamente la tradicional descripción de Mommsen, cuyo esquema es demasiado rígido y artificial. Pero la reacción reciente va demasiado lejos al sugerir una jurisdicción penal de un grado de desarrollo considerable demasiado pronto en la república. Y aquí vienen a cuento las mencionadas diferencias de interpretación. Por ejemplo, los tribunales especiales que Tito Livio nos refiere para investigar la muerte de un tribuno militar en el año 412¹¹, o la investigación por envenenamiento ocurrido en el 331¹², y después el proceso *de Bacchanali-*

9. *Das Volkstribunat der klassischen Republik* (1955); ZSS, 76 (1959), 324.

10. Op. cit. Aprovecho la oportunidad para agradecer al profesor KUNKEL el haberme permitido usar las pruebas de imprenta, antes de que fuera publicado su magistral trabajo.

11. Liv. 4. 51, 2.

12. Liv. 8, 18.

*bus*¹³, son compatibles con el reconocimiento de que puede ser deseable algo más situaciones particularmente espantosas que la investigación normal de un magistrado; y así podría confirmar el cuadro básico ya presentado, más bien que contribuir a la teoría de Kunkel sobre la primitiva distinción en la praxis criminal entre *iurisdictio* y *coercitio*.

El cuadro probable de desarrollo, tal como yo lo veo, es éste. En el período prerrepblicano, podemos suponer que el rey tenía poder y discrecionalidad absoluta: su *imperium* comprendía un *ius vitae necisque*, lo mismo que el paterfamilias en las relaciones domésticas.

Después la *provocatio* es adscrita a una *lex Valeria Horatia* en el amanecer de la República y esto puede pensarse para mostrar que la supremacía del rey fué inmediatamente reemplazada por la supremacía del *populus*, i. e., aunque los cónsules, que heredan el *imperium* del rey, podían ejercitarla a placer, sólo el *populus* podía autorizar la muerte de un ciudadano. Esto parece una solución demasiado simple.

La *lex Valeria* del 509 antes de Cristo es meramente una de las tres *leges* de este nombre a las que se les atribuye el haber instituido la *provocatio*, de las cuales sólo la última, del 300 a. C., debe considerarse genuina.

Hay que notar que las decisiones del cónsul en el campo de batalla no estaban sujetas a *provocatio*, ni tampoco las del *dictator*—i. e., las decisiones bajo el *imperium militiae* estaban (hasta el siglo tercero) exentas de *provocatio*—, lo que parecería así concenir con el ejercicio de la potestad en Roma en condiciones normales de paz. En la cronología usualmente aceptada las Doce Tablas no deben distar de la primera *lex Valeria* más de cincuenta años, y la designación del *quaestor* menos de diez años después de las Doce Tablas. ¿No es más probable que la *provocatio* tenga su origen (como Siber¹⁴ y Staveley¹⁵ opinan) en la agitación que resultó de las Doce Tablas?

13. Cfr. *SC. De Bacchanalibus* (186 a. C.), FIRA, 1, 240.

14. *Analogie*, cit. 17 ss.; ZSS, 62 (1942), 376.

15. En *Historia*, 3 (1954-55), 412. Sobre *provocatio* cfr. también BRECHT, en ZSS, 59 (1939), 59.

Sin embargo, las Doce Tablas, en lo que sabemos, no instituyen expresamente la *provocatio*: contienen una prescripción según la cual de la cabeza de un ciudadano sólo pueden disponer los *comitia centuriata* y que los *privilegia* no deben ser promulgados¹⁶. En pocas palabras, los *decemviri* determinan que nadie debe ser ejecutado sin el voto de los *comitia centuriata* y, por el encartamiento de los privilegios, se previno un abuso del proceso legislativo que podía evadir esta determinación. Tomadas en conexión con el poder de *intercessio* y *auxilii latio* del tribuno, todavía revolucionario, estas medidas serían salvaguardia de los plebeyos contra el ejercicio arbitrario del *imperium* por los cónsules todavía patricios. Pero en este estadio, la *provocatio* no es un proceso plenamente concebido en sí mismo, sino una emergencia posible de la operación de estas diversas fuerzas. Sólo si el tribuno elige el interferir, el magistrado necesita estar precavido cuando el tribuno es probable que interfiera si hay razones, políticas o de otro tipo, que permitan sospechar un posible descarrío de la justicia. La posibilidad de tal intervención hizo deseable, sin embargo, el transferir la instancia de audiencia del *consul* al *quaestor*, cuando este cargo se crea poco después, en los casos en que la *provocatio* era posible.

Ahora bien, cuando el consulado se hace asequible a los plebeyos, la tranquilización de la lucha entre ambos órdenes, patricio y plebeyo, la legitimación virtual y la respetabilidad del tribunado, y ciertamente hacia el 300 a. C., la protección que se había convertido, de arma en la lucha de clases, en escudo protector de los ciudadanos romanos contra un abuso del magistrado¹⁷. (No es mera casualidad el que por estos mismos años el poder del *dictator* se sometiera a la *provocatio* y que algo después la formación de los comicios centuriados se hiciera democrática.) En breve, la *lex Valeria* del 300 a. C. regulariza como institución general la que se ha ido formando partiendo de una serie de providencias designadas inicialmente para proteger a los plebeyos en la lucha de clases.

16. Tabla IX, 1 (FIRA, 1, 64); *Le leg.* 3, 4, 11, 19, 44.

17. Desde un punto de partida distinto cfr. CRIFÓ, *Riccrche sull' "exilium" nel periodo repubblicano. Parte Prima.* (1961).

En efecto, históricamente, hubo un tiempo sin *provocatio* y los cónsules reemplazaban meramente al rey todopoderoso. Después las Doce Tablas y la protección tribunicia aportan lo esencial de lo que después sería regulado como *provocatio*. Una consecuencia fué que, cuando la vida del ciudadano estaba en peligro, el cónsul era relevado de jurisdicción en la *civitas*, convocando a los *comitia centuriata*, mientras que los poderes tribunicios aseguraban que los plebeyos pudieran ser oídos ante los *comitia*. A finales del siglo cuarto, esto se convierte en una protección de los ciudadanos en materias criminales y el interrogatorio inicial por el magistrado inferior podría muy bien ser considerado como un preliminar para exponer su decisión ante los comicios para su ratificación o denegación y podía, en consecuencia, conducir a que éste fuera considerado como una especie de acusador ante la asamblea.

El serenamiento de la crisis social, sin embargo, y el concepto básico postulaban que otros magistrados sin *imperium* tuvieran jurisdicción de instancia en un período más avanzado de la República: ediles y, sobre todo, el tribuno. Como reflejo de la lucha de clases y de su inicial función auxiliadora de los oprimidos plebeyos, apenas sorprende que el tribuno adquiriera un poder de acusación especialmente en materia política, construyendo en particular el crimen que llegó a ser la *maiestas* y que reemplazó el *perduellio* y los antiguos *duoviri perduellionis*.

Cuando la *provocatio* no era aplicable, el proceso¹⁸ adoptado por el magistrado era una *anquisitio*, una investigación.

La gran limitación en la conducta de los magistrados en este estudio de la jurisdicción criminal era la *provocatio*.

La *provocatio* aseguraba al ciudadano que sólo los comicios centuriados podían autorizar su ejecución, y así tuvo el resultado probablemente inesperado, en lo relativo a los *cives*, de hacer el derecho criminal, *de facto*, extremadamente suave. No es necesario explicar el procedimiento de la *provocatio*, pero habían de pasar venticuatro días entre la *anquisitio* y la audiencia comicial¹⁹. Aunque el magistrado pudo haber encarcelado al acusado hasta

18. Para un tratamiento breve y adecuado del proceso republicano, cfr. JOLow.cz, *Historical Introduction to Roman Law* (1952), 321 ss.

19. Proceso *re*, cfr. Cic. *De domo*, 17, 45.

esperar la decisión popular, el tribuno pudo pronto anular esta providencia, de tal modo que en el siglo segundo, la regla era que el acusado permanecía en libertad hasta la decisión comicial. Naturalmente, en tales circunstancias podía abandonar voluntaria y previamente Roma, con lo que la *aquae et ignis interdictio* evitarían su regreso a Roma sin perdón²⁰. El resultado práctico era que, cuando la *provocatio* era posible, la pena de muerte no necesitaba ser efectivamente infligida. Se da énfasis a esto porque la pena principal era la de muerte. La prisión, tan básica en las penas modernas, no era una pena romana: *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*²¹. Esto fué más adelante la base de las varias formas de exilio introducidas como forma de castigo en la República tardía y en el Imperio.

Queda por añadir que la *provocatio* no era posible respecto a todos los ciudadanos delincuentes. Cuando la legislación prescribe la muerte como la pena de un crimen, no había recurso a los comicios quizá porque el pueblo, al votar la *lex*, naturalmente en los comicios, se comprometía a rechazar en adelante la posibilidad de apelación. De modo análogo hay que suponer que la ausencia originaria de *provocatio* respecto a ofensas cometidas en el servicio militar está unida con el hecho de que, durante el servicio, el *populus* está organizado como lo estaba en los comicios centuriados y está claramente bajo el mando del cónsul.

He aquí, por tanto, el cuadro general de la jurisdicción criminal previa a las *quaestiones perpetuae*. En todos los casos, el magistrado competente actuaba sobre una base inquisitiva, tanto en los pocos casos previstos en las leyes como en virtud de su autoridad y, en estas últimas, sujeto a la influencia restrictiva de la *provocatio*.

III

Este diseño general fué considerablemente modificado en la República tardía al emerger las *quaestiones*, i. e., tribunales de jurados presididos por un magistrado. Su prototipo fué la *quaestio de*

20. Sobre este tema cfr. CRIFÓ, Op. cit.

21. D. 48, 19, 8, 9.

repetundis relativa a un tipo de ofensa que era peculiar de la *nobilitas*. El desarrollo preciso de la misma ha sido objeto de amplia discusión recientemente, pero con la legislación posterior, la *lex Calpurnia de repetundis* del 149 a. C., produjo un modelo copiado posteriormente²². Y, por supuesto, la misma inundación de leyes sobre la *quaestio* única ¿no sugiere la novedad de experimentación más que la continuación de un proceso ya en progreso?²³

El principio era que una *lex* definía los hechos que proscribía, especificaba la constitución y composición del tribunal ante el que había de procederse y determinaba la pena. En una palabra, la *lex* creaba el crimen, el tribunal competente y la condena. Con este comienzo, había a finales de la república *quaestiones* para una variedad de ofensas—*peculatus, sicarii et veneficii, ambitus, maiestas, falsum*, etc.—muchas de ellas creadas bajo el gobierno de Sila.

Hay que observar que es sólo el principio general lo aplicable a todas ellas. Respecto a cada ofensa, había una *lex* separada y hay variantes entre ellas. *Verbi gratia*, la *lex Pompeia de parricidiis*²⁴ era muy explícita y detallada en su definición de *parricidium*, mientras que la *maiestas* era indicada muy vagamente²⁵. Y la composición de la *quaestio* variaba asimismo de un crimen a otro. Pero el principio general era común a todas y ello permite algunas observaciones generales.

En primer lugar, la *quaestio* aportó una modificación del procedimiento. Antes el proceso criminal había sido inquisitivo; el magistrado dirigía las averiguaciones. Ahora viene un proceso acusatorio, los procedimientos se instruían antes de la *quaestio* sobre la base de la información de un *delator* y eran llevados más bien como un litigio entre acusador y acusado, actuando como ár-

22. Sobre *quaestio repetundarum* y legislación relativa, cfr., PONTENAY DE FONTETTE, *Leges Repetundarum* (1954); FERGUSON, en *Journal of Roman Studies*, 11 (1921), 86; BALDSON, en *Papers of the British School at Rome*, 14 (1939), 78; DAUBE, en *Journal of Roman Studies*, 41 (1951), 66; HENDERSON, *Ibid*, 71; SHERWIN-WHITE, *Ibid*, 42 (1952), 43; y en *Papers of the British School at Rome*, 17 (?), 5.

23. Cfr. Las opiniones de BLEICKEN y KUNKEL, *opp. citt.*

24. Cfr. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* (reimpresión 1962), 406 y las referencias que hace.

25. Cfr. ROTONDI, *cit.*, 360 y las referencias que hace.

bitros los *iudices* de la *quaestio*. Además, estableciéndose las *quaestiones* mediante *lex* no había *provocatio*. Es esto sin duda, podemos suponer, lo que especialmente apeló a Sila en la *quaestio* (y antes de él había sólo *repetundarum*, seguramente un signo más de que él era más innovador de lo que Kunkel supone). Pues cuanto más intervención criminal era consignada a una *quaestio*, inevitablemente quedaba menos terreno para la jurisdicción tribunicia o para un proceso ordinario magistratorial con la subsiguiente apelación a las asambleas populares. Con las listas de los jurados firmemente apoyadas en las manos de la clase senatorial, la extensión del proceso de *quaestio* fomentaba naturalmente la supremacía aristocrática. Por supuesto que para nuestro objetivo lo que interesa es el efecto en la justicia criminal, no el trasfondo político, pero el resultado es que la época de Sila puede ser considerada, en un aspecto, como la edad de oro del desarrollo criminal romano.

Hay otro aspecto del proceso de *quaestiones*: la acusación capital. La práctica de exilarse, desarrollada antes con el fin de evadir la pena de muerte, es utilizada ahora para dar penas de exilio en lugar de penas de muerte. La acusación ante la *quaestio* debe ser una acusación capital, pero pena capital no significa en adelante y de manera exclusiva la muerte; puede significar el exilio.

Queda por considerar la posición del magistrado que presidía la *quaestio*. Mommsen, intentando mantener todavía el principio —tal como él lo vió— de que cada decisión criminal era la decisión de un magistrado, afirmó que, incluso en las *quaestiones*, la decisión era del magistrado, y que el jurado era considerado más bien como *consilium*. En mi opinión, no veo base para apoyar tal artificio. Podemos conceder que las *quaestiones* con su nuevo procedimiento marcan una nueva ruta en la justicia criminal romana.

Esto no significa, por supuesto, que la antigua estructura fuera totalmente eliminada. Por muy amplia que fuese la esfera de las *quaestiones*, estas operaban bajo su ley creadora y, en consecuencia, dentro de los límites de la misma *lex*. La conducta no proscrita por tal *lex* debería tratarse por la *coercitio* del magistrado según el antiguo sistema.

Ahora bien, nosotros nos hemos referido sólo al proceso y justicia criminales en Italia. En las provincias prevalece todavía el

poder del magistrado. El gobernador, que tenía *imperium* como procónsul o *propraetor* tendría plenos poderes (estamos hablando de *imperium militiae*) excepto que, cuando se trataba de ciudadanos romanos, disfrutaban de la *provocatio* después de la extensión de la misma al ejército en el siglo segundo antes de Cristo, y que el evento de una acusación que exigía la pena capital debería ser enviado a Roma.

Esta era, pues, la panorámica al final de la República: existía un cierto número de *quaestiones* relativas a ciertos crímenes. Además de ellas, el magistrado se enfrentaba con las actuaciones dañinas ya subsumidas en una *lex* o ya en virtud de su propio poder. En este último caso quedaba sujeto a la *provocatio*.

IV

Las nuevas circunstancias del Principado no podían menos de reflejarse en un terreno como el derecho criminal tan íntimamente asociado con la política. Mientras las *quaestiones* proveían un mayor grado de contenido legal sustantivo que lo que había ocurrido previamente, no podía esperarse del emperador una preferencia de la limitación legislativa de la jurisprudencia criminal que atacaba necesariamente la flexibilidad esencial de la discrecionalidad del magistrado. Ahora, por otra parte, no era deseable la continuación inmutada del antiguo concepto de discrecionalidad investida en el magistrado mismo: y *provocatio* significa apelación a los comicios que el emperador prefería ver desaparecer. Era también, la naturaleza cambiante del mismo Imperio.

El resultado fue el desarrollo de una competencia criminal en el Senado suplantando a los comicios y la adquisición de una *iurisdictio* criminal por los nuevos funcionarios imperiales suplantando a los antiguos magistrados.

En principio este desarrollo tuvo lugar paralelamente y de modo adicional a las *quaestiones*, cuya competencia queda inicialmente intacta. Sin duda, durante cierto tiempo, su ámbito jurisdiccional fue ampliado en un sentido. Ya que ahora que sus *leges* habían formado un núcleo de derecho criminal sustantivo, llegó a

hacerse general para los senadoconsultos, etc., el proveer que otras conductas no determinadas ya expresamente, debían someterse a las penas de la *lex* correspondiente. De este modo, por ejemplo, la *Lex Cornelia Testamentaria Numaria*²⁶, de Lucio Cornelio Sila se convirtió gracias a los senadoconsultos *Libonianum*, *Messalianum*, *Geminianum*, etc. en el fundamento de un derecho general de falsificaciones; similarmente, la *lex Cornelia de sicariis*²⁷ fue ampliada mediante senadoconsultos.

Pero al transcurrir los años —y ciertamente ya a mediados del siglo tercero del Imperio— las *quaestiones* fueron socavadas conforme los preceptos imperiales y sus funcionarios se establecieron gradualmente. Mediante interpretación restrictiva de las *leges iudiciorum, verbi gratia*, limitando la competencia de las *quaestiones* a eventos ocurridos dentro del pomerio, es decir, dentro de la ciudad de Roma. Por otra parte, la consideración de la necesidad de penas diferentes o más severas de las permitidas por la *lex* correspondiente, contribuyó a que fuera asumida cada vez más jurisdicción bajo la *cognitio* de los funcionarios imperiales²⁸.

Por supuesto que estos hechos no son más que un reflejo de la creciente autocracia del emperador, como lo es la importancia relativamente escasa del Senado como órgano jurisdiccional. Consideraremos someramente ambos desarrollos²⁹.

La jurisdicción senatorial cambió según la situación del emperador. Augusto seleccionó cuidadosamente sus poderes imperiales y ninguno más significativamente que la *tribunicia potestas*: el tribuno era a fines de la República con toda probabilidad el más relevante de los magistrados que exigían una jurisdicción criminal. Además, a Augusto le fue otorgado el poder de indulto en casos criminales. Es seguro que ahora, si prefirió hacerlo así, podía ejer-

26. Cfr. ROTONDI, cit., 356 y las referencias que hace.

27. Cfr. ROTONDI, cit., 357 y las referencias que hace.

28. Cfr. BRASIELLO, *Repressione*, cit., 20 ss.; ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7 ed. (1960), cap. X.

29. Cfr. asimismo, JOLOWICZ, op. cit., 411 ss.; JONES, *Studies in Roman Government and Law* (1960), 1 ss., 51 ss., 67 ss.; BLEICKEN, *Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im früheren Prinzipat* (1962), sólo pude consultarlo una vez terminado este trabajo.

cer estas funciones en el Senado del cual era príncipe. El resultado fue que, en el terreno de las ofensas políticas y en los casos en que aparecían implicadas personas influyentes (como dice Tácito), el Senado tenía importancia como tribunal en la primera centuria del Imperio.

Ahora bien, más importante que el desarrollo general fue la *iurisdictio* gradualmente asumida por funcionarios imperiales en sus esferas respectivas: el prefecto *urbi, annonae*, etc. Esto tenía atractivos obvios para el emperador, puesto que los funcionarios eran sus funcionarios, y así la jurisdicción era también del emperador.

En consecuencia, a finales del Principado, la jurisdicción criminal en Italia era sustancialmente un asunto de competencia de los prefectos. El *praefectus urbi* (con los prefectos *annonae* y *vigilum* esencialmente como subordinados) tenía jurisdicción en Roma y en cien millas a la redonda, mientras que los prefectos pretorios tenían jurisdicción fuera de esta área. El cambio consistió en un retorno al proceso inquisitivo de la antigua *iurisdictio* republicana.

El cambio se notó también en las provincias. Como hemos visto, en la República, los gobernadores provinciales no tenían jurisdicción sobre los ciudadanos romanos cuando se trataba de crímenes que exigían la pena capital. Esto fue considerablemente menguado en el Imperio. Ya antes de Marco Aurelio, los gobernadores provinciales podían procesar a ciudadanos no militares, sin apelación, en acusaciones con base legal, mientras que (si eran procónsules) tenían sobre los ciudadanos soldados una *iurisdictio* ilimitada. Después de la constitución Antoniniana, del año doscientos doce, tenían tal *iurisdictio* sobre todos los ciudadanos. Tal desarrollo era inevitable: hubiera sido imposible en un Imperio donde todos eran ciudadanos, mantener el principio de que los ciudadanos sólo podían ser procesados en Roma por delitos capitales.

Hubo, por consiguiente, una nivelación ascendente de las provincias y una nivelación descendente de Italia conforme el proceso cognitorio progresaba y triunfaba, lo cual iba unido a la expansión de la ciudadanía y a la creciente ubicuidad y singularidad del poder imperial.

La transición del Principado al Dominado acentuó lo que era

una realidad. Ya no se mencionaban las *quaestiones*. El mundo romano estaba ahora dividido en una forma única de gobierno con una jerarquía general de funcionarios desde el emperador hasta los gobernadores de las provincias y en una forma única de proceso en materias civiles y criminales. En las criminales, la autoridad suprema del emperador se manifiesta en el hecho de que el poder del magistrado que juzga es restringido de nuevo, en el sentido de que había límites a las penas que podía infligir dentro de su competencia, y las penas más graves requerían un recurso al emperador³⁰.

En un cierto sentido la rueda ha recorrido toda su órbita. Hemos vuelto a la posición inicial en la que el magistrado administra justicia criminal sujeto al control de una autoridad legislativa suprema.

V

Las varias fases del desarrollo que he intentado diseñar quizá pueden ser reflejadas en las ambigüedades unidas al uso de la palabra *coercitio*. Se halla usada en el sentido de decisión magistratorial, i. e., tanto bajo *lex* como en virtud de su propio poder; se usa también para indicar aquellas circunstancias en las que el magistrado inflige una pena sólo en virtud de su propio poder, cuando no existe una prescripción legal adecuada; pero también se encuentra —por ejemplo en la *Collatio legum mosaicarum et romanarum* y en el libro primero del Digesto— como identificando el poder de punición después de la audiencia (sin referencia necesaria a si ha sido ejercida o no una jurisdicción regular). Varias explicaciones de esta diversidad de acepciones del término han sido presentadas por Mommsen, Bonfante, Strachan-Davinson y otros³¹.

Quisiera presentar mi propia sugerencia. Los usos variantes del término reflejan las fases del desarrollo del derecho y jurisdicción

30. DE ROBERTIS, en ZSS, 59 (1939), 219, especialmente 251 ss.; LEVY; BIDR, 45 cit.

31. Cfr. MOMMSEN, op. cit. 38 ss., 475; STRACHAN-DAVIDSON, cit., 1, 98; BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 4 ed. 1 (reimpresión 1958), 227; JOLOWICZ, cit., 322.

criminales. El derecho criminal romano se desarrolló partiendo de la *coercitio*, de la actividad del magistrado en la esfera de su competencia. Originariamente sólo existirá el *imperium*, primero del rey y después de los cónsules, sobre cuya base ejercía la *coercitio*. Ya en las Doce Tablas, se limitó el *imperium* mediante la *provocatio*; pero en todos los casos (como acertadamente insiste Monnsen), el proceso era un asunto del magistrado. En este estadio, la *coercitio* del magistrado y lo que podemos denominar "derecho criminal ordinario" eran círculos concéntricos. El *imperium* del magistrado era todavía la base de operaciones de la *coercitio* criminal aunque en ciertos casos quedaba abierta la apelación al pueblo.

Luego aparecen las *quaestiones* en la República tardía, cuyo efecto fue separar netamente el campo de la autoridad del magistrado del campo del "derecho ordinario", porque ahora el "derecho criminal ordinario" era un terreno en el que la *coercitio* del magistrado no cabía, desde el momento que la *lex* correspondiente proveía a todo lo relativo al crimen de que se trataba. El resultado fue que la *coercitio* se identificó necesariamente con la actividad magistratorial en los casos no sujetos a regulación legal, es decir, en aquellas circunstancias no proscritas por la legislación, pero que, no obstante, merecían un castigo. Podríamos decir, por vía de analogía, que la *coercitio* cumplía la función de la *actio in factum* del derecho civil.

La tercera acepción de *coercitio*, sin aludir a su fundamentación en la potestad del magistrado para castigar, aparece en escritos tardíos, en un momento en que toda jurisdicción procede del poder imperial y los magistrados la ejercen como funcionarios imperiales. La base de su *iurisdictio*, en una palabra, se da por supuesta; lo único que puede atraer la atención es su ejercicio del poder de castigar.

Así pues, en todos los casos, la actividad que el magistrado puede ejercer (aunque su contenido varía con el tiempo) se identifica con el término que fue sin duda el trampolín de todo el desarrollo del derecho criminal romano: la *coercitio*.

J. A. C. THOMAS
(Glasgow)

LA DISTINCION HURTO-ROBO EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: I. DERECHO ROMANO: A) *Furtum*: 1. El sistema de acciones y su penalidad. 2. La elaboración jurisprudencial. 3. *Furtum rei, furtum usus* y *furtum possessionis*. B) *Rapina*: 1. La *actio vi bonorum raptorum*. 2. La acción de homicidio. 3. La elaboración jurisprudencial.—II. EPOCA VISIGODA: A) Breviario de Alarico: a) *Furtum*: 1. Epítome de Gayo. 2. Sentencias de Paulo. b) *Rapina*. B) *Lex Visigothorum*: a) *Furtum*: 1. Concepto. 2. Las distintas composiciones. 3. Hurtos con sanción especial. 4. Autoría y participación. 5. Eximentes. b) *Rapina*: 1. Concepto. 2. Las distintas composiciones. 3. Autoría y participación.—III. LA SUERTE DE LA DISTINCIÓN EN EL PERÍODO POSTGÓTICO: A) Documentos. B) Fueros breves y derecho territorial: a) *Furto*. b) *Rapiña*. C) Fueros extensos y Derecho territorial: a) *Furto*: 1. Los daños y el hurto. 2. Concepto de hurto. 3. Furto de uso y furto de posesión. 4. Composición y otras sanciones. 5. Autoría y participación. b) *Rapiña*: 1. El robo y la prenda extrajudicial. 2. Concepto de robo. 3. Sanciones. D) Derecho navarro-aragonés: 1. La distinción en el Derecho positivo. 2. La distinción en la doctrina.—IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO-JUSTINIANO: A) Las Partidas: a) *Furto*. 1. Concepto. 2. Clases. 3. Autoría y participación. 4. Penalidad. b) *Robo*: 1. Concepto. 2. Penalidad. B) Derecho catalán.—V. LAS RECOPIACIONES: A) Ordenamiento de Alcalá. B) Ordenamiento de Montalvo. C) Novísima Recopilación. D) La distinción en la doctrina de la época.—VI. LA DISTINCIÓN EN LA CODIFICACIÓN PENAL (Remisión).

I

DERECHO ROMANO

A) *Furtum*.

1. El hurto aparece en el Derecho romano como un delito privado, es decir, uno de aquellos delitos cuya pena se establece como simple reparación del ofendido y se demanda mediante una acción

privada¹, distintos de los *crimina publica*, objeto de juicios comiciales al principio y luego objeto de las *quaestiones publicae*².

En las Doce Tablas se ocupan del *furtum* varias disposiciones³. Se distingue el *furtum manifestum*, en el que el *fur* es sorprendido en el momento de la comisión, del *furtum nec manifestum*. En el primer caso, la pena es rigurosa: el *fur*, si es siervo, se le condena a ser despeñado, y si es libre se le azota y deviene *addictus* a la víctima del hurto⁴. En el segundo, se condena al *fur* a entregar como pena el duplo del valor de la cosa hurtada. Parece claro que esta diferencia de tratamiento obedece a la presencia inmediata del perjudicado en el *furtum manifestum* que hacía más violento el sentimiento de venganza, aparte del hecho de existir una prueba directa⁵, y haber mostrado el agente una mayor peligrosidad⁶. En el más antiguo Derecho romano, un registro solemne y lleno de primitivismo en su forma —*quaestio lance licioque*—, equiparaba el hurto, cualquiera que fuese, en caso de hallarse la cosa, al *furtum manifestum*. En los tiempos de las Doce Tablas otro registro no solemne no producía el efecto de convertir al hurto en manifiesto, sino que aparecía relacionado con otra acción furtiva, la *actio furti*

1. Conviene no perder de vista que aunque la acción penal privada desemboca muchas veces en una condena patrimonial que viene atribuida al ofendido, y no al poder público, tal condena no tiene el carácter de resarcimiento, sino de auténtica pena. La acción penal privada tiende a punir y no a resarcir. Sobre este punto vid. U. BRASIELLO, *Corso di Diritto Romano, Atto illecito, Pena e Risarcimento del danno* (Milán, 1957), pág. 8 ss.

2: C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en *Enciclopedia Pessina I* (Milán, 1905), pág. 28.

3. P. GIRARD, *Textes de Droit Romain* (París, 1937), pág. 19 y W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (Neudruck) (Aalen, 1962), pág. 296 s.

4. C. FERRINI, *Esposizione storica*, cit., pág. 177.

5. Vid. JORS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (trad. L. Prieto Castro) (Barcelona, 1937), pág. 360, nota 5.

6. En contra, F. CARRARA, *Programma. Parte Speciale 4^a* (Prato, 1882), § 2048, pág. 68, nota 1 y § 2110, pág. 166, nota 1. Últimamente ha recogido la opinión de De Visscher, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. II. Infracciones patrimoniales de apoderamiento* (Madrid, 1964), pág. 39 s. Se trataría de una reminiscencia de los tiempos primitivos, en que, "tomándose la víctima la justicia por su mano, el ladrón sorprendido habría de pagar mayor indemnización como precio de su rescate".

concepti, por el triplo. Al parecer, no es posible entender que esta forma de registro simple suponga una evolución del registro solemne *lance licioque*. Max Kaser, después de afirmar que sobre la persecución romana de las cosas en la época primitiva sólo es posible hacer conjeturas, refiere ambos tipos de registro a la misma época arcaica. Para Kaser, ambos se aplican a situaciones distintas. Cuando las huellas del delito son recientes se permite al perjudicado utilizar el registro solemne *questio lance et licio*. Si las huellas no son recientes tiene lugar, entonces, un registro simple, claramente posterior al hecho, que presumiblemente se realizaba ante testigos⁷. Como acción de regresión, respecto a la *actio furti concepti*, aparecía regulada en las Doce Tablas, la *actio furti oblati*, también por el triplo, que podía dirigirse a aquel a quien se le hallaba la cosa, como consecuencia del registro, contra el que se la había entregado.

El Pretor mantiene estas acciones, si bien modificando la severa penalidad de la *actio furti manifesti*, que tiende ahora a conseguir el cuádruplo del valor de la cosa. Y, a su vez, crea nuevas acciones furtivas. La *actio furti prohibiti*, por el cuádruplo, que se podía dirigir contra el que, siendo sospechoso, no permitía el registro en su casa; y la *actio furti non exhibiti*, también por el cuádruplo, contra el que, después de haberle sido hallada la cosa en su poder, no la entregaba. Las dos se explican como medidas de política criminal.

Pero es preciso indicar que todas estas acciones furtivas no engendraban, en realidad, sendos tipos de hurto. Son simplemente, como ya opinaba Labeón, acciones *furto cohaerentes*. La única distinción con sustantividad propia fue, al principio, y continuaría siendo en todo momento, aquella integrada por los dos miembros, *furtum manifestum* y *nec manifestum*.

Según cabe deducir de algún texto, ya en la época clásica todas estas acciones habían perdido mucha de su importancia originaria por ir en aumento la intervención policial, y en tiempos de Justiniano habían caído en desuso⁸, persistiendo solamente las *actiones furti manifesti* y *nec manifesti*.

La condena por hurto aparejaba la infamia cuando el condena-

7. M. KASER, *Das Römische Privatrecht I* (Munich, 1955), pág. 110.

8. *Inst.* 4, 1, 4.

do, como consecuencia del ejercicio de una acción furtiva, era el mismo que había sustraído la cosa ⁹.

2. La elaboración doctrinal de los jurisconsultos romanos parte de un concepto de *furtum* como sustracción de una cosa mueble ajena. Noción válida para la época de las Doce Tablas, y probablemente para la época precedente.

La labor de la primera Jurisprudencia pontifical conduce a que, ya en plena época republicana, aquella noción se cambie por otra mucho más amplia. Se considera *furtum* todo comportamiento doloso que produzca un daño para tercero, y que no sea susceptible de encuadrarse en las otras categorías de ilícitos privados previstos por el *ius civile* ¹⁰. Como se sabe por numerosos ejemplos, cuando los romanos advertían una insuficiencia en el ordenamiento, proveniente de las exigencias nuevas de la vida, más que revolucionar el sistema creando nuevas categorías, preferían valerse de las formas ya existentes transformando su contenido.

Esta noción amplia comienza a restringirse desde la emanación de la *Lex Aquilia* y la introducción del *iudicium de dolo*. Paralelamente, desde la última época republicana y durante toda la época imperial, se opera una elaboración doctrinal que trata de precisar el ámbito del *furtum*. Esta elaboración, de progresiva restricción, viene determinada fundamentalmente por motivos de equidad, y sobre todo por exigencias técnicas al servicio de una más exacta cualificación jurídica de los hechos ¹¹.

Los motivos de equidad son visibles en todos aquellos casos en que se recurría a otras acciones penales —la acción de dolo o la acción aquiliana, por ejemplo— y se excluía la aplicación de la *actio furti* por considerar que tales supuestos no eran merecedores de las graves e inevitables consecuencias que aparejaba la *actio furti*, es decir, la condena *in duplum* o *cuadruplum* y la infamia.

Exigencias de tipo científico conducen a resaltar cuál es el contacto material que debe mediar entre el agente y la cosa. Este contacto material termina por definirse, en última instancia, como un

9: T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 (trad. P. DORADO) (Madrid, 1905), pág. 216.

10. B. ALBANESE, *La nozione del "furtum" nell'elaborazione dei giuristi romani*, en *JUS* (1958), pág. 316.

11. B. ALBANESE, *La nozione del "furtum"*, cit. pág. 320.

contrectare. Como consecuencia se inicia una dirección que tiende a excluir del contenido del hurto aquellos hechos en los que falta una *contrectatio*. Y, a partir ya de la última Jurisprudencia republicana, se busca afanosamente un criterio de determinación subjetiva, que acaba por encontrarse en el *lucri faciendi causa*. El destaque de este elemento subjetivo representa una conquista particularmente preciosa, que será mantenida y generalizada en el desenvolvimiento sucesivo.

El *furtum* consiste, pues, tal como lo ha ido construyendo la labor doctrinal de los jurisconsultos romanos, en una *contrectatio*¹². *Contrectare* es el verbo que designa la modalidad de acción que integra el delito de hurto. *Furtum est* —escribe Paulo— *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*¹³. El hurto consiste en una *contrectatio* —*cum* y *tracto*— *rei*, un tocar, un manosear la cosa. Con más propiedad debiera hablarse de *res mobiles*¹⁴. La acción típica es un rodear la cosa con las manos. Conviene tener presente este sentido puramente material de la *contrectatio*, para llegar a una correcta visión del concepto romano de hurto y a una interpretación exacta de la definición de Paulo.

Se ha dicho, objetando a Paulo, que hubiera sido preferible hablar de *subtrahere alii*, pero es que los que tal sostienen se olvidan precisamente de la evolución doctrinal que el concepto de hurto sufrió en el propio Derecho romano. El *furtum*, según parece denunciar su probable etimología, nació como algo que encontraba su esencia en el llevarse la cosa. Pero necesidades del derecho vivido, obligaron a que los jurisconsultos cambiasen el momento esencial del hurto. Como no se castigaban, como tales, la tentativa y la frustración, se hizo necesario adelantar el momento consumativo del hurto para evitar que permaneciesen impunes gran cantidad de auténticos *fures*. Conscientes de esta necesidad los jurisconsultos

12. En tal sentido pueden servir de ejemplo las definiciones ofrecidas por Paulo, *D.* 47, 2, 1, 3, e *I.* 4, 1, 1 y por GAYO, *Inst.* 3, 195.

13. *D.* 47, 2, 1, 3, e *I.* 4, 1, 1.

14. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli reati* (Padua, 1932), pág. 17. Aunque no es indiscutible que los inmuebles pudiesen ser objeto de *furtum*. Vid. JORS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 395, nota 3.

romanos afirmarán que ya no es preciso llevarse la cosa, basta con *contrectare*, con manosearla, para que el hurto exista ¹⁵.

La *contrectatio* es de por sí un acto material jurídicamente indiferente ¹⁶, que sólo cobra relevancia jurídico-penal cuando es fraudulenta.

El adjetivo *fraudulosa*, que figura como requisito del hurto en la definición de Paulo, equivaldría, según Falchi, a la consciencia y voluntad, por parte del agente, de que lesiona un patrimonio ajeno ¹⁷.

Colocadas así las cosas, nos encontramos con que siempre que se dé una *contrectatio* y el agente sea consciente de que es fraudulenta, puede hablarse propiamente de hurto y, en consecuencia, de *fur*. El hurto se presenta así como un delito de naturaleza permanente ¹⁸. Esta permanencia del delito de hurto, que le viene dada en su mayor parte por la propia naturaleza de la *contrectatio*, es de sumo interés para la doctrina de la participación delictiva. Muchos de los hoy considerados partícipes encajaban en el capítulo de los autores propiamente dichos. El que recibe la cosa furtiva de manos del *fur*, sabiéndolo, conociendo su origen, y la *contrectat* comete idéntico delito al cometido por el *fur*. Su *contrectatio* sigue siendo *fraudulosa*, porque continúa lesionando el derecho del legítimo propietario conscientemente. Y así sucesivamente puede establecerse una cadena indefinida, en la que cada uno comete hurto, y es, por tanto, un auténtico *fur*.

Pero todavía se precisa más el concepto. El hurto es una *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*. En la figura del hurto aparece incluido, así, el fin que persigue el agente. Se manosea la cosa, lesionando conscientemente un derecho patrimonial ajeno, con el fin de lucrarse. Esta exigencia finalista es la que distingue el *furtum* de los otros delitos privados, daño en las cosas (*damnum iniuria*) y ofensa personal (*iniuria*) ¹⁹.

15. *Inst. GAYO*, 3, 195.

16. La *contrectatio* no fraudulenta sólo tiene relevancia jurídica en cuanto se puede considerar como facultad, como algo permitido, pero en ningún otro sentido. Piénsese, por ejemplo, en las *contrectationes* que diariamente lleva a cabo el dueño sobre su cosa.

17. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli*, cit., pág. 19.

18. C. FERRINI, *Esposizione storica*, cit., pág. 36.

19. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano, 2 cit.*, pág. 205. Aunque algún

3. Los autores suelen mostrarse acordes respecto a la interpretación de la primera parte del texto de Paulo. Incluso parece claro que el jurista comenzaba dando una definición genérica del hurto. Pero respecto a la segunda parte del texto han surgido notables divergencias a la hora de interpretarlo. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.*

Con la simple lectura del texto queda bien claro que el *furtum* no se presentaba en el Derecho romano como un delito que afectaba exclusivamente a la propiedad. Podía suponer un ataque a otros derechos patrimoniales. Y por aquí comienza la dificultad interpretativa. ¿Cómo ha de entenderse la *contrectatio* en el *furtum possessionis* y en el *furtum usus*?

Algunos creen que Paulo quería distinguir tres formas de *contrectatio* coordinadas. *Contrectatio rei*, *contrectatio usus* y *contrectatio possessionis*. En contra, Ferrini estima decididamente que sólo trataba de indicar dos. La *contrectatio rei*, y la forma única de *contrectatio* que se daba tanto en el *furtum possessionis* como en el *furtum usus*. Estas dos últimas se contrapondrían, como especies del mismo género, a la *contrectatio rei*. Aunque la interpretación propuesta por Ferrini cuenta a su favor con cierto apoyo en el tenor literal del texto —*vel ... vel etiam*—, no convence suficientemente.

Se olvida por parte de la doctrina cuál es la propia naturaleza de la *contrectatio*. No se puede hablar de formas o modos de *contrectatio*, porque la *contrectatio* es un simple hecho material, que revisite siempre la misma forma. Ticio es propietario de un carro y lo toca, lo manosea, porque lo utiliza. Ticio vende el carro a Cayo y, una vez efectuada la *traditio*, ejecuta respecto al mismo idénticos actos. También Ticio puede, en vez de venderlo, pignorarle a Cayo, y realizar, después de la entrega, los mismos actos materiales. Ticio puede igualmente entregar el carro a Cayo en comodato para que éste transporte sus aperos de labranza al fundo corneliano, y Cayo lo utiliza para esto y además se dedica al transporte de los aperos de sus vecinos, cobrándoles. ¿Es lícito hablar en todos estos su-

autor ha querido ver, en uno que otro texto, *D. 47, 2, 83, 2, D. 12, 4, 15 y D. 47, 2, 78*, supuestos de hurto sin la existencia del *animus lucrandi*.

puestos de distintos modos de *contractatio*? Los actos de tocamiento han sido siempre los mismos, porque vienen determinados por la manera de usar la cosa, impuesta, a su vez, por la constitución funcional de la misma. La *contractatio* ha sido siempre la misma, y ha recaído en todos los casos sobre la cosa. Difícilmente puede recaer la *contractatio*, un acto puramente material, sobre el uso o la posesión, *res incorporalis*. La *contractatio* tiene que recaer siempre sobre la cosa, porque la cosa es, en cualquier clase de hurto, el objeto de la acción, y ya hemos dicho que la modalidad de acción integrante del hurto es precisamente el *contractare*. Por eso es correcto Paulo, cuando al definir el hurto en general, habla tan sólo de *contractatio rei*.

Pero el interés jurídicamente protegido que se ve lesionado por el hurto, éste sí que puede variar. La *contractatio* puede lesionar un derecho de propiedad, un derecho de posesión o un derecho de uso. Pero en cualquier caso la *contractatio* ha recaído sobre la cosa, y, por tanto, no existe más que una forma de *contractatio*, la *contractatio rei*²⁰.

Ha pasado desapercibido el posible significado del segundo *rei* del texto de Paulo. *Res* significa la cosa, pero también el derecho de propiedad que se tiene sobre la cosa²¹. Teniéndolo en cuenta el texto pauliano se nos muestra correcto, pudiendo decirse que distingue implícitamente el objeto de la acción —siempre la cosa— del objeto de protección que se lesiona —propiedad, uso o pose-

20. En la misma tesis de Ferrini, una de las más acertadas que se propusieron se observa cierta contradicción. Porque Ferrini acepta que al escribir Paulo *furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, ha querido brindarnos una definición genérica del hurto. Pero esta primera aserción del romanista italiano malamente se complace con su opinión de que Paulo quiso, seguidamente, expresar dos formas coordinadas de *contractatio*. Porque si esto fuese así tendríamos que estas dos formas de *contractatio* dan origen al delito de *furtum*, y no se comprende cómo Paulo, al ofrecernos una definición general, se refiere exclusivamente a una de ellas. Para ser consecuente, el mismo Ferrini tendría que decir que en la primera parte del texto no hay una definición genérica, sino tan sólo de una especie de *furtum*, la más corriente con toda seguridad, pero una sola al fin, la que vendría determinada por la forma de *contractatio rei*.

21. A. D'ORS y J. BONET, *El problema de la división del usufructo*, en *ADC*, 5 (1952), pág. 64 ss.

sión—. *Qui rem suam furatur, ita demum furti actione non tenetur, si alteri ex hoc non noceatur*²². *Furatur* está escrito aquí pensando en el aspecto fáctico, ejecutar sobre la cosa los mismos actos que ejecuta normalmente el *fur*, es decir, *contractare* la cosa. Se da, pues, en este caso también una *contractatio rei*, pero el hurto no existe porque esta acción sobre la cosa no lesiona interés patrimonial ajeno alguno, o lo que es igual, falta el objeto de protección y el delito resulta inexistente.

La *contractatio* reviste siempre la misma forma, en cuanto recae en todo caso sobre la cosa, y puede lesionar el derecho de propiedad, el derecho de posesión, o el derecho de uso. Por el objeto de protección cabe hablar de tres clases de hurto.

Vel ipsius rei. Es el caso más radical, el *fur* no tiene nada y aspira a tenerlo todo²³. La *contractatio* lesiona el derecho de propiedad, entendida ésta como el cúmulo de derechos sobre la cosa, que llega a identificarse con la cosa misma. Por eso las fuentes hablan, para referirse a esta clase de supuestos, de *furtum rei*.

*Vel etiam usus eius*²⁴. Se lesiona un derecho de uso ajeno. Pero hay que tener en cuenta que sólo comete este tipo de hurto aquel que tiene ya en su poder la cosa y se extralimita en sus facultades al usar de ella. En este punto se nos revela la finura de la jurisprudencia romana. Solamente cuando el objeto de protección está perfectamente delimitado, aparece como perteneciente autónomamente a otra persona, puede hablarse de *furtum usus*. El derecho de uso ha de aparecer jurídicamente demarcado, y la *contractatio* ha de suponer un ataque preciso a este derecho. Casos que actualmente podrían calificarse como hurtos de uso, se consideraban como *furtum rei*. El que sin título alguno se apodera de un caballo ajeno para transportar sus mercancías se entiende que lesiona, no el derecho de uso, sino globalmente todos los derechos que pertenecen sobre la cosa al propietario, en cuanto tal. No se halla en estos casos jurídicamente demarcado, de una manera independiente, el derecho de uso. No se comete *furtum usus*, porque no existe

22. *Sent. Paulo* 2, 31, 36.

23. Puede incluso entenderse el *ipsius* como una expresión radical, en cuanto *rei* significa el conjunto más amplio de derechos sobre la cosa.

24. *Eius* puede entenderse que se refiere no al segundo *rei* del texto, sino al primero, la *res* que es *contractata*.

jurídicamente precisado con autonomía el objeto de protección. Por el contrario, si el comodatario en vez de conducir el caballo con las mercancías diez millas, como había convenido con el comodante, lo conduce hasta una distancia de veinte, comete *furtum usus*. El derecho de uso se presenta, en este caso, jurídicamente demarcado. Pertenece, dentro de lo convenido, al comodatario, pero se entiende que en lo que exceda de lo convenido incumbe al comodante. El comodatario infringe el deber que tiene de no usar más que hasta aquí.

Vel possessionisve. La *contractatio* lesiona un derecho de posesión ajeno. El deudor pignoraticio que entrega la cosa a su acreedor y luego la *contractat*, tratando de lucrarse a costa de perjudicar el derecho a poseer la cosa que compete al segundo, comete hurto de posesión. *Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit*²⁵. Pero en cambio, *si rem, quam tibi commendavi, postea surripui, furti actio competere tibi non poterit: rei enim nostrae furtum facere non possumus*²⁶. A primera vista parece existir cierta contradicción. Si *rei enim nostrae furtum facere non possumus*, parecerá que difícilmente comete hurto el deudor que sustrae a su acreedor la cosa pignorada. *Rei enim nostrae* equivale, en este pasaje, a la cosa sobre la que no sólo tenemos el derecho de propiedad, sino también el derecho de posesión. En sentido negativo tiene el mismo valor la frase *rem alienam contractat*²⁷, ya que también es *fur* el que, siendo propietario y no teniendo el derecho de posesión sobre ella, *contractat* la cosa. Pero aquí es cosa ajena, respecto al *fur*, aquella sobre la que no reúne a un tiempo la cualidad jurídica de propietario y poseedor. Sentado esto, la aparente contradicción se desvanece. Comete hurto el deudor que sustrae la cosa pignorada al acreedor, y no lo comete el depositante que sustrae al depositario la cosa depositada, sencillamente porque en Derecho romano el acreedor pignoraticio goza de un derecho posesorio, y el depositante no. En el primer caso la *contractatio* lesiona un interés patrimonial ajeno, la posesión jurídicamente protegida. En el segundo, el delito no existe porque falta el objeto de protección.

25. *Sent. Paulo 2, 31, 19.*

26. *Sent. Paulo 2, 31, 21.*

27. *Sent. Paulo 2, 31, 1.*

B) *Rapina*.

1. En el antiguo Derecho romano no se tenía en cuenta si el apoderamiento era cometido clandestinamente o con violencia²⁸. Es preciso llegar aproximadamente hasta el año 76 a. de J.C., para ver surgir el delito privado de robo, *rapina*, esto es, la sustracción violenta. Por aquel año, un edicto publicado por el Pretor Peregrino M. Terencio Varrón Lúculo, otorga un acción, que luego pasa al edicto perpetuo, en favor de aquel que ha sido privado violentamente de sus derechos patrimoniales.. Esta acción tiende a conseguir, para el perjudicado, el cuádruplo del valor de la cosa, si se ejercita dentro del año. Esta decisión pretoriana venía motivada por la necesidad de reprimir las numerosas bandas de malhechores que asolaban Italia, y tendía a reforzar las disposiciones de Derecho civil en materia de injurias, daños y hurtos²⁹.

La *actio*, tal como la estableció Lúculo, contemplaba conductas violentas que producían daños, destrucciones e incluso sustracciones. Se refiere, por la necesidad concreta que la motivó, a actos realizados por pluralidad de agentes. Este carácter complejo es lo que ha hecho que Mommsen opinase que originariamente se refería tan sólo a los daños causados violentamente en la propiedad ajena, pero que al resultar imposible, en la práctica, separar el daño de la apropiación ilegítima, hizo preciso, más tarde, no sólo incluir esta apropiación violenta en la fórmula procesal, sino también en el nombre usual de la acción, que comenzó a denominarse *actio vi bonorum raptorum*³⁰. Frente a esta opinión de Mommsen, demuestra Ferrini que el presupuesto de la acción fue, desde un principio, la sustracción violenta de la cosa, pues cabe deducir de las fuentes que el concepto de *bona rapta* había cobrado ya, por aquel entonces, consistencia jurídica propia³¹.

El edicto pretorio comprendía tres casos, el daño *hominibus coactis*, la *rapina* y el daño *in turba*. Para los primeros casos se

28. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 228. Sobre el origen y justificación de la *actio vi bonorum raptorum*, vid. V. MANZINI, *Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia I*² (Torino, 1912), pág. 271.

29. P. GIRARD, *Manuel Elementaire de Droit romain*⁹ (París, 1918), página 424. Vid. F. SERRAO, *La "Iurisdictio" del Pretore Peregrino* (Milano, 1954), pág. 75 s.

daba acción, durante el año útil, *in quadruplum*, después del año *in simplum*. Para el tercero durante el año *actio in duplum*, y después del año *in simplum*. La menor gravedad del último supuesto débese, sin duda, al hecho de que los agentes no se reúnen de propósito para realizar el daño ³².

El *quadruplum* de la *actio vi bonorum raptorum* fue, originariamente, pura pena, es decir, se podía intentar independientemente la *reivindicatio* o la *condictio* para recuperar la cosa o su estimación ³³. En los tiempos de Gayo ³⁴ era ya dudoso que en el cuádruplo fuese o no comprendida la *rei persecutio*, aunque probablemente era todavía penal ³⁵.

En el Derecho justiniano fue claramente concebida como mixta la *actio vi bonorum raptorum*. Penal, por el triplo exigible durante el año; y civil por el *simplum* que podía exigirse pasado el año. Este cambio de acción puramente penal en acción mixta, encuentra su explicación en el hecho de que la acción *vi bonorum raptorum*, pasado el año conduce a la obtención del *simplum*. Esto hizo pensar que este *simplum* era, en realidad, la recuperación o restitución de la cosa y equivalía a la *reivindicatio* o *condictio*, y que al ir embebido durante el año útil en el cuádruplo, hacía que la pena ascendiese solamente al triplo ³⁶.

El edicto del Pretor considera *rapina* las sustracciones realizadas con ocasión de desórdenes o catástrofes, incendio, naufragio, etcétera. *In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post simplum iudicium dabo* ³⁷. También

30. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit., pág. 133 s.

31. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 228. Cfr. F. SERRAO, *La "Iurisdictio"* cit., pág. 78.

32. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli* cit., pág. 133.

33. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 229.

34. Inst. Gayo, 4, 8.

35. P. GIRARD, *Manuel* cit., pág. 424 s y FERRINI, *Esposizione storica* cit. pág. 229.

36. En cambio las acciones furtivas que después del año continuaban obteniendo el mismo múltiplo de la cosa, siguieron concibiéndose como puramente penales.

37. P. GIRARD, *Textes* cit., p. 158 s., *Edit du Préteur*, 189.

la *vis* está aquí presente, aun cuando no proviene del agente, y, por tanto, la sustracción se realiza rodeada de violencia. El agente, aun cuando no la provoca, actúa aprovechándose de la fuerza, en la que se halla inmersa la víctima.

Puede pensarse, de primera intención, que resulta paradójico que un supuesto agravado como es el robo sea objeto de una persecución procesal más limitada que la del hurto. O que incluso la penalidad no rebase aquella más grave del *furtum*, el cuádruplo de la *actio furti manifesti*, y que en un determinado momento —en la época justiniana— sea inferior a ella en un tanto del valor de la cosa. Falchi cree que tal diferencia se explica porque la *rapina* se prevé como crimen público en las *Leges Iuliae de vi*³⁸, y en consecuencia, podía proceder penalmente cualquiera, y aunque posteriormente también el *furtum* se persigue públicamente, las cosas se mantendrían así por una razón de tradición histórica³⁹. Pero esta explicación no es del todo satisfactoria. Todavía pueden traerse a colación una serie de factores. Así, que el perjudicado puede entablar en cualquier momento la *actio furti*⁴⁰, y, en consecuencia, probablemente también después de transcurrido el año.

Que la *actio vi bonorum raptorum*, al estar concebida con independencia de la flagrancia, implica una penalidad superior en todos aquellos casos en que el apoderamiento violento no fue *manifestum*. En estos supuestos si se procediese por la *actio furti* sería preciso utilizar la *actio furti nec manifesti*, y se obtendría tan sólo el duplo. Con todo, aun teniendo en cuenta estos factores, no es posible lograr una razón convincente que justifique la penalidad, y sobre todo la temporalidad de la *actio vi bonorum raptorum*.

38. En las Novelas de Justiniano la acción privada para este delito es abolida. *Nov.* 134, 13. *Fures autem vocamus qui occulte et sine armis huiusmodi delinquunt; eos vero violenter adgrediuntur aut cum armis aut sine armis, in domo aut in itineribus aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus.* Vid. FERRINI, *Esposizione* cit., pág. 230.

39. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli* cit., pág. 30 s.; Vid. V. MANZINI, *Le varie specie di furto* cit., pág. 272.

40. *D.* 47, 8, 1. Paulus libro vicensimo secundo ad edictum. Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vit bonorum raptorum, deneganda est furti; si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in esa est consequatur.

Por lo que se refiere a la penalidad, mayores luces arroja la doctrina de la acumulabilidad de las acciones penales. Brasiello puso de relieve recientemente la posibilidad originaria de acumulación de las acciones penales. El perjudicado puede utilizar, acumulándolas, la *actio vi bonorum raptorum*, la *actio furti* y la *reivindicatio* o *condictio* ⁴¹. Porque las acciones penales son acumulables ⁴² entre sí y con las reipersecutorias ⁴³.

Por otro lado, no puede olvidarse que muchas acciones penales son anuales ⁴⁴. Y concretamente bastantes acciones penales pretorias, pasado el año, se reducían al *simplum* ⁴⁵. Todo ello hace pensar que la razón de la temporalidad de la *actio vi bonorum raptorum* no sea una razón intrínseca a la propia acción. Más bien parece que haya que buscarla en un campo que, en cierto modo, excede los límites de esta acción en concreto. Cabe pensar en las especiales características de toda una categoría de acciones penales concedidas por el Pretor, entre las cuales podía estar encajada la *actio vi bonorum raptorum* ⁴⁶. Es posible creer que con la temporalidad se actuaba una medida de política criminal. Establecer el término de

41. U. BRASIELLO, *Corso di Diritto Romano* cit., pág. 11 y 194.

42. El tema de la acumulación de las acciones penales constituye un punto muy discutible. Vid. FERRINI, *Esposizione* cit., pág. 133 ss. y FALCHI, *Diritto Penale Romano. Dottrine Generali* (Trevis, 1930), pág. 175 ss. Por otra parte es preciso tener presente que dentro del largo período que comprende el desarrollo del Derecho Romano, esta materia sufrió una gran evolución. Por un lado, la condena patrimonial se acerca, cada vez más, a la idea de resarcimiento. en tanto, por otro, la punición tiende a asumir un carácter público. Por eso precisamente se explica que en el Digesto aparezca textos que niegan la acumulación, al lado de otros que la permiten. De hecho el tema debió ser ya muy discutido en el propio Derecho romano. *D.* 44, 7, 32. Hermogenianus libro II iuris Epitomarum.—Quum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varitates obtinuit.

43. *D.* 47, 8, 2-26. Ulpianus libro LVI ad edictum. Rerum raptarum nomine etiam furti, vel damni iniuriae, vel condictione agi potest, vel certe singulae res vindicari possunt.

44. U. BRASIELLO, *Corso de Diritto Romano* cit., pág. 12.

45. U. BRASIELLO, *Corso* cit., pág. 34 y 55.

46. *D.* 44, 7, 35. Paulus libro I ad edictum praetoris.—In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

un año puede significar el estimular y activar la iniciativa privada para la persecución de unos hechos que comienzan a considerarse más graves, como sucede en el caso de la *rapina*, que, como prueba evidente de ello, al mismo tiempo se consideraba susceptible de persecución pública.

Por último, no puede desecharse la idea de que el Pretor tuviese presente en el momento de otorgar la *actio vi bonorum raptorum* ciertas razones de paralelismo. Sobre todo con la *actio quod metus causa*⁴⁷, que era aplicable a aquellos casos en los que se lograba el apoderamiento de alguna cosa mediante coacción. Esta acción *metus causa* se concedía por el cuádruplo dentro del año útil, y por el *simplum*, pasado el año. El parentesco entre la acción de *metus*, en cuanto podía aplicarse a los apoderamientos realizados con *vis* moral y la *actio vi bonorum raptorum*, en cuanto tenía como presupuesto los apoderamientos alcanzados con *vis* física, resulta bastante estrecho.

Fuere como quisere, en los tiempos de Justiniano la razón de la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum* escapaba, ya, a la comprensión de los juristas. Lo que prueba una vez más que la razón no era intrínseca a la propia acción, sino más bien ajena, y por eso mismo se había perdido. En la Instituta de Justiniano, en la que la *actio vi bonorum raptorum* se concibe claramente como mixta, se afirma que es ridículo que fuese tratado más levemente el que arrebatara la cosa con violencia que aquel que la sustrae clandestinamente. Y esto obliga a que termine viéndose la única justificación de la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum* en que, al contrario de lo que sucede con las acciones de hurto, se prescinde de toda idea de flagrancia. Implica un castigo más grave en todos aquellos casos en que el apoderamiento no ha sido *manifestum*, y únicamente esto hace que todavía Justiniano la encuentre plenamente justificada⁴⁸.

47. Sobre la acción de *metus* y la época de su creación, vid. P. GIRARD, *Manuel* cit., pág. 425 ss.

48. *Inst.* 4, 2. Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo in est et rei persecutio ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. Ridiculum est enim levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.

La condena por la *actio vi bonorum raptorum* tiene efectos infamantes⁴⁹.

2. La *rapina*, como delito de violencia que es, se nos muestra ya en la época romana con una doble vertiente. Por un lado, como hemos visto, aparece regulado en el edicto del Pretor entre los daños violentos causados en las cosas ajenas. Por otro, se considera también, al menos en cierto sentido, como un delito contra las personas.

En los casos en que la violencia se ejerce de una manera directa sobre la persona, porque ésta al estar presente ofrece resistencia en el momento de la sustracción, la acción que se le concede para dirigirse contra el agente es la acción de homicidio. Y esto, aun cuando no haya resultado muerte⁵⁰. Así se utilizaba la acción de homicidio contra los *latrones*, que son propiamente los que roban en los caminos, los atracadores.

3. La modalidad de conducta violenta, que hasta el año 76 a. J. no se tomaba en cuenta, va a tomarse en consideración desde entonces como presupuesto de una nueva acción típica. De este modo, lo que podría jugar como una circunstancia referida al hurto, pasa a integrar un tipo agravado independiente. El hurto se presenta, pues, como el tipo básico. Pero no conviene olvidar, en ningún instante, que la distinción entre ambos delitos nace con un marcado carácter procesal. Se trata en principio de una distinción de acciones. Posteriormente, se opera también inevitablemente una distinción sustantiva, porque los presupuestos materiales para proceder por una u otra acción son distintos. Cuando exista una *contrectatio*, y no un *rapere*, sólo será viable la acción de hurto; cuando se trate de un *rapere* se podrá utilizar la *actio vi bonorum raptorum*. Y esto determina que acabe viéndose la esencia del hurto en un *contrectare* y la del robo en un *rapere*.

La concepción del hurto como delito básico tiene tal fuerza que el robo no deja de considerarse nunca como un *furtum* más grave⁵¹. *Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui*

49. D. 3, 2, 4 y D. 48, 1, 7.

50. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit.; pág. 109 s y 200.

51. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit., pág. 199.

vi rapit?, se pregunta Gayo⁵². Y responde, *Itaque recte dictum est eum improbum furem esse*. Pero para la *rapina* hay una acción especial, propia, que le da personalidad jurídica independiente, introducida por el Pretor. *Sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum...*⁵³.

Rapere, arrebatarse, encierra en sí, ya, cierta idea de violencia. *Vi bona rapta*, reza el edicto del Pretor. La *vis*, la fuerza es el presupuesto de la *actio vi bonorum raptorum*. Si en la sustracción no se da la violencia, no puede existir *rapina*. *Rapi aute sine vi non potest*⁵⁴. Pero la labor jurisprudencial, con un elevado sentido jurídico, ha ido perfilando los contornos de los presupuestos de la acción de *rapina*. Este afinamiento jurisprudencial repercute en el propio concepto sustantivo del robo.

En el edicto del pretor se habla de *vi bona rapta*, pero los jurisconsultos encajaron en la acción pretoria casos en que la sustracción se realizaba sin *vis*. Tal era el caso de que el robo se realizase *hominibus coactis*. En este supuesto, aunque no llegase a darse en la realidad la violencia, procedía la *actio vi bonorum*, siempre que los agentes, al decidirse a realizar la sustracción, estuviesen dispuestos a emplearla si fuese necesario⁵⁵. Aunque no se daba una fuerza efectiva, sí podía explicarse ésta por los actos preparatorios. La inactividad del robado, consciente de su debilidad, frente a la fortaleza de la pluralidad de agentes preparados para la sustracción, era el motivo de que no se diese realmente la *vis*. Pero indudablemente se desplegaba, en estos casos, una gran fuerza potencial, bajo cuyos auspicios se perpetraba la sustracción.

Por otro lado, la misma labor doctrinal lleva a cabo una doble singularización de los presupuestos que figuraban en el edicto. Pese a hablarse en él de *bona rapta*, procede la *actio vi bonorum* aunque sólo se haya robado una cosa. Paralelamente se considera suficiente

52 *Inst. Gayo* 3, 209.

53 *Inst. Gayo* 3, 209.

54. *D.* 47, 9, 3, 5 :

55 Vid. *D.* 47, 8, 2-4; 8-9. *Dolo autem malo facere potest (quod edictum ait) non tantum is qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det bonave rapiat.*

la intervención de un solo agente. Pero en este caso la fuerza ha de cobrar existencia real ⁵⁶.

II

EPOCA VISIGODA

La legislación visigoda en materia de hurto y robo no es sino la continuación evolutiva del régimen jurídico que aparecía en el período romano. No puede excluirse, ciertamente, el influjo de un Derecho de tipo germánico sobre determinados puntos de la institución. Pero, aparte de que en muy pocas ocasiones hay la mínima base para poder apreciar ese influjo, conviene tener presente en todo momento que tales posibles influencias se reciben, en todo caso, dentro de un cauce general y más amplio, que no es otro que aquel abierto en el período romano.

Por otro lado, es necesario prevenirse frente a ciertas modificaciones que, a primera vista, parecen presentarse en función de germanismo, puesto que innovaciones más o menos coincidentes con un régimen jurídico de tipo germánico se pueden explicar también con facilidad en relación con el Derecho romano vulgar ⁵⁷. La legislación visigoda se inserta normalmente, según afirma la actual medievalística, en la evolución del Derecho romano. Fenómeno en verdad muy natural, si no se olvida que los visigodos han recibido el Derecho privado romano y no han conservado uno propio de tipo germánico.

Por lo que se refiere concretamente al hurto y al robo ha señalado Levy que la distinción se habría desvanecido ya en el Derecho romano vulgar ⁵⁸. Sin embargo, a nuestro modo de ver, aunque inmersa en un creciente proceso de vulgarización, que implica pérdida de precisión y tecnicismo, la distinción se mantiene en el período visigodo.

56. Vid. *D.* 47, 8, 2; 6-7-9-11.

57 Entendemos aquí la expresión Derecho romano *vulgar* en el sentido precisado por A. D'ORS, *Prefacio a Estudios Visigóticos II. El Código de Eurico* (Roma-Madrid, 1960).

58. E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956), pág. 321.

A) BREVIARIO DE ALARICO.

a) *Furtum*.

1. Como ha advertido acertadamente Archi⁵⁹, el Epítome Gayo se caracteriza, frente a su modelo, por una pérdida de la armonía lógica interna. Lo que en el modelo se presentaba ligado lógicamente, como manifestación de auténtico escolasticismo, aparece en el Ep. desligado. Lo que en Gayo son como los eslabones de una cadena discursiva, aquí se presentan aislados, como *casos aislados*, como distintas *regulae*. Es simplemente un fenómeno debido a la distancia que media entre la forma *mentis* de Gayo y la del autor del Epítome.

Así se comprende, dejando a un lado la muy verosímil influencia de las Sentencias de Paulo, que el epitomador convierta lo que en Gayo eran cuatro aspectos procesales del hurto —él mismo no acepta más que dos tipos de *furtum*, siguiendo a Labeón, *manifestum* y *nec manifestum*⁶⁰— en cuatro tipos distintos de hurto. Y es que el plan seguido por Gayo no ha sido comprendido por el epitomador. Gayo exponía en un primer momento varios *genera* a través de los cuales podía manifestarse el fenómeno hurto⁶¹; en un segundo, la pena que correspondía de acuerdo con el *genus* a que pertenecía el *furtum*⁶²; y en un tercer momento, trataba de indicar en qué casos se podía hablar de hurto⁶³. Prueba evidente de esta dislocación lógica de la doctrina de Gayo es la complacencia con que el epitomador repite en el comienzo de los párrafos la conjunción *praeterea*⁶⁴. Nada más elocuente en este sentido que el *praeterea* que el epitomador utiliza como puente al pasar del Ep. 2,10,4 al 2,10,5. En el primer texto nos dice que puede dirigirse la acción de hurto contra el que tiene la cosa en su poder y usa en un sentido distinto de aquel para el que le facultó el propietario. Y en el segundo texto citado nos va a decir *praeterea* —y además— también

59 G. G. ARCHI, *L'Epítome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente* (Milano, 1937), pág. 434.

60. *Inst. Gayo* 3, 183.

61. *Inst. Gayo* 3, 183-188.

62. *Inst. Gayo* 3, 189-194.

63. *Inst. Gayo* 3, 195.

64. *Ep. Gayo* 2, 10, 3; 2, 10, 5; 2, 10, 6.

es reo de hurto el que conduce un jumento a un lugar más lejano de aquel para ir al cual le autorizó el propietario. Está claro que lo que en Gayo era una afirmación de tipo teórico seguida de un oportuno ejemplo, se convierte en manos del epitomador en dos casos distintos de hurto. Y otro tanto cabe decir de aquel discurso gayano, encuadrado en el tercer momento, por el que el autor pretendía fijar qué hechos constituían hurto. *Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito aut nesciente domino contrectat*, que el epitomador va a convertir en un caso más de hurto. *Praeterea qui rem alienam invito aut nesciente domino contingit vel tollit, aut de loco movere praesumit, furtum facit*⁶⁵.

Uno de los puntos en que reparó la doctrina fue en el paso del *amovere* y *contrectare*, al *contingere*, *tollere* y de *loco movere*. Conrat⁶⁶ sostiene que el *contingere* sustituye al amplio *contrectare* clásico, y que el *tollere* y el de *loco movere* serían dos subespecies del mismo, significando el primero el *Diebsthal* y el segundo la *Unterschlagung*. Por el contrario, Archi⁶⁷ opina que tal hipótesis no se puede deducir del texto, porque, si esto fuese así, el epitomador no rompería la trabazón lógica que Gayo estableció entre el 3,195 y el 3,196, como efectivamente lo hace al pasar de los correspondientes 2,10,3 al 2,10,4. Ambos autores le dan demasiada trascendencia a la sustitución de las citadas palabras sin reparar que detrás de ellas no puede esconderse ninguna modificación consciente. Trataba Gayo en este punto, no de indicar que la *contrectatio* es un requisito indispensable del hurto, como cree el mismo Archi⁶⁸, sino de sentar que la simple *contrectatio* era suficiente para que el hurto se considerase consumado. No hace falta llevarse la cosa, basta tocarla... *rem alienam amovet, sed ... rem alienam contrectat*. El epitomador, siguiendo su costumbre, convierte el texto en un caso más, y para ello se vale de su lenguaje. Esto es todo. Pero su lenguaje ya no es el mismo que el de un clásico. *Contingit*

65. *Ep. Gayo* 2, 10, 3.

66. M. CONRAT, *Der Westgothische Paulus* (Amsterdam, 1907), pág. 182, nota 523.

67. G. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., pág. 429.

68. G. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., pág. 429, estima que Gayo quería expresar que el hurto comprende en sí la *contrectatio*.

vel tollit sustituye a *contrectat*, y se refiere al instante del tocamiento, y de *loco movere* sustituye el *amovet*, y alude al momento de llevarse la cosa. La misma construcción gramatical abona por esta interpretación. *Vel* está uniendo a *contingit* y a *tollit*, y *aut* separando a *loco movere*. Que *tollit* se refiere, al igual que el *contrectat* clásico al primer momento consumativo del hurto, cabe deducirlo igualmente de Epít. Gayo 2,10,2, en donde aparece referido al hurto manifiesto⁶⁹. En el propio hurto manifiesto rara vez se daría tiempo al *fur* a trasladar la cosa. También en el mismo Breviario encontramos otras veces el *contingere* como traducción del *contrectat*⁷⁰.

Se puede afirmar, pues, que no se ha operado ninguna modificación conceptual, y que nos hallamos ante una comprensión vulgar de la doctrina clásica. Convertido lo que en Gayo eran géneros, a través de los cuales se manifestaba el hurto en una multiplicidad ilimitada de formas, en casos concretos de hurto, necesariamente tenía que parecer incompleta la exposición gayana al epitomador. El autor del Epítome no duda un solo momento en colmar lo que él cree una laguna. "Y también muchos otros casos semejantes". Con estas palabras, que son el broche definitivo de toda una incompreensión, cierra el epitomador su exposición sobre el hurto. "*Et multa praeterea quoque similia...*"⁷¹.

Falta por completo toda referencia a la cuantía de las acciones. En el Epítome se salta todo aquel segundo momento discursivo de Gayo referido a las penas. Muy posiblemente se explique esta desaparición completa, habida cuenta de que era la parte de la doctrina gayana más estrechamente vinculada al régimen de las acciones furtivas, si se tiene en consideración la caída del sistema de acciones

69. Ep. Gayo 2, 10, 2. Manifestum furtum dicitur, si quando furtum ex cuiuscumque rem fur tollit, et in ipso furto deprehenditur.

70. Así, por ejemplo, en BA. Pauli Sent. 2, 32, 1 Interp. Es interesante consignar esta igualdad de lenguaje de la Interp. y el Ep. Gayo, porque va en apoyo de la tesis de los que creen que la razón de que el Ep. no aparezca acompañado de su correspondiente *Interpretatio*, es la de que el Epítome es, ya en sí mismo, una *Interpretatio*.

71. Ep. Gayo 2, 10, 6.

romano; con lo cual se presentaba al epitomador como la parte más anacrónica ⁷².

2. El Breviario recoge la definición de *fur* que nos ofrecían las llamadas Sentencias de Paulo. *Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat*. Los historiadores del Derecho romano han tratado de justificar el que Paulo abandonase aquella definición más científica del *furtum*, que insertaba en sus Comentarios el Edicto, en una obra posterior como son sus pretendidas sentencias. Así Ferrini ⁷³ cree que puede justificarse por la propia naturaleza del género literario a que las sentencias pertenecen. Más que ofrecer una definición científica, deseaba Paulo recoger en sus Sentencias una definición práctica, la tradicional en el foro.

Hoy sería preciso también, sobre todo después de los estudios fundamentales de Levy sobre el Derecho romano vulgar de Occidente, tomar en consideración que en las sentencias de Paulo, tal como aparecen en el Breviario, cabe distinguir diversos estratos, y no deja de ser bien significativo que prestigiosos romanistas comiencen a hablar, precaviéndose de antemano, del "autor" de las Sentencias de Paulo.

Sin embargo, dejando al margen todos estos problemas que encierran en sí las Sentencias de Paulo, nos parece que debe repararse, y no se ha hecho así, en que no se trata de dos definiciones similares del *furtum* para que podamos decir que una es más correcta que la otra. En los Comentarios al Edicto, Paulo daba una definición del *furtum* como acción delictiva. En las Sentencias se intenta decir quién es *fur*. Mientras aquel texto tiene un carácter fundamentalmente objetivo, se refiere a las características de la acción, este otro tiene un marcado carácter subjetivo. El 2,32,1 de las Sentencias de Paulo se refiere primordialmente a la culpabilidad, expresa la relación que debe existir entre el agente y la acción.

72. Al *furtum usus* se refiere *Ep. Gayo* 2, 10, 4 y 2, 10, 5, ya citados y comentados al exponer la diferente actitud mental de Gayo y del epitomador.—De los partícipes en el hurto, contra los cuales se pueden dirigir las acciones de hurto, *furti tenetur*, nos habla el epitomador en el 2, 10, 6, que es un auténtico cajón de sastre.

73 FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 183 s.; y sostiene la misma opinión en sus *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, en *Opere* 5 (Milán, 1930), pág. 133.

Aunque se den todos los supuestos externos de la acción furtiva, sólo se puede hablar de *reus furti*, de *fur*, si el que obra lo hace *dolo malo*. No es *fur* el que está *contrectando* antijurídicamente la cosa, pero lo hace porque está en la creencia de que la cosa es suya, cree que tiene sobre ella la propiedad, la posesión y el uso. Sólo el que obra *dolo malo*, debe responder, es *reus furti*, es *fur*.

Por eso no creemos que en este caso se trate de una incorrección, sino más bien que la definición de *furtum* que nos ofrecía Paulo, y la de *fur* que aparece en las Sentencias se complementan mutuamente. El dolo del autor debe abarcar precisamente ese carácter objetivo de la acción en que consiste el fraude. Así lo entiende también la misma *Interpretatio*. Por eso en Sentencias Paulo 2,32,1, Interpret., se lee, *fur est qui rem alienam fraude interveniente contingerit*. Dejando a un lado la sustitución del *contrectat* por el *contingerit*, que como ya expusimos al hablar del Ep. Gayo, no encierra ninguna modificación en la descripción típica del hurto, observamos cómo el intérprete ha puesto donde decía *dolo malo*, *fraude interveniente*. Con lo cual es evidente que entendió que el *dolo malo* ha de referirse al fraude como característica de la *contrectatio*.

Se mantienen cuatro géneros de hurto⁷⁴, definiéndose cada uno de ellos⁷⁵ desde un punto de vista eminentemente procesal. Esto explica el que preocupe delimitar la legitimación. Sólo puede proceder por hurto el que tiene interés⁷⁶. Pero para las acciones *concepti* y *oblati* se consigna una regla especial aclaradora. Puede entablar *actio furti concepti* aquel que encuentra la cosa⁷⁷, y *actio furti oblati* aquel a quien se le encuentra la cosa⁷⁸. Pueden entablar acción los herederos del perjudicado; pero los herederos del *fur* no responden criminalmente⁷⁹.

Al contrario de lo que sucedía en el Ep. Gayo, en el que no

74 *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 2, *Furtorum genera sunt quator: manifesti, nec manifesti, concepti et oblati.*

75. El *manifestum*, en *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 3; el *nec manifestum*, en 2, 32, 4; el *conceptum*, en 2, 32 5; y el *oblatum*, en 2,32, 6.

76. *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 7.

77. *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 8.

78 *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 9.

79. *B.A. Pauli Sent.* 2, 32, 10 y 2, 32, 10 *Interpret.*

aparecía referencia alguna a la penalidad, se expresa aquí la cuantía de tres acciones furtivas. La *actio furti manifesti*, por el cuádruplo, que continúa siendo enteramente pena, sin que en él vaya incluida la devolución de la cosa⁸⁰; las *actio furti oblati* y *concepti*, por el triplo, que igualmente es sólo pena⁸¹. La condena por hurto, cualquiera que sea el género a que éste pertenezca, lleva consigo aparejada la infamia⁸².

Un supuesto de *furtum possessionis* se contempla en 2,32,20. El deudor que sustrae la cosa al acreedor pignoraticio, a pesar de ser propeatrio, *furtum facit*.

No sólo contra el que comete el hurto —*furtum fecerit*—, es decir, el que ejecuta materialmente la sustracción, sino también contra aquellos que prestan auxilio o dan consejos para que el hurto se consume, puede dirigirse la acción de hurto⁸³. No se trata realmente de considerarlos *fures*, sino de estimarlos legitimados pasivamente para proceder contra ellos por medio de la misma acción de hurto. No debe olvidarse que en las Sentencias de Paulo se habla del hurto no desde un punto de vista sustantivo, sino procesal.

b) *Rapina*.

Después de haber consignado el epitomador *ex delicto enim nascuntur obligationes, si aliquis furtum fecerit, vel bona aliena rapuerit, vel damnum alteri dederit, vel iniuriam aliquam alicui intulerit*⁸⁴, llama sobremanera la atención que posteriormente se limite tan sólo a hablar del *furtum*. Varias son las opiniones propuestas para justificar esta extraña actitud del compilador. Que el modelo que tuviese a la vista no contuviese más que lo que aparece

80. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 16 Interpret.* Furti manifesti poena quadrupli est et ipsius rei, quae est sublata, redhibitio.

81. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 17 Interpret.* Is qui rem furtivam alteri obtulit, ne apud ipsum inveniretur, poena tripli est et ipsius rei redhibiti, quae sublata cognoscitur.—2, 32, 17. Furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena et ipsius rei restitutio.

82. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 18.* Furti quocumque genere condemnatus famosus efficitur.

83. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 14.* Non tantum, qui furtum fecerit, sed etiam is, cuius opera aut consilio furtum factum sit, furti actione tenetur.

84. *Ep. Gayo 2, 10, 1.*

en el Breviario, o bien que el compilador creyese suficiente recoger lo dispuesto para el hurto y recordar simplemente los otros tres delitos⁸⁵.

Lo que realmente tiene relevancia histórica es averiguar si tal omisión responde a una desaparición del concepto del robo. Nos parece que tal desaparición en el derecho vivido no cabe deducirla de este hecho. Ni tampoco siquiera una merma de la importancia conceptual y práctica del robo. Es preciso traer a colación en estos momentos cuál fue el criterio de selección seguido, mejor dicho, la ausencia de criterio, y la idea que presidió toda la compilación alariciana. Ultimamente se ha puesto de relieve que el Breviario fue una obra legislativa apresuradamente hecha, bajo el poderoso influjo del Obispo Cesáreo de Arlés, con el fin de propaganda romanizante, en un momento de peligro en que la población romano-católica parecía inclinada a favorecer la causa de los franceses contra Alarico⁸⁶. Si se toma en cuenta esta idea de urgencia, es muy posible achacar esta omisión a la prisa del compilador, el cual dio importancia exclusiva al hurto y creyó suficiente recordar tan sólo los otros tres delitos, porque reparó quizás en el hecho de que el *furtum* era, de los cuatro delitos, el que ocupaba más espacio en el modelo.

Pero la breve alusión a la *rapina* contenida en el Ep. de Gayo nos permite observar algo altamente sintomático. Lo que en Gayo aparece escrito *bona rapuerit*⁸⁷, se convierte en el Ep. en *bona aliena rapuerit*. Esta pequeña innovación es reveladora de un proceso de decadencia, de pérdida de tecnicismo, de vulgarización. *Rapere*, coger, arrebatar, era una palabra del lenguaje común, elevada al plano jurídico por el Pretor Lúculo en su Edicto. Desde este momento, por obra de los juristas, se va llenando de un contenido jurídico preciso. Todavía en los tiempos de Gayo lo conservaban bien definido. Ya no significaba el simple coger o tomar, sino primero, tomar con violencia (había absorbido ya aquella *vis* que Lúculo tuvo todavía que expresar); segundo, no cualquier cosa (las *nullius* o las *propriae*), sino las ajenas. Cuando en tiempos de

85. Vid. ARCHI, *L'Épitome* cit., pág. 424.

86. E. F. BRUCK, *Caesarius of Arles and the Lex Romana Visigothorum*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* I (Napoli, s. a.), pág. 201 ss.

87. *Inst. Gayo* 3, 182.

Gayo se hablaba, pues, de *bona rapuerit* resultaba, en cierto modo, innecesario expresar *aliena*, porque este *aliena* iba ya necesariamente implicado dentro del *bona rapuerit*. Pero para el compilador, en cambio, es necesario. No tiene el mismo la altura técnica de los clásicos, y por eso cree que es preciso expresar el *aliena*⁸⁸.

B) LEX VISIGOTHORUM.

a) *Furtum*.

1. Falta un concepto expreso del *furtum* en la *Lex Visigothorum*, aún cuando cabe deducirlo de algunos textos. El *furtum* consiste fundamentalmente en un *ferre*, *auferre*, en un llevarse la cosa. Al menos en principio. La expresión *contrectat* romano-clásica, ha sido sustituida por *ablata est*⁸⁹, *abstulerit*⁹⁰, *tulerit*⁹¹. Pero todavía en una *antiqua*⁹² encontramos *contingerit*, que hemos visto aparecer en el Breviario, y *tractaverit* utilizados para designar acciones furtivas, más estrechamente emparentados con el *contrectare* clásico. Tan así, que *tractaverit* será traducido al romance, muy gráficamente, por *manea*⁹³.

Se ha operado una regresión. Como en los primeros tiempos del Derecho romano, el *furtum* vuelve a aparecer íntimamente ligado a *ferre*. Pero aquella necesidad práctica que había llevado a los juristas romanos a recorrer el camino que iba del *auferre* originario al *contrectare* clásico, se siente igualmente en la *Lex Visigothorum*. Por eso conviene no dejarse llevar demasiado por este *ablata est*, que se nos presenta ahora como expresivo de la acción central del hurto. Conviene precisar su relevancia jurídica.

El *ablata est* está escrito pensando en el aspecto fáctico del delito. Normalmente el *fur* consigue llevarse la cosa. Pero, en cambio,

88. Esta misma vulgarización cabe deducirla de *damnum alteri dedit*, o de *iniuriam aliquam alicui intulerit*. En Gayo simplemente *damnum dedit, iniuriam commiserit*.

89. *Lex Vis.* 7, 1, 3.

90. *Lex Vis.* 8, 6, 3.

91. *Lex Vis.* 7, 2, 17.

92. *Lex Vis.* 7, 2, 17.

93. *FEJuzgã* 7, 2, 17. De las cosas ajenas que omne manea mal, que peche otro tranto por ello.

no es necesario jurídicamente para que exista hurto; es decir, para que este delito se considere consumado, que el *ablata est* cobre existencia real. No es necesario que la cosa haya sido trasladada, ni siquiera que la cosa se haya sacado del lugar que ocupa en el patrimonio de la víctima, para que el delito exista y se considere consumado. LV. 8,6,3 es muy significativo en este sentido. *Si quis ingenuus in appiaria furti causa fuerit comprehensus, si nihil exinde abstulerit, propter hoc, quod ibidem comprehensus est, tres solidos solvat et L flagella suscipiat*. Está bien claro que, como en Derecho romano, la tentativa y frustración no se penan como tales, sino como infracciones autónomas⁹⁴. Que en el caso comentado existe tentativa en sentido moderno no cabe dudarlo, porque el mismo texto habla del que fuere sorprendido cuando se encontraba en el lugar de las abejas *furti causa*. Tampoco se puede dudar que la sanción se impone, no en referencia al hurto que se intentaba cometer, sino en atención exclusiva al hecho de haber penetrado en la *appiaria*, porque así se consigna expresamente en el texto. *Propter hoc, quod ibidem comprehensus est, tres solidos solvat*⁹⁵. Pero lo interesante es que el texto continúa: *ceterum si abstulerit, novocuplum cogatur exolvere*. Esto se refiere igualmente al que ha sido preso en el lugar de las abejas, porque el texto comienza describiendo una situación única, el que es sorprendido en el lugar de las abejas, de la que deriva una disyuntiva, *si nihil abstulerit... si abstulerit*.

Esto nos permite asegurar que el *ablata est*, demasiado ligado al aspecto fáctico normal del delito, no llenaba todas las necesidades jurídicas planteadas por los mismos hechos. Aquí hubiera cuadrado mejor utilizar el *contrectare* y no el *auferre*. Porque, ¿cómo va a hablarse de si se ha llevado la cosa, cuando el *fur* permanecé

94. La tentativa se considera delito sin referirla para su calificación a la infracción más amplia de la que constituye un torso. Se puede hablar, pues, de delitos independientes integrados por lo que hoy consideraríamos tentativas, pero no de tentativa de delito. Sobre este punto vid. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII* en *Enciclopedia Pessina*, pág. 487 ss.

95. Así, también correctamente, lo entiende el traductor al romance, F. Juzgo 8, 6, 3. Si algún omne libre entre en el logar de las abejas por las furtar, si non furtare ende nada, solamiente por que lo fallaron hy peche III sueldos, e reciba L azotes.

todavía en el mismo lugar en que estaba la cosa? El propio traductor al romance, que tradujo en el primer miembro de la disyuntiva *si nihil exinde abstulerit* por *si non furtare ende nada*, al llegar al segundo *abstulerit* no lo va a traducir por *furtare*, sino por una palabra que lo compromete mucho menos y cuyo significado se adapta mejor a la situación descrita, *tomare*⁹⁶.

Esto nos prueba que el tratamiento práctico del hurto sigue siendo similar al del Derecho romano, que la sustitución de *contrectare* por *auferre* no supone una modificación conceptual. Es tan sólo una imprecisión terminológica, una pérdida de tecnicismo. Llevados por la contextura fáctica del hurto más que por la jurídica, típica actitud vulgar, los legisladores visigodos emplean un término cuya propia significación falsearon en algún momento, en que la necesidad de configurar ciertos hechos como hurto se lo exigía.

Precisando más, diríamos que el hurto se describe en la LV. como un *auferre furtim*⁹⁷. Pero un *furtim* que hay que referir directamente, más que a la actuación en sí del *fur*, al estado, a la situación del sujeto pasivo. Consiste en un *llevar* la cosa *oculto para* la víctima. Oculto desde el punto de vista del perjudicado. De este modo, este adverbio, derivado precisamente de *furtum* y que se encuentra utilizado por escritores latinos como sinónimo de *oculto*, cuando aparece en la LV. cualificando al *auferre* encierra en sí mejor que la propia idea de *oculto*, la idea de ausencia, de lejanía personal del sujeto pasivo. Expresa la idea de ignorancia, de inconsciencia del *auferre* por parte del hurtado. Y todavía precisando más, podríamos decir que el *furtum* consiste en *auferre furtim*, pero no cualquier cosa, sino tan sólo las *mobiles*. Así cabe deducirlo de algún texto⁹⁸, en el que expresamente se preceptúa la obligación que tiene el que reclama una cosa por hurto de exponer ante el juez los signos que la individualizan, exigencia que,

96. *F. Juzgo* 8, 6, 3. E si ende alguna cosa *tomare*, pechelo en IX duplos.

97. *Lex Vis.* 7, 1, 3. Qui si forsitam rem, que *furtim ablata est*, cum *furti ipsius* con sorte.

98. *Lex Vis.* 7, 2, 1. Qui rem *furtivam* requirit, quid querat, iudici occulte debe exponere, ut ostendat per manifesta signa, quid perdidit; ne veritas ignoretur, si non evidentia.

como es natural, no se complace con la naturaleza de las cosas inmuebles.

Por otro lado, en la LV. continúa considerándose que el *furtum* puede afectar a otros derechos patrimoniales distintos de la propiedad. Se reconoce expresamente el *furtum usus*, en el que, tal como sucedía en Derecho romano y en el Breviario, el *fur* tiene ya en su poder la cosa por un título legítimo y usa de ella en un sentido para el que no le faculta dicho título. Por eso es muy acertada la expresión *in usu suo transtulerit*, empleada por la LV.⁹⁹ E igualmente se reconoce de un modo expreso que comete hurto —de posesión— el que pignora alguna cosa a su acreedor y posteriormente se la sustrae¹⁰⁰.

Una serie de acciones, consistentes fundamentalmente en retenciones y apropiaciones indebidas, que en el Derecho romano, por caer bajo la significación de aquel amplio *contractare*, encajaban en el concepto de hurto, se contemplan en la LV. y aparecen equiparadas al *furtum*. Para los legisladores visigodos estas acciones, en las que no se operaba realmente una sustracción, un *auferre*, no pertenecían exactamente al concepto de hurto. Lo que sucede es que, para ellos, el hurto era el delito paradigma de los antipatrimoniales que suponen un enriquecimiento. El escaso desarrollo del sistema jurídico penal, hacía preciso recurrir para una serie de supuestos al único delito regulado con cierto detenimiento. En estos casos se trata simplemente de una equiparación en el procedimiento y en la responsabilidad. *Pro fure teneatur*, rezan los textos en que se contemplan tales acciones. No se dice que sean *fures* o que cometen hurto, sino tan sólo que deben responder *como fures*¹⁰¹. Esto quiere decir, en último término, que deben ser penados con la misma pena con que lo es el *fur*. No podría ser lógicamente de otra manera, porque en la mayoría de estas acciones

99. *Lex Vis.* 7, 2, 10. Si quis de thesauris publicis pecuniam aut aliquid rerum involaverit vel in usu suo transtulerit, in novecuplum eam restituat.

100. *Lex Vis.* 5, 6, 2. Si quis pignus alteri deposuerit pro aliquo debito, et illud ipse, qui deposuerit, furatus fuerit, pro fure teneatur.

101. El traductor al romance también lo entiende así. *F. Juzgo* 7, 2, 7. Que estos reciban otra tal pena cuemo los ladrones. *F. Juzgo* 7, 6, 3. Sea iusticiado cuemo ladron. *F. Juzgo* 8, 5, 3. Faga emienda cuemo ladron.

no se da un *aufferre* o un *ferre*. Se trata, por el contrario, de un *corruperit*¹⁰², de un *introumittat*¹⁰³, de un *celabit*¹⁰⁴, o de acciones similares, que sólo tienen de común el lesionar un derecho patrimonial ajeno¹⁰⁵.

Todas estas acciones es natural que encajasen difícilmente bajo la idea del *aufferre* en la que veían los visigodos la esencia del hurto.

2. El hecho de que aparezca expresa en la LV. la composición del duplo, propia del *furtum nec manifestum* romano, al lado de otra composición por el nóuplo del valor de la cosa, ha hecho pensar a G. de Valdeavellano¹⁰⁶, que esta última composición sería la debida en los casos de *furtum manifestum*, pudiendo afirmarse, por consiguiente, que aquella distinción fundamental de la época romana supervive en el Derecho visigodo. La deducción es en principio exacta, pero se hace necesario precisar en qué sentido se presenta la distinción en el derecho visigodo, que no es, como veremos, el mismo que tenía en el período romano. Esta clasificación fundamental de dos miembros dependían en el Derecho romano muy estrechamente del sistema de acciones. El total derrumbamiento de ese sistema inevitablemente tenía que repercutir en la nitidez

102. *Lex Vis.* 7, 6, 3. Qui aurum ad faciendā ornamenta suscepit et adulteraverit, sive heris vel cuicumque vilioris metalli permixtione corruperit, pro fure teneatur.

103. *Lex Vis.* 8, 5, 3. Si quis as glandem sub placito decimarum porcos in silva introumittat aliena et eos occulte, priusquam decimentur amoverit, pro fure teneatur et deciman adiecta furti compositione restituat.

104. *Lex Vis.* 5, 5, 3. Et si postmodum dominus rerum apud eum, cui comodaverat, que fuerat suppressa forte reppererit, cum hec ille se prius dixerit perdidisse vel furto fuisse sublata, sicut fur pro his, que celabit, secundum legum statuta compositionem implere cogatur.

105. Así, por ejemplo, en otros textos. En LV. 7, 6, 4, en el que se utiliza la expresión *subtraxerint* para designar la acción de no emplear, al darle forma al objeto, todo el metal que se entregó. En LV. 8, 4, 1, en donde se habla de un *ambulare cogerit vel laborare fecerit* con animales ajenos tomados contra la voluntad de su dueño, nota esta última que distingue esta acción del *furtum usus*, en el que el *fur* tiene ya en su poder la cosa por un título no ilícito. En LV. 8, 5, 8, *vendere* o *donare animalia errantia*, previamente ocupados.

106. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo*, en *Revista Portuguesa de Historia* 4 (1949), pág. 219 ss.

de la distinción y en su propio sentido. Es cierto que en la LV. el *furtum manifestum* sigue considerándose más grave, porque concurren las mismas razones que en Derecho romano —sentimiento de venganza más violento, mayor peligrosidad y prueba directa— para que suceda así. Pero el *furtum manifestum* ya no se opone como miembro único al *nec manifestum*. Ha desaparecido aquella clasificación bímembre, y el *furtum manifestum* se distingue, sí, del *nec manifestum*, pero integrando, al lado de otros muchos casos, toda una categoría de hurtos agravados. De manera que la distinción se presenta ahora de este modo: el *furtum manifestum* se considera siempre más grave porque se ve en la flagrancia una circunstancia agravante. De las propias disposiciones de la LV. cabe deducir que el nóuplo no es la composición exclusiva del *furtum manifestum*, sino la propia de toda una serie de hurtos agravados, entre los cuales se encaja este tipo de hurto. Por eso, casos de *furtum nec manifestum*, cuando concurre alguna circunstancia agravante, se castigan con la misma composición que se aplica en todos los casos de *furtum manifestum*. Este tomar en cuenta las circunstancias, graduando de acuerdo con ellas la penalidad es quizás la gran novedad de la LV. y, al mismo tiempo, un avance.

Cabe, pues, hablar en el Derecho visigodo, atendiendo a su gravedad, de varias clases de hurto. Un hurto normal, en el sentido de no concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad. La composición debida es la del duplo¹⁰⁷.

107. *Lex Vis.* 7, 2, 9. Si quis rem furtivam sciens a fure conparaverit, ille, qui emit, suum representet autorem et postea tanquam fur componere non mereatur. Si vero furem non invenerit, duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat; quia apparet illum fure esse similem, qui rem furtivam sciens conparasse cognoscitur. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos cit.*, pág. 219, nota 36, estima que esta *antiqua* establece claramente como composición el duplo. Sin embargo, la expresión "*duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat*" plantea muy interesantes problemas de interpretación, como puede verse en I. LEVY, *Eine actio in rem in frühen Westgotenrecht?*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz II* (Napoli, s. a.), pág. 8 s., y en A. D'ORS, *El Código de Eurico cit.*, página 227 s. Ambos autores coinciden en señalar que la frase *si vero furem non invenerit, duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat* sería leovigildiana. Levy piensa que también lo sería, además, la frase *suum representet autorem*. Pero D'ORS advierte que "con esta explicación de Levy no se aclara qué motivo pudo tener Leovigildo para introducir esa

Pero al lado de ese hurto ordinario existe toda una clase de hurtos agravados. Se considera como fundamento de la agravación una conducta procesal contumaz del que ya es fundadamente sospechoso y supeditar la pena del *duplum* al caso de que el *auctor* no fuere hallado" (op. cit., pág. 227). D'Ors cree que si se supone, en cambio, que *duplam compositionem que a furibus debetur* significa, aunque mal expresado, "el doble de la *compositio* (ordinaria) que deben los ladrones"; el texto cobra, a su juicio, una mayor claridad, "pues se introduciría una pena agravada del *quadruplum*" (op. cit., pág. 227). En resumen, según D'Ors, "el comprador de mala fe responde como ladrón, pero, si no presenta al *auctor*, Leovigildo le presume encubridor y duplica con ello su pena" (op. cit., pág. 228).

Ahora bien, quizás sea posible pensar en otra interpretación. Según D'Ors, la *antiqua* 7, 2, 14 sería enteramente leovigildiana (op. cit., página 102). En esta ant., así como en la 7, 2, 4 se consagra la no acumulación de composiciones en los supuestos de pluralidad de autores. Por otra parte, la *ant.* 7, 2, 7, que declara con carácter general que *non solum ille, qui furtum fecerit, sed etiam et quicumque conscius fuerit vel furti ablata sciens suscepit, in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat*, habría sido, según D'Ors, algo retocada por Leovigildo, precisamente en la frase *in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat* (op. cit., pág. 106). Teniendo en cuenta estas declaraciones generales, probablemente pueda justificarse la aclaración que el mismo Leovigildo introdujo en la *antiqua* 7, 2, 9 mediante la frase *si vero furcm...* La *antiqua* 7, 2, 9 contempla dos hipótesis: 1) que el comprador presente al autor; 2) que el comprador no encuentre ya al *auctor* (vendedor). En el primer supuesto el comprador *sciens*, en virtud del principio general sentado ya en 7, 2, 7, debe componer como *fur*. Pero como, en esta hipótesis, no sólo el comprador de mala fe (que es tenido *in numero furantium*), sino también el *auctor* está presente, en virtud del principio de no acumulación de las composiciones que se desprende de 7, 2, 14 (y 7, 2, 4), la composición se reparte entre los dos y, por tanto, el comprador de mala fe viene obligado tan sólo a pagar la mitad de la composición. En el segundo supuesto, en cambio, como el autor no fue hallado, el comprador de mala fe debe pagar él solo toda la pena que corresponde al *fur*, es decir, "el doble de la composición" que le correspondería en el primer supuesto, o sea, en el de estar presente el *auctor*.

Esta interpretación presenta, a nuestro modo de ver, las siguientes ventajas: a) aclara el motivo que tuvo Leovigildo para introducir la interpolación y supeditar la *duplam compositionem* al caso de que el *auctor* no fuese hallado (pues en el supuesto de que fuese presentado, el comprador sólo debía pagar la mitad de la composición); b) explica que el interpolador (Leovigildo) haya mantenido la aclaración *quia apparct illum furi esse similem qui rem furtivam sciens comparasse cognoscitur* (aun aceptando

pechoso¹⁰⁸, realizar el hurto de noche¹⁰⁹, ser sorprendido *in flagranti*¹¹⁰, la categoría del objeto material¹¹¹. En todos estos casos

que esta frase pertenece a un estrato anterior, no se comprende fácilmente cómo, si el propósito de Leovigildo fue el de agravar la responsabilidad del comprador de mala fe hasta el punto de castigarlo con "doble pena" que al *fur*, continuó manteniendo, como explicación de esa responsabilidad, la frase *quia apparet illum furi esse similem*); c) no se origina ninguna contradicción entre la *antiqua* 7, 2, 9 y la 7, 2, 7, retocada esta última al parecer por Leovigildo precisamente en la expresión *in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat*; d) evita la consecuencia, aparentemente poco lógica, de tener que admitir que el comprador de mala fe no sólo se le considera como *fur*, sino también como encubridor, es decir, contemporáneamente como *autor* y *encubridor* de un mismo y único hurto; e) concuerda con la ausencia de una pena agravada (recuérdese 7, 1, 3) para los coautores que se nieguen a delatar a sus copartícipes, supuesto similar, en donde el autor debería considerarse también contemporáneamente como autor y encubridor del mismo y único hurto; f) elude, finalmente, la necesidad de recurrir a la existencia de una presunción, pues parece claro que la hipótesis *Si vero furem non invenerit...* no se refiere a un caso de encubrimiento (*Lcx Vis.* 9, 1, 19 destaca de modo suficientemente expresivo que la idea de encubrimiento se basa sobre dos notas, la de *poder* y *no querer* entregar al autor que el propio encubridor oculta, y sobre el elemento volitivo —basado naturalmente en el *poder*— vuelve a insistir 7, 2, 8 —*nequiverit*—, relativa a la hipótesis de encubrimiento del autor por parte del dueño de la cosa; por el contrario, 7, 2, 9 se refiere pura y simplemente al supuesto, prácticamente muy comprensible, de que el comprador de mala fe *no encuentre* ya al comprador y, por tanto, *no pueda* presentarlo).

108. *Lcx Vis.* 7, 1, 1. Este texto es importante porque en él se establece el nóuplo, y sin embargo, cabe deducir que no se trata de un caso de *furtum manifestum*, porque se habla de las responsabilidades respectivas que llevan aparejadas la acusación y negación, en el caso de que alguna de ellas no se pruebe. Sabido es que una de las notas que distingue precisamente al *furtum manifestum* es la prueba directa y la imposibilidad de negarlo. No es el nóuplo, pues, la composición exclusiva del *furtum manifestum*. Esta misma idea se deduce, a sensu contrario, del hecho de que la LV. suele utilizar, para designar la flagrancia, una expresión exacta: *captus in*. Así puede verse en LV. 2, 2, 16 y 8, 1, 13.

109. *Lcx Vis.* 7, 2, 23. Este texto aun cuando se refiere a un delito de daños equiparado al hurto, nos interesa porque se equiparan los supuestos contemplados precisamente al hurto sancionado con pena más grave.

110. *Lcx Vis.* 8, 6, 3.

111. *Lcx Vis.* 7, 2, 10. Se refiere al que hurta cosas pertenecientes al tesoro público.

la penalidad, consecuentemente, se ve incrementada. La composición no es el duplo, sino el nóuplo del valor de la cosa, que debe entregarse al perjudicado¹¹².

Algún texto, concretamente LV. 7,2,13, parece afirmar que la composición debida en todos los casos es la del nóuplo. *Cuiuslibet rei furtum et quantolibet pretii extimatione taxatum ab ingenuo novies, a servo vero sexies ei, qui perdidit, sarciatur*. Se hace preciso, toda vez que ya sabemos que en la LV. aparece el duplo también como composición referida al hurto, reducir el texto citado a sus justos límites. Dos de las leyes que establecen la composición del nóuplo llevan el epígrafe *antiqua*¹¹³, en cambio, la disposición que comentamos se atribuye a Chindasvinto¹¹⁴. No cabe duda que el nóuplo es una composición considerablemente elevada, si la comparamos con aquella, la más grave en el período anterior, del cuádruplo. Cuando se tratase de cosas de cierto valor la composición se haría con frecuencia impagable, y de ahí la resistencia indudable con que su implantación debió tropezar en la práctica. La disposición atribuida a Chindasvinto puede explicarse, de este modo, como una especie de interpretación auténtica, que vendría a reforzar el cumplimiento de las leyes *antiquas* en que se establecía el nueve tantos. Y que no quiere decir, por consiguiente, más que en todos los casos en que la ley manda pagar el nóuplo, hay que pagarlo, cualquiera que sea la cosa y cualesquiera su precio. Pero sólo en estos casos. La misma energía expresiva del texto, *cuiuslibet ... quantolibet*, lo está indicando. Teniendo en cuenta precisamente este carácter extraordinario del nóuplo se puede explicar fácilmente que aparezca expreso en varios pasajes. Al duplo, composición ordinaria, se refieren todos los textos de la LV. que hablan de la pena del *fur* sin especificar cuál es¹¹⁵.

Como penas accesorias acompañan, a veces, a la composición pecuniaria, otras de naturaleza distinta: la infamia¹¹⁶, la de azo-

112. *Lcx Vis.* 7, 2, 13.

113. *Lex Vis.* 7, 1, 1 y 7, 2, 14.

114. Según A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., pág. 102, el *novcuplum* no sería una innovación de Chindasvinto, sino ya anterior, de Leovigildo. Chindasvinto no haría más que confirmar esa pena como ordinaria.

115. Sirvan de ejemplo, *Lcx Vis.* 7, 2, 9 y 8, 5, 6.

116. *Lex Vis.* 7, 1, 1. *Quod si rerum causa est, et ingenuus est, cum infamio novecuplam.*

tes¹¹⁷. Como pena subsidiaria, para el caso de insolvencia, suele establecerse la esclavitud¹¹⁸.

3. Hemos visto cómo en el Breviario se habían convertido los géneros procesales del hurto en casos de hurto. Este desgajamiento del tratamiento unitario del *furtum* continúa en la LV., en la que toda una lista de casos especiales del hurto, especiales sobre todo por el objeto, se desprende del tratamiento general, hasta aquí reseñado, y se someten a un régimen especial. Por ejemplo, para el hurto de cencerros de ganado no rige la composición ordinaria, sino que el *fur* viene obligado a pagar una cantidad fija, que varía según la clase de animal¹¹⁹.

Si se tiene en cuenta la especial función del objeto, se comprende fácilmente la necesidad de un régimen especial. La sustracción del cencerro entrañaba el peligro de la pérdida del animal. El múltiplo del valor del objeto hurtado resultaba, en este caso, desproporcionado en relación con las graves consecuencias que podían derivarse del hurto. Era necesario prescindir de la composición ordinaria, y recurrir a una pena económica, que se fijaba precisamente tomando en consideración el riesgo desencadenado. De ahí que la ley se cuide mucho de advertir la clase de animal a que estaba aplicado el cencerro para determinar la cuantía de la multa. También pudiera pensarse que en tales casos operaría el régimen ordinario y además se aplicarían estas penas especiales. Pero el hecho de que en un caso en que esto sucede¹²⁰ haga la LV. mención expresa de la composición ordinaria —*in super et componat sicut de aliis furtis lege tenetur*—, inclina a creer que se trata de un régimen enteramente especial, en vista del silencio que en los casos comentados guarda la Ley.

117. *Lex Vis.* 7, 2, 14. Fur si captus fuerit, perducatur ad iudicem, ut ingenuus in novcuplo sublata restituat, et extensus publice coram iudicem C flagella accipiat.

118. *Lex Vis.* 7, 2, 14. Quod si non habuerit, unde componat, careat libertatem, illi serviturus, cui furtum facerit.

119. *Lex Vis.* 7, 2, 11. De tintinabulis furatis. Si quis tintinabulum involaverit de iumento vel bove, solidum reddat; de vacca tremisses duos, de verbicibus vel quibuscumque pecoribus tremisses singulos cogatur exolvere.

120. *Lex Vis.* 7, 2, 12. Si quis de mulinis aliquid involaverit, quodquod furatum est restituat, in super et componat, sicut de aliis furtis lege tenetur, et extra hoc C flagella suscipiat.

4. Es muy amplio el círculo de los que se consideran autores, encajando *in numero furantium* muchos de los que hoy se consideran como cómplices o encubridores ¹²¹.

Cuando los autores son varios, las composiciones no se acumulan, según se desprende de Lex Vis. 7,2,4 y 7,2,14. Ambas disposiciones se refieren a la hipótesis de que una persona libre realice el hecho delictivo conjuntamente con un siervo ajeno estableciendo que cada uno debe de pagar la mitad de la composición que le correspondería de haber actuado solo (por ejemplo, el libre la mitad del *novecuplum* y el siervo la mitad del *sexcuplum*). Cabe pensar que la misma regla de no acumulación regía también cuando se tratase de dos coautores libres ¹²².

La sustitución teórica del *contractare* por el *auferre* se deja también sentir en este capítulo de la autoría. El que compraba la cosa furtiva consciente del hurto era, en el período romano, un auténtico *fur*. El comprador seguía *contractando* la cosa y, además, tenía la consciencia de que esa *contractatio* era fraudulenta. Llenaba, pues, los requisitos exigidos para la existencia del *furtum*. Pero colocada ahora la esencia del hurto por los visigodos más que en el *contractare* en el *ferre*, mucho más cerca de la sustracción que del tocamiento, el comprador consciente difícilmente podría encajar en el concepto de *fur*. Sin embargo, el tratamiento práctico sigue siendo el mismo. LV. 7,2,9 preceptúa, *et postea tanquam fur componere non moretur*, y más adelante, *quia apparet illum furi esse similem, qui rem furtivam sciens comparasse cognoscitur*. Ya no es un *fur*, pero viene obligado a componer *tanquam fur*, porque bien semeja serlo aquel que compra la cosa del hurto, sabiéndolo. Se opera de este modo una exclusión conceptual y una equiparación en la responsabilidad, con lo que el tratamiento jurídico dispensado continúa siendo prácticamente el mismo ¹²³.

121. Lex Vis. 7, 2, 7.

122. Vid. nota 107.

123. Según Lex Vis. 11, 3, 1, cuando la cosa ha sido comprada a *transmarinus negotiator* y el precio pagado por ella razonable (*competenti pretio*); el comprador no responde, aunque la cosa resulte ser furtiva. Vid. A. D'ORS, *Los "transmarini negotiatores" en la legislación visigótica*, en *Estudios de Derecho Internacional-Homenaje Barcia Trelles* (Santiago de Compostela, 1958), pág. 467 ss. y, del mismo autor, *El Código de Eurico* cit., pág. 130 ss.

5. Si alguien da muerte al *fur* nocturno, sorprendido *in fraganti*, no es responsable de homicidio¹²⁴. Si el *fur* diurno pretende defenderse con armas, tampoco se responde de homicidio si se le causa la muerte¹²⁵.

Con una evidente finalidad político-criminal se establece una especie de excusa absolutoria para el que delata el hurto. En efecto, según *Lex Vis.* 7,1,3, el delator, incluso en el supuesto de que haya recibido conscientemente parte de lo hurtado, debe de restituir simplemente lo que recibió pero no incurre en ninguna pena¹²⁶.

b) *Rapina*.

1. Para la *LV.* la *rapina* supone, siguiendo la tradición romana, tomar la cosa con violencia. No se trata ya de *furtim auferre*, sino de un *rapere*¹²⁷. *Rapere* —arrebatar— continúa designando la modalidad de acción característica del robo¹²⁸. De hurto y robo se habla como de acciones distintas incluso en un mismo texto¹²⁹. También aparece escrito para designar la acción constitutiva del robo el verbo *auferre*¹³⁰. Pero no se trata aquí de aquel simple *auferre*, empleado para designar los hechos furtivos, sino de un *auferre* cualificado. Unas veces la cualificación, aunque no expresa,

124. *Lex Vis.* 7, 2, 16. Fur nocturnus captus in furtum, dum res furtivas secum portare conatur, si fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur.

125. *Lex Vis.* 7, 2, 15. Fur, qui per diem gladio se defensare voluerit, si fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur.

126. *Lex Vis.* 7, 1, 3. Si delator furti conscius, comprobatur, nullam penam incurrat et damnum solutionis evadat; mercedem vero pro indicio non requirat, cui sufficere debet, ut securus abscedat. Qui si forsitam rem, qui furtim ablata est, cum furti ipsius consorte diviserit, que in portione percepit et aput se retinuit, simpla tantum restituat.

127. *Lex Vis.* 5, 5, 3.

128. *Rapere* se utiliza, entre otros pasajes, en *Lex Vis.* 5, 5, 3; 7, 2, 4; 7, 2, 18; 6, 4, 2 y 8, 1, 10.

129. Así *Lex Vis.* 7, 2, 4. Si quis ingenuus cum servo alieno in aliquo crimine inventus fuerit, ut *furtum* forsitam faciant *vel* aliquid *rapiant* aut inlicita quecumque committant, secundum superiorem legem medietatem eiusdem compositionis exolvant, ita ut ambo publice fustigentur.

130. El verbo *auferre*, pero siempre cualificado, se utiliza para referirse al robo en *Lex Vis.* 8, 1, 9; 8, 1, 12 y 9, 2, 2.

cabe deducirla claramente del sentido del texto ¹³¹. Otras se indica de un modo expreso ¹³².

Al igual que sucedía en la época romana, merced a la labor interpretativa de los juristas a que hemos hecho mención, también algunas sustracciones se califican en la LV. como *rapina*, aun cuando no llegase a darse en la realidad la fuerza. Son, en principio, los casos en que el agente sabe de antemano que la víctima no tiene posibilidad de defensa. Por ejemplo, *qui in expeditionem vadunt, que abstulerint quadrupli satisfactione restituant*. Pocas veces o nunca llegaría a cobrar existencia la fuerza, porque la víctima, consciente de su inferioridad frente a las gentes armadas de la hueste, no opondría resistencia. No hay aquí un arrebatarse, sino más bien un llevar. Pero hay tan sólo un llevar porque el agente va revestido de la suficiente fuerza potencial para cohibir al perjudicado. Esta fuerza *in potentia*, en la que se ve envuelta la víctima, es la que cualifica la sustracción. Todavía en este sentido es más contundente LV. 9,2,2 ¹³³. Si el encargado de reclutar la gente para la hueste aprovecha la ocasión para sustraer alguna cosa a los que recluta, la Ley lo trata como autor de robo, y más aún, como autor de un robo agravado. Es indudable que en estos supuestos no tenía por qué darse la violencia de un modo necesario. Pero no es menos cierto que los *compulsores exercitus* aparecen frente a la víctima revestidos de autoridad, reclutan en nombre del señor.

Las sustracciones realizadas con ocasión de catástrofes o desórdenes, incendio, ruina, naufragio, etc., continúan integrándose en el concepto de robo ¹³⁴. La razón también sigue siendo la misma.

131. *Lex Vis.* 8, 1, 9. *Qui in expeditione vadunt, que abstulerint quadrupli satisfactione restituant.*—La cualificación del *aufferre* deriva del hecho evidente de que los que van en la *expeditione*, van armados.

132. *Lex Vis.* 8, 1, 12. *Qui in itinere vel in opere rustico constituto aliquid violenter intulerit vel abstulerit, ubi ex hoc iudici fuerit interpellatur, ille, qui abstulerit, quadruplum restituat.*

133. *Lex Vis.* 9, 2, 2. *Servi dominici, id est compulsores exercitus, quando Gotos in hostem exire compellunt, si eis aliquid tulerint, aut ipsis presentibus vel absentibus sine ipsorum voluntatem de rebus eorum auferre presumserint, et hoc ante iudicem potuerit adprobare, ei, cui abstulerint, in undecuplum restituere non morentur; ita tamen, ut unusquisque eorum in conventu publice L flagella suscipiat.*

134. *Lex Vis.* 5, 5, 3. *Et si quis, dum domum flamma consumit, se*

2. Dos son las composiciones referidas al robo en la LV., lo cual parece indicar que detrás de ellas se encierra una distinción. Como en el hurto, también toma en cuenta aquí el legislador visigodo las circunstancias que envuelven al robo. De este modo es posible distinguir una serie de robos normales, cuya composición es por el cuádruplo¹³⁵, propia del período romano, al lado de una serie de robos agravados, cuya composición se ve incrementada hasta el undécuplo¹³⁶. Se considera fundamento de la agravación penetrar violentamente en la casa y perpetrar en ella el robo¹³⁷, ser cometido por pluralidad de agentes asociados¹³⁸, cierta especie de abuso de autoridad¹³⁹.

El robo puede acarrear, además, otras consecuencias: azotes¹⁴⁰

quasi auxilium prebiturus ingesserit et aliquid forte rapuerit, dominus domus diligenter inquirat, et si eum invenire potuerit, ille, qui rapuerit, in quadruplum rapta restituat. Y también *Lex Vis.* 7, 2, 18. Quidquid ex incendio, ruina vel naufragio raptum fuerit, et aliquis ex hoc quiquam ab alio susceperit sive celaverit, in quadruplum reformare cogatur.

135. el cuádruplo se establece en *Lex Vis.* 5, 5, 3; 7, 2, 18; 8, 1, 9; 8, 1, 12.

136. El undécuplo se preceptúa en *Lex Vis.* 6, 4, 2; 8, 1, 6; 8, 1, 10 y 9, 2, 2.—L. G. DE VALDEAVELLANO, en su citado trabajo, no menciona ni toma en consideración esta composición del undécuplo.—Es curioso destacar el hecho de que, como en el hurto, es siete tantos el valor de la cosa la diferencia entre la penalidad ordinaria y la agravada.

137. *Lex Vis.* 6, 4, 2. Nam si ille, qui in domum alienam violenter ingressus fuerat, aliquid exinde rapuerit, undecupli satisfactione que levabit cogatur exolvere.—Es fácil encontrar la diferencia de gravedad existente entre este supuesto y el de aquel que roba algo de la casa que está ardiendo. En uno el acceso a la casa se efectúa por un procedimiento no violento, *se quasi auxilium prebiturus ingesscrit*; en el otro caso el agente no sólo obra aprovechándose de la fuerza, sino que el mismo la crea, *in domum alienam violenter ingressus fuerat*.

138. *Lex Vis.* 8, 1, 6. Si quis ad diripienda alios invitaverit, ut cuiuscumque rem evertat aut pecora vel animalia quecumque diripiat, illi, cuius res direpta est, in undecupium que sunt sublata restituat. En el mismo sentido *Lex Vis.* 8, 1, 10, en el que se habla de *istatim socios suos nominare*.

139. Así, *Lex Vis.* 9, 2, 2, que se refiere al *compulsor exercitus* que efectúa sustracciones en casa de aquellos a quienes va a reclutar. Vid. n. 133.

140. *Lex Vis.* 8, 1, 10. Quod si honestior persona est, aut pro scelere rationem reddat, aut que ablata vel eversa fuerint undecupli compositione restituat et C publice flagella suscipiat. Lo mismo en *Lex Vis.* 9, 2, 2.

y azotes e infamia¹⁴¹. Para el caso de insolvencia se prevé la esclavitud¹⁴².

3. Para los encubridores se reserva la misma pena de los autores, siempre que no se avengan a entregarlos. Si los entregan se les impone como sanción un castigo de azotes¹⁴³.

Otros actos de participación, como, por ejemplo, indicar el lugar en que se encuentra la cosa, se ponen como infracciones autónomas¹⁴⁴.

III

LA SUERTE DE LA DISTINCION EN EL PERIODO POSTGOTICO

A) DOCUMENTOS.

Resulta comprometida cualquier afirmación respecto al período que va desde la caída de la monarquía visigoda hasta el momento de aparición de los primeros fueros. Los documentos de aplicación del derecho, única fuente de conocimiento de este período, no nos ofrecen, en general, las necesarias noticias para llegar a saber cuál era la relación hurto-robo. Y esto, sencillamente, porque su cometido principal era el de servir como título de propiedad de los bienes que se transmiten como resultado de la composición económica. La consecuencia inmediata es que se refieren siempre, de un modo directo, a los bienes que se entregan, y, a lo sumo, suelen hacer una referencia incidental a la infracción delictiva que origina la transmisión. De ahí que la mayoría de las veces no pasen de ser meras alusiones terminológicas las que aparecen en los documentos, sin

141. *Lex Vis.* 7, 2, 4.

142. *Lex Vis.* 6, 4, 2. Quod si non habuerit, unde conponat, ipse sine dubio serviturus tradatur.

143. *Lex Vis.* 9, 1, 19. Si quis ingenuus vel servus sciens latrones celandos susceperit, presentet quod celavit et CC hictus accipiat flagellorum. Quod si non presentaverit absconsos, penam, quam illi merebantur, incurrat.

144. *Lex Vis.* 8, 1, 11. Quicumque ingenuus vel servus aliqua diripienda indicaverit, ut cuiuscumque res evertatur aut pecora vel iumenta diripiantur, et ex hoc certis probationibus publice convictus inveniatur, pro eo quod indicaverit, C. flagella publice extensus accipiat.

que se preocupen de describirnos los hechos delictivos que sería lo que indudablemente tuviese interés para nosotros ¹⁴⁵.

Corresponde a G. de Valdeavellano el mérito de haber puesto de relieve que los documentos de esta época parecen utilizar la doble terminología *furtum-rapina*, indicando que, al menos terminológicamente, se distinguieron ¹⁴⁶. Incluso en un mismo documento aparecen empleadas, a veces, las dos palabras como designando cosas distintas. Así sucede, por ejemplo en un diploma gallego del año 959, en el que se lee *sic pro illo furtu quomodo et pro rapina* ¹⁴⁷.

Pero, en definitiva, creemos que esta laguna hay que cubrirla con los testimonios que nos aportan los primeros fueros, que, como veremos, refuerzan la conjetura de que el hurto y el robo continuaron distinguiéndose a la caída de la monarquía visigoda.

B) FUEROS BREVES Y DERECHO TERRITORIAL.

a) *Furto*.

El Fuero de León, del año 1020, utiliza el verbo *furtare* para referirse a una actuación fraudulenta, carente de toda violencia, estableciendo la composición del duplo. *Quicumque civariam suam ad mercatum detulerit, et maquilas regis furatus fuerit, reddat eas*

145. Así lo hemos podido comprobar en la mayoría de los documentos que hemos consultado. Sirva de ejemplo uno de fecha de 5 de febrero de 1078, en L. SERRANO, *Cartulario de San Vicente de Oviedo* (Madrid, 1929), pág. 83: *damus vobis in ipsa vaica sortes II ex integra per locis et terminis suis antiquis; damus vobis adque in karta concedimus pro illa calumnia de illa porca, que fuit de Pelagio Cidiz, et invenisti ipsa porca super mici furtivile, et dimisistis mici de ipsa calumnia modios III: et pro illa alia calumnia damus tibi ipsas sortes adpreciatas in quarteros VI, et accepimus de te quarteros 1.º que inter nobis et vobis bene complacuit.*

146. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo*, cit., pág. 233.

147. Publicado por L. G. VALDEAVELLANO, como apéndice a su citado trabajo, en *Revista Portuguesa de Historia* 4 (1949), pág. 250 y s. El documento dice: "...; negabit Ranildi, hordinaberunt ipsi iudices testimonias de parte Itiloni super ipso Argemondo et super Ranildi et dederunt testimonias V. sic pro illo furto quomodo et pro rapina (quod a) *d* ea fecerat in dece boues ualente arietes armentaria et leuabit ipsa Itilo per illorum uerbo ad sua casa et tenuit ea in ferro uincto XI dies et XI noctes...; hordinaberunt pro ipsu furto et pro ipsa rapina ut pariasset CXL et dous bobes, exeptis illa mancipiatura".

*in duplo*¹⁴⁸. En otros Fueros, sin embargo, se utiliza la expresión *celaverit* en vez de *furatus fuerit*¹⁴⁹.

Continúa rigiendo en el siglo XI el principio de que no se responde de homicidio si, al ser sorprendido *in fraganti*, resulta muerto el *fur*. El Fuero de Nájera establece, por ejemplo, *si aliquis homo inventus fuerit in furto, et mortem acceperit, proinde no debent homicidium*¹⁵⁰. No se distingue aquí entre *fur* nocturno y diurno.

En el siglo XII son numerosos los Fueros breves que hablan del *furto*. Pero una gran preocupación procesal, que se advierte bien patente en la mayoría de ellos, va a llevarlos a que centren su atención preferentemente en establecer unas reglas procedimentales por las que debe "salvarse" el acusado de hurto¹⁵¹. El procedimiento público cobra tal relieve, que algún Fuero¹⁵² que preceptúa la pena capital para el hurto flagrante, se cuida mucho de advertir que aquel que *preso fuere con furto, o sin furto, sea aducho al conceyo, et qui lo prisiere si lo matare o dañare ante que lo aduga, peche las colonias, de otro ombre muerto, et exeat por enemigo*¹⁵³. Esta

148. F. León 32.

149. Así, en el F. Villavencio, posterior al 1020, en T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas* 1 (Madrid 1847), página 172: *Et quicumque cibaria vendiderit in mercato, et illas machilas celaverit, et cum quonitus fuerit, duplent illas palam.*

150. F. Nájera, (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 289): En el mismo sentido se pronuncia el F. Jaca, del 1064, (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 236): *Et si evenerit causa, quod si aliquis, qui sit occisus in furto, fuerit inventus in Jaca, aut in suo termino, non p̄rietis homicidium.*

151. Puede comprobarse consultando F. Oviedo, en Ciriaco M. VIGIL, *Colección Histórico-Diplomática del Ayuntamiento de Oviedo* (Oviedo, 1889), pág. 15; F. Daroca, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 537 s.; F. Guadalajara, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección* cit., pág. 509; F. Pozuelo de Campos, en E. HINOJOSA, *Documentos para la historia de las instituciones de León y de Castilla* (Madrid, 1919), pág. 66; F. Balbás, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 515.

152. F. Medinaceli, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit. 442.

153. Conviene no olvidar que esto nada tiene que ver con el derecho a la defensa, que puede eximir de responsabilidad al que da muerte al *fur*, cuando la actitud de éste justifique su propia muerte. Así, por ejemplo, F. Salas, en L. SERRANO, *Cartulario de San Pedro de Arlanza* (Madrid, 1925), pág. 183: *Si quis aliquis homo incidit in furtum et morierit in suo termino de Salas, non pectet homicidium.*

preocupación procesal, con el consiguiente olvido de especificar qué acciones tenían la consideración de hurto, aumenta, como es natural, las dificultades para poder deducir de estos textos cuál era el concepto de dicho delito.

La composición señalada al hurto varía según la localidad, pero girando siempre en torno al duplo y al nóuplo, prueba palpable de la buena medida en que subsistió el Derecho visigodo¹⁵⁴. No nos podemos dejar llevar por la primera impresión que nos producen estas divergencias. Históricamente nos interesa, por encima de todo, el hecho indudable de que todas ellas presentan una nota común. Todas giran alrededor de las composiciones establecidas en el período visigodo. No se trata sino de variaciones, debidas a la localidad, sobre un mismo tema. Hemos visto cómo en la legislación visigoda aparecían, referidas al *furtum*, dos composiciones, el duplo y el nóuplo. Pero el ámbito de aplicación de cada una de ellas no aparecía claramente delimitado. Nosotros mismos hemos tenido que

154. Establecen el duplo F. Pozuelo de Campos, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 66; F. Alhóndiga, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 74, y F. Medinaceli, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 437. Nos interesa resaltar únicamente que el duplo aparece en todos ellos ligado al *furto*, porque por lo demás el tratamiento varía de unos a otros. En Pozuelo de Campos el duplo se debe al palacio, y a la víctima sólo se le restituye la cosa: pecunia det a suo donno e duplum pectet palacio. En Alhóndiga el *fur* debe doblar lo hurtado y pagar una multa: pectet I morabeti et duplet furtum. En Medinaceli el duplo debe entregarse al perjudicado, mientras al señor se le entrega la estimación de la cosa, y a los alcaldes una multa: qui vencido fuere por furto, peche el furto doblado al rencuroso, et al seynor quanto fuere el furto, et LX sueldos a los alcaldes.

El nóuplo aparece establecido en F. Fresnillo, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 46; en F. Oviedo, en C. M. VIGIL, *Colección Histórico-Diplomática*, cit., pág. 15; en F. Daroca, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., página 538; y en F. Calatayud, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit. pág. 463. Por lo demás el régimen también varía. En tanto que en Fresnillo el nóuplo se entrega al dueño de la cosa, y el palacio exige una cantidad fija —diez sueldos—, en Oviedo, parece deducirse de la expresión literal que al perjudicado había de entregarse la cosa y además el nóuplo de su valor —pechel aver con suas Novenas al don del aver—, y al merino una cantidad fija —diez sueldos—. En Daroca se establece únicamente la obligación de entregar la cosa con las novenas —pectet illam cum novenis—. Y en Calatayud ha de entregarse el duplo al perjudicado, y las novenas al palacio: duplet illo habere ad suo domino, et novenas ad palacio.

interpretar algún texto, en el que se establecía el nóuplo con apariencias de generalidad. Pues bien, sucede como si cada localidad nos ofreciese su interpretación de la ley visigoda. En unos lugares va a entenderse que es el duplo la composición debida en todos los casos. En otros, que es el nóuplo lo que debe pagarse. Y en algunos otros va a considerarse que ambas composiciones deben aplicarse conjuntamente en todos los supuestos. Es el caso, por ejemplo, de la interpretación que nos ofrece el Fuero de Catalunyaud¹⁵⁵. Estamos ante un fenómeno de simplismo. Estos fueros tempranos se han quedado con los resultados de una distinción, sin darse cuenta que el legislador visigodo había distinguido.

Por otra parte, el Ordenamiento de unas Cortes de León, celebradas en tiempos de Alfonso IX, con posterioridad al 1188, nos permite apreciar cómo continúan asimilándose, en la pena, al *furto* ciertas apropiaciones indebidas. El que habiendo recibido algo en prenda lo negare, es *penado así como ladrón*¹⁵⁶.

La flagrancia sigue considerándose un motivo de agravación. Desde estos momentos va a distinguirse perfectamente el que es *vencido por furto* —aquel que lo realizó sin que lo sorprendiesen, y luego se lo pueden probar a través de un procedimiento—, de aquel que es *preso con el furto*, sorprendido *in fraganti*. En este último caso, aparte de un procedimiento distinto, motivado por la existencia de prueba directa, la pena se ve notablemente aumentada. En Medinaceli, por ejemplo, el que es cogido con el hurto debe pagar el duplo al perjudicado —consecuencia ordinaria—, pero, además, es ajusticiado¹⁵⁷.

La nocturnidad es una circunstancia que puede determinar una modalidad en el procedimiento¹⁵⁸, y es posible que se dejase sentir

155. Vid. la nota anterior.

156. En MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 118.

157. *F. Medinaceli* (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 437): Qui vencido fuere por furto, peche el furto doblado al rencuroso, et al seynor quanto fuere el furto, et LX sueldos a los alcaldes. Qui preso fuere con furto, peche el furto doblado al rencuroso, et sea justiciado.

158. *F. Balbás* (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 515): pro demanda furti haereditatis purget, et delindet se tantum cum uno suo vicino, ille, quem habuerit in suspitione furti, sive de die, salvet se per se ipsum solum si suspitio furti major fuerit de quinque aureos salvet se cum suo vicino; et si suspitio furti

también en la pena ¹⁵⁹. Lo que interesa retener es que este considerar la nocturnidad como simple circunstancia excluye toda posibilidad de ver en ella la esencia conceptual del delito de hurto.

b) *Rapiña*.

Como era de esperar, la imprecisión jurídica tenía que afectar de una manera directa la relativa independencia jurídica del delito de robo. El crear, frente a un tipo básico, un nuevo tipo agravado que encuentra su fundamento en una modalidad de la acción, supone cierta madurez jurídica. La cuerda de la relación conceptual hurto-robo había de romper por la parte más delicada. Y la parte más fina, más sutil, era aquella que otorgaba al robo sustantividad jurídica. Por eso, se comprende lógicamente que las alusiones al robo que hacen los textos de esta época sean menos abundantes que las referencias al hurto. Sin embargo, quizás fuese una conclusión apresurada deducir de este hecho la desaparición de la distinción. El empleo de la doble terminología hurto-robo, a los que se alude como a cosas distintas, parece indicar lo contrario. Ahora bien, cuál sea la *ratio* de la distinción es lo que, en general, no aclaran los fueros más tempranos. Con todo, ellos dan por supuesta la distinción y algunos —ciertamente los menos— consagran claramente el contenido conceptual de la misma.

Fuero León 4 reserva el término *rapina* para las sustracciones realizadas con violencia. Por ejemplo, las llevadas a cabo en los cementerios violando las tumbas ¹⁶⁰, o para designar las conductas de aquellos que, rompiendo el sello del rey, se apoderan de lo que estaba bajo el sello ¹⁶¹. No hace alusión alguna este fuero a la cuan-

fuerit de nocte salvet se cum uno suo vicino ille, quem aliquis habuerit in suspitione furti.

159. F. *Alhóndiga* (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 74): Quisquis furaverit per diem et ibi captus fuerit, pectet I. morabeti et duplet furtum, et si furaverit per noctem pectet forum Dopte.

160. F. *León 4*: Mandamus adhuc et nullus audeat aliquid rapere ab Ecclesia; verum si aliquid infra cimiterium per rapinam sumoserit, sacrilegium solvat; et quidquid inde abstulerit, ut rapinam reddat; si autem extra cimiterium iniuste abstulerit rem Ecclesiae, reddat eam, et calumniam cultoribus ipsius Ecclesia, more terrae.

161. F. *León 15*: Et qui fregerit sigillum Regis reddat C solidos; et quantum abstraxerit de sub sigillo, solvat ut rapinam, si juratum fuerit ex

tía de la composición debida en estos casos. *Solvat ut rapinam*, dice simplemente. Pero, tal vez, viniese determinada por la costumbre del lugar. *Reddat eam* —la cosa—, *et calumniam cultoribus ipsius Ecclesiae more terrae*. Parece que no se puede dudar que regía una penalidad distinta para el robo —*solvat ut rapinam*—, siendo esto índice evidente de que la distinción conceptual tenía su repercusión en la propia penalidad.

En el Fuero de Alhóndiga se hace mención expresa de la *vis* al lado del *rapere*, distinguiendo así el robo del hurto. *Qui vicinus fuerit et servicium Hospitalis fecerit, si aliquis ganato suo per vim rapuerit vel furatum et...*¹⁶². Y aun cuando después el texto no parece apuntar ninguna distinción en las consecuencias, lo que sí no cabe dudar es que terminológica y conceptualmente se distinguen hurto y robo, cifrándose la distinción en la *vis* que cualifica a este último.

Igualmente distinguen hurto y robo dos fueros estrechamente emparentados por las funciones que desempeñan quienes los otorgan¹⁶³: El Fuero otorgado a Santiago de Compostela por Gelmírez, en el año 1113, y el que otorga el obispo Raimundo II a la ciudad de Palencia en el año 1188. El primero distingue netamente los *fures* de los *latrones*, asimilando estos últimos, en vista de la mayor gravedad de los hechos, a los traidores, *proditores*¹⁶⁴. Se conserva, como puede observarse, una terminología muy erudita, puesto

parte Regis; medium autem calumniae Regi, aliud autem medium domino haereditatis. Et si jurare noluerit ex parte Regis, criminatus habeat licentiam iurandi, et quantum iuraverit, tantum ut rapinam reddat. Vid. L. Díez CANSECO, *Sobre los fueros del Valle de Fenar, Castroalbón y Pajares (Notas para el estudio del Fuero de León)*, en AHDE, I (Madrid, 1924), pág. 337 y ss.

162. F. Alhóndiga (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 76). El texto continúa: "... manifestaverit eum in terra xristianorum seniori, et senior non eum traxerit, vel directum clamanti accipere non fecerit in tempore quo acceperit sua renda, pectet pro bove vel baca III morabetis, pro rocim et pro iegua XX mencales, pro asno VIII mencales, pro ove et cabra I mencial".

163. Hay que tener en cuenta la personalidad de los que concenden estos fueros a la hora de valorarlos históricamente, puesto que, como consecuencia de esa personalidad, se presentan ambos como muy eruditos frente a los restantes, impregnados de una subida rusticidad.

164. En torno al concepto de traición vid. J. ORLANDIS, *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE, 16 (1945), páginas 125 y siguientes.

que lo más frecuente en estos momentos es que ladrón sea el término que designe al que hurta¹⁶⁵, en contra de lo que sucedía en el periodo romano.

También el Fuero de Palencia parece seguir esta terminología, *latronum vel traditorum*.

Estos mismos fueros nos atestiguan la mayor gravedad que se veía en el robo, sin duda por los actos de violencia que lo acompañan. En este sentido es importante subrayar el interés que muestran en que no queden impunes los autores de robos. Así en el Fuero de Santiago se preceptúa, *proditores et latrones nemo protegere, nemo defendere praesumat*¹⁶⁶. Y en el Fuero de Palencia, *quicumque sobrecaverit vel fideiusserit latronem vel traditorem, det se ipsum pro eo et patiatur eandem penam quam ille pateretur*¹⁶⁷. Sin que en ninguno de los dos aparezca un precepto similar referido a los *fures*.

En el texto del Ordenamiento de las Cortes de León, celebradas en tiempo de Alfonso IX, se conceptúa el robo como un acto de fuerza. *Somos tenidos de arrancar las cosas que sean mal tomadas fasta aquí contra justicia, como es, cosas ajenas rovar; onde nos codicantes de toda fuerza toller, establescemos...*¹⁶⁸. Este mismo texto nos ofrece una solución, respecto a las consecuencias del robo, distinta de la composición visigoda. El que roba queda obligado a devolver la cosa robada a la víctima, y a pagar al Rey una multa¹⁶⁹.

165. F. Oviedo, en CIRIACO M. VIGIL, *Colección Histórico-Diplomática*, cit., pág. 15: Qui ladrón non sea de otro furto. F. Calatayud, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 463: Et latrone qui furtaverit.

166. F. Santiago (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 405).

167. F. Palencia (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 189).

168. Texto del Ordenamiento de las Cortes de León (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 117).

169. (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 117): establescemos, por comunal conceijo que cosa ninguna que posesión tubiere otro, así mueble como non mueble, si quier grande, si quier pequeña, qualquier si por fuerza la tomare, que si lo ficiere, rienda la misma cosa tollida á aquel que sufrió la fuerza, e componga á la voz del Rey cient maravedís.

C) FUEROS EXTENSOS Y DERECHO TERRITORIAL.

a) *Furto*.

1. La gran preocupación procesal que ya apunta en los fueros breves, persiste muy acusada en los fueros extensos. Van a desentenderse éstos de la descripción de las acciones que constituyen *furto*, y a preocuparse, en cambio, de regular pormenorizadamente las reglas procesales a que ha de ajustarse el acusado de un hurto. El modo de *salvarse* en caso de hurto se establece expresamente en los fueros¹⁷⁰. Ahora bien, este procedimiento se extiende también a daños en la propiedad ajena, distintos del hurto. Nos hallamos en presencia del *sálvese como de furto*, que viene a ser una forma de procedimiento generalizada. Acciones tan diversas como pescar en ribera ajena¹⁷¹, coger flores¹⁷², talar un árbol¹⁷³, producir daños en sembrados¹⁷⁴, romper la rueda de una *açenna*¹⁷⁵, incendiar un molino¹⁷⁶, etc., exigen utilizar el procedimiento establecido para

170. *F. Cuenca* 764; *F. Heznatoraf* 680; *F. Teruel* 601; *F. Sepúlveda* 53 y 54; *F. Zorita* 653 y 241; *F. Heznatoraf* 241; *F. Usagre* 320 y 233; *F. Coria* 316 y 227; *F. Ledesma* 40, 41, 131 y 350; *F. Alba* 23; *F. Soria* 284; *L. Fueros* 185.

171. *F. Sepúlveda* 218; Qui pescare in frontera aenna. Et si pescare de noche, peche X mrs., si ge lo pudieren provar; et si non, salves'como de furto,

172. *F. Sepúlveda* 144: Qui cogiere rosas o lilio, vimbres o cannaveras, peche por cada una I mr., si las cogiere en la vinna, si ge lo pudieren provar; si non, salves'como de furto. Idem *F. Zorita* 88.

173. *F. Zorita* 106; Et tod aquel que arvol ageno taiare, que fructo lieve, peche XX maravedís, si braço X maravedís, si vencido fuere, si non que se salve, assi como por furto.

174. *F. Teruel* 406: De cabo, si alguno mjes o sembrada agena, el señor d'ella non volunteroso o non sabiendo lo, la segara o la arincará de dia et provado'l será, peche XXX sueldos et el dannyo refaga duplado; si no, el adversario jure solo et sea credido. Mas si de noch fuere fecho esto et provado'l fuere, peche LX sueldos al júdez et a los alcaldes et al querelloso et duplado refaga todo el danno; si no por dannyo de noch púrguese asín como de furto. Idem, *Sepúlveda* 126 y *Zorita* 66.

175. *F. Zorita* 166: Otroquesi, tod aquel que rueda de açenna, o de huerto, o de vanno, o de poço asabiendas quebrantare, peche V maravedís et el danno doblado, et sinon, quese salve asi como de furto.

176. *F. Zorita* 163: Mas tod aquel que molino ageno asabiendas enciendare, pecho CCC sueldos, el danno doblado, i pudiera ser provado, et si non que se salve, assi como por furto.

el hurto. Esta consideración pudiera hacer creer que el *furto* ha desaparecido como delito especialmente delimitado y se ha diluido, como uno más, en ese *mare magnum* que constituyen los daños en propiedad ajena. Sin embargo, la realidad es otra. Estamos, no cabe dudarlo, ante una subida a primer plano del aspecto procesal. Tanto es así que el término *furto* aparece casi exclusivamente ligado a la expresión *salvese como de*. Pero, pese a todo ello, ciertas acciones se distinguen y se califican claramente de hurtos.

En efecto, al lado de la generalización del procedimiento del hurto, aplicable ahora a daños distintos, se diferencia el grupo tradicional de acciones furtivas. Se trata de los supuestos en que los fueros utilizan el verbo *furtare*. Ya no estamos en presencia de un daño cualquiera, sino concretamente de un *furtare*. Como es natural, también en estos casos el acusado ha de sujetarse al procedimiento del hurto, pero si resulta *vencido* en él, los fueros consignan expresamente la consecuencia: *peche como ladrón*. Esto demuestra, en primer lugar, que sólo es ladrón el que *furtare*, no el que comete otros daños distintos, aun cuando tuviese que someterse al procedimiento del hurto; en segundo lugar, que el hurto tiene, frente a los daños, una penalidad específica¹⁷⁷.

177. *F. Zorita* 165: Et tod aquel que aquesto furtare, peche assi como ladrón, si pudiere seer provado, et sinon quese salve assi como por furto. *F. Teruel* 734: Otrosí, qual quiere que paia agena furtare et a él provado'l fuere, peche la assi como ladrón; si non salve se assi como de furto. *F. Teruel* 674: Otrosí, si alguno reth o trasmoio de pexgador (furtare o algún engenio o pexcado de la reth o anzuelo furtare et provado'l fuere, assi como ladrón refaga aquel danno por la iura de su sennor; si non, salve se assi como de furto. Idem. *F. Zorita* 745, *F. Zorita* 821: Siel alfayate alguna cosa que dadal fuere ataiar o acoser furtare, pechela segund de ladrón. *F. Cuenca* 938: Si quis alveolum cum apibus fregerit aut dampnificaverit, pectet unum aureum. Si cum furatus fuerit, pectet ut latro, aut salvet se sicut de furto. Idem *F. Heznatoraf* 827. *F. Teruel* 740: Otrosí, qual quiere que abeias agenas en yermo o en poblado prisiere o furtare et a él provado'l fuere, peche las assi como ladrón o salve se assi como de furto. *F. Cuenca* 136: Quicumque ligna, aut lapides, aut tegulas, aut lateres, aut soldatam, aut tegimen alicuius domuo furatus fuerit, pectet illud sicut latro, vel salvet se sicut de furto. Idem *F. Heznatoraf* 125. *F. Scpúlveda* 157 y *F. Zorita* 120. *F. Teruel* 657: Otrosí, si alguno de las aves avant dichas furtare e provado'l fuere, peche las assi como ladrón; si non, salve se assi como de furto. Idem, *F. Cuenca* 846 y *F. Zorita* 732.

Por lo demás, incluso en un mismo texto se distingue, en ocasiones, el hurto de una cosa de los daños causados en esa misma cosa ¹⁷⁸.

2. Estamos en un momento de poca madurez jurídica. Sería vano que buscásemos en los fueros un concepto expreso de *furto*. Los fueros se contentan con indicarnos que el *furto* consiste en un *furtare* ¹⁷⁹. Sin embargo, una curiosa postura que adoptan nos permite deducir algunas consecuencias de interés. Así, por ejemplo, al tratar de los daños, establecen una distinción para indicar en qué casos debe utilizarse el procedimiento del hurto y en cuáles no. Para los daños cometidos de día rige un régimen propio, para los mismos daños perpetrados de noche hacen una remisión al procedimiento del *furto* ¹⁸⁰. El concepto de hurto se acerca y aparece emparentado, de este modo, con la idea de la noche. En algunos fueros este acercamiento es tan intenso que acciones cometidas de día constituyen tan sólo daño, y las mismas acciones consumadas de noche se califican de *furto*. Por ejemplo, en Coria y Usagre coger uvas por el día no pasa de ser un daño, pero esta misma acción realizada de noche ya no es un simple coger, sino un *furtare* ¹⁸¹. También la idea de ladrón aparece vinculada a la noción de la noche. Aquel que, desde que dejan de tañer las campanas, deambula por las

178. Así, en *F. Zorita* 165: romper la rueda de un molino, de hurtar esa rueda; en *F. Zorita* 821: hurtar parte del paño, de estropear ese paño; en *F. Cuenca* 938: romper la *apiaria*, de hurtarla; en *F. Cuenca* 846: *lisiar* aves domésticas, de hurtarlas; lo mismo en *F. Zorita* 732; en *F. Soria* 451: *furtare rret o nassa* de pescador, de *quebrantare* los mismos objetos.

179. Vid. los textos cit. en la nota 177.

180. *F. Sepúlveda* 218 y 142, *F. Teruel* 406, *F. Sepúlveda* 126, *F. Zorita*, 66, etc.

181. *F. Usagre* 101: Qui colligerit huvas in vineas alienas de día, o pasciere a sabiendas, pectet V. moravetis. *F. Usagre* 320: Tod omne que uvas furtare de noche o qual cosa se quiere, si verdat fallaren alcaldes et iurados et vozeros, enforquenlo. La misma relación existe entre *F. Coria* 91 y *F. Coria* 316. Obsérvese que no se trata en estos casos de aquel precepto que establece la obligación de someterse al procedimiento del *furto*, sino, por el contrario, de una auténtica consideración sustantiva de hurto. En aquellos casos el verbo expresado para designar la acción es el mismo en ambas situaciones, no cambia. Pero aquí cuando la acción tuvo lugar de día se habla de un *coger*, y cuando se realizó de noche de un *furtar*.

calles de la villa sin dar explicación satisfactoria, se presume que es un ladrón, y sufre las mismas consecuencias penales que éste ¹⁸².

No parece que pueda hablarse, sin reservas, de un influjo directo de aquella concepción germánica que centraba la esencia del hurto en la nocturnidad, porque, como ya hemos visto, todavía en los fueros breves estaba claro que la nocturnidad no pasaba de mera circunstancia. En el mismo Fuero de Usagre se encuentra una disposición que da pie para sostener que la nocturnidad operaba, respecto al hurto, como simple circunstancia agravatoria de la responsabilidad. F. Usagre 101 preceptúa que al que tomaren —flagrancia— hurtando de noche deben ahorcarlo; *et si tomar non ne pudieren et rancado fuer por ello, pectet la calonna duplada* —por la nocturnidad— *querimoniosus*. F. Real 3,15,1, habla, por otra parte, claramente, de hurto cometido de noche y de hurto cometido de día.

Más que de aquella idea germánica se trata de una presunción o de una asociación de ideas. La noche representa la hora del silencio y del descanso. Mejor aún la hora en que el sujeto pasivo está dormido. No es la noche en sí la que presta su esencia al delito de *furto*, sino ese estar dormida la víctima, que los fueros ligan, en principio, a la hora de la noche.

Teniendo presente esto, no es difícil comprender el movimiento que se opera en el concepto de hurto tal como aparecía todavía en el período visigodo. Ciertos supuestos de hecho van a desprenderse del concepto de hurto y a caer en el de daños. Coger uvas por el día no es hurto, sino daño, en Coria y en Usagre; tomar fruto ajeno acarrea la obligación de pagar una multa, y no se somete al régimen de hurto ¹⁸³; otro tanto sucede en algunos lugares al que lleva sarmiento de vid ajena ¹⁸⁴, etc., Sin embargo, es dado apreciar en

182. F. Usagre 245: *Tod omne qui de nocte andar por villa, postea quod cinbalum cessaverit, et non dixerit unde venit, aut quo vadit, et per bonos homines non probaverit pro bono, faciant el quasi ad latronem. Idem F. Coria 236. F. Zamora 21: E aquel omne que fur boltor o vida mala vivir, que desque tanen ela canpana aconpredos andudier fuera por la villa, aya voz de ladron.*

183. F. Usagre 107; F. Coria 98; F. Sepúlveda 222 a, 125, 82, 190 y 191; F. Soria 181, 203 y 205.

184. F. Salamanca 71.

algunos fueros la consciencia de los estrechos ligámenes existentes entre estos daños y el *furto*. En Ledesma, por ejemplo, una misma acción de esta índole contra el patrimonio ajeno origina que se pueda exigir responsabilidad, bien sometiendo la cuestión al régimen de daños, bien *demandando por furto* ¹⁸⁵.

La posición de *durmiente* del sujeto pasivo, que caracteriza al hurto, hace que se comprendan sin dificultad en el concepto general del hurto las actuaciones típicas de los efractores. Supuestos de fracturas de paredes, etc., constituyen hurtos ordinarios, en tanto no *despierten* la presencia personal de la víctima. La composición es la ordinaria, aunque, claro está, suele originarse un concurso de delitos, en la medida en que el efractor quebrante con su conducta la paz de algún lugar ¹⁸⁶.

Una serie de acciones de apropiación indebida y fraudes se asimilan al hurto. Pero, en general, cabe decir que continúa tratándose de simple equiparación en la pena. El que encuentra la cosa perdida y no pregona su hallazgo, reteniéndola ¹⁸⁷, el que oculta la cosa en provecho propio y no la entrega al *quadrellero* encargado de hacer la partición ¹⁸⁸, el que teniendo la cosa se la demanda a otro ¹⁸⁹, el que se hace inscribir dos veces para participar en la partición ¹⁹⁰, el que niega los *peños* recibidos ¹⁹¹, el que niega la

185. *F. Ledesma* 40, 41, 131 y 350. La distinción se presenta en estos casos como puramente procesal. El elegir uno u otro procedimiento produce, respecto a la pena-indemnización, resultados distintos, pero también las obligaciones procesales son diversas en uno y otro caso.

186. *F. Zorita* 171: Tot aquel que casa omolino foradare ageno, peche como por quebrantamiento de casa, maguer non saque ende ninguna cosa: si por aventura en ellos danno, fiziere, tornelo segund de ladron. *F. Teruel* 347: Otrossí, qual quiere que molino quebrantar á o foradar á, pecho CCC sueldos, si provado'l fuere si non, salve se con XII vezinos e sea credido. E si alguna cosa ent sacar á, peche lo et emiende lo assí como ladrón. En el mismo sentido, *F. Alcalá* 288. Cfr. *Lex Vis.* 8, 4, 30. Sobre el concepto romano de *efractores* Vid. W. REIN, *Das Kriminalrecht* cit., página 319 ss.

187. *F. Cuenca* 812; *F. Hesnatoraf* 811; *F. Teruel* 713; *F. Zorita* 784 y 786; *F. Soria* 553; *F. Real* 4, 13, 2.

188. *F. Zorita* 647.

189. *F. Teruel* 531 y *F. Cuenca* 355.

190. *F. Teruel* 592.

191. *F. Real* 3, 19. 4.

cosa depositada y luego se le encuentra ésta en su poder ¹⁹², el que mezcla algo a la plata que recibió para trabajarla ¹⁹³, quedan sometidos a la misma responsabilidad que el que realiza un hurto. En general, estas acciones se distinguen conceptualmente del *furtare*. *Qui oro o plata tomare dotro e lo falsare mezclándolo con otro metal peor, o dello furtare, aya la pena que es puesta en lo de los hurtos* ¹⁹⁴. Está claro que se distinguen las dos acciones, y que el punto común entre ellas es el estar sancionadas con la misma pena.

3. Para que pueda hablarse conscientemente de *furto* de uso y de *furto* de posesión se requiere que ambos se encuentren delimitados y aparezcan como bienes jurídicos *a se*, como objetos específicos de protección jurídica. En los fueros —la confusión es ya anterior— no se distinguen con claridad el derecho de propiedad del derecho de posesión, ni éste del derecho de uso. Por eso, naturalmente, no alcanzan los fueros a comprender la idea de un *furto* de uso o de un *furto* de posesión. A veces se hacen eco de supuestos de esta especie de hurto, porque resuena todavía el sistema jurídico del período visigodo; pero no adoptan ante ellos una postura terminante, antes al contrario, se muestran vacilantes.

Poquísimas son las referencias a casos que pudiera considerarse integraban *furto* de uso, y en las pocas que hemos encontrado no se emplea para nada —parece como si no se atreviesen a emplearla— la palabra *furto*. Los casos contemplados giran en torno a aquel que su *sennor non plaziante o sin su mandado* utiliza bestias ajenas para acarrear algo o trabajar algún campo ¹⁹⁵. Queda la duda de si estos casos se conceptuaban como daños y no como hurtos, por-

192. *F. Zorita* 814.

193. *F. Teruel* 752; *F. Zorita* 818; *F. Real* 4, 12, 8.

194. *F. Soria* 576 y *F. Real* 4, 12, 8. Cfr. *Lex Vis.* 7, 6, 3 y 7, 6, 4.

195. *F. Zorita* 718: *Et qui bestia agena cargare o acarrear, su sennor no plaziante, pechela doblada. F. Real* 4, 5, 15: Que pena ha el que trilla con bestias ajenas sin licencia de su semor... con la pena del doblo; y esta pena haya quien tomare bestia agena, o buey para carretear alguna cosa sin mandado, ó contra la voluntad de su señor. *F. Soria* 556 preceptúa que el que usa la bestia encontrada debe pagarla doblada. Cfr. *Lex Vis.* 8, 4, 1, que asimila el supuesto al hurto (*pro fure teneatur*) en caso de que no se encuentre al animal.

que este rehuir del empleo del término *furto* es significativo. La sanción consiste en entregar doblada la cosa que se usó.

En el Fuero Real se encuentra regulado el supuesto clásico de *furto* de posesión¹⁹⁶: El que pignora la cosa y luego la sustrae a su acreedor. Hay base para sostener que esta conducta se consideraba como auténtico *furto*, ya que la acción de sustraer la cosa a aquel a quien se empeñó se califica de *furtare gela*.

4. Se ha dicho en más de una ocasión¹⁹⁷ que los fueros distinguieron entre hurto grande y pequeño, con lo que tendríamos también aquí un germanismo influyendo de manera directa. Pero, en realidad, lo que hacen los fueros es establecer diversas graduaciones de hurtos, atendiendo a la cuantía del objeto hurtado, con efectos fundamentalmente procesales, como ya apuntó Gibert al estudiar los fueros de Sepúlveda¹⁹⁸, y también con trascendencia para los casos de insolvencia económica. El valor de lo hurtado determina *obligaciones probatorias* diferentes¹⁹⁹. Pero esto no faculta para decir que la distinción tiene otros efectos, ni siquiera el de repercutir en la pena señalada, aun cuando algún texto²⁰⁰ pudie-

196. *F. Real* 4, 13, 13. Todo home que su cosa empenare á otro, e despues gela furtare, pechela así como de furto. Cfr. *Lex Vis.* 5, 6, 2.

197. J. M. RODRÍGUEZ DEvesa, *El hurto propio* (Madrid, 1946), pág. 46, y V. MANZINI, *Le varie specie di furto*, cit., pág. 596.

198. R. GIBERT, *Estudio histórico-jurídico*, en los *Fueros de Sepúlveda* (Segovia, 1953), pág. 512.

199. *F. Cuenca* 764: Qui furtum fecerit usque ad quinque menkales, et probari non potuerit, salvet se cum duodecim vicinis et credatur ei. A quinque et supra respondeat suo pari. Si furtum ei probari potuerit, pectet petitionem duplatam cum novenis, sicut forum est. Obsérvese como si el hurto resulta probado la distinta cuantía no influye en la penalidad. En el mismo sentido *F. Hoznatoraf* 680; *F. Teruel* 601; *F. Sepúlveda* 53; *F. Zorita* 653; *F. Coria* 227; *F. Usagre* 233.

200. *F. Soria* 547: Todo omne que fuere preso con furto que vala de quarenta mr. ayuso, por el primer furto pechelo con novenas e non aya otra pena; e si non oviere de que pecharlas, pierda lo que oviere e corten le las oreias. Et de quarenta mr. arriba, qué lo peche con novenas; e si non oviere de que pechar las, pierda lo que hubiere e corten le las oreias e el punno. Et si fuere preso con furto la segunda vez e valiere de quarenta mr. ayuso e estemado non fuere, peche lo con novenas e corten le las oreias; e si non oviere de que pechar las novenas, pierda lo que oviere e las oreias. Et de quarenta arriba, peche las novenas e corten le las oreias e el punno. En si al segundo furto estemado lo fallaren, muera por ello. Et por el tercero ffurto,

ra inducir a creerlo, de primera intención, al establecer una pena subsidiaria corporal más grave en los casos en que el valor de lo hurtado es mayor. En efecto, hay que tener en cuenta que al legislador municipal pudo parecerle razonable que, puesto que la pena principal era un *múltiplo* de lo hurtado, la pena subsidiaria, que sustituye a ese múltiplo, reflejase también la diversa gravedad cuantitativa.

Subsiste la diversidad, según los lugares, en cuanto a la cuantía de la composición. En Cuenca, Teruel y Alba hay que entregar el duplo a la víctima y las novenas al poder público²⁰¹. En Zorita, Soria y Fuero Real se debe el duplo con las setenas²⁰². En Coria,

quanto quier que ssea muera por ello. Está claro cuál es el sentido del texto. Trata de fijar la pena corporal subsidiaria en caso de insolvencia. Pero la cuantía de la composición no varía. Al mismo tiempo toma en cuenta la reincidencia para imponer penas corporales accesorias. Sin embargo, en el texto hay un párrafo que rompe la simetría interna del mismo: *Et de quarenta arriba peche las novenas e corten le las oreias e el punno*. Este párrafo contemplado aisladamente pudiera dar base para sustentar la opinión que rechazamos aquí. Pero no es lícito tomar en cuenta este párrafo aisladamente. El párrafo, en armonía con todos los otros, lo que quiere decir es que de *quarenta arriba peche las novenas e corten le las oreias* —por reincidente—; *e si non ovriere de que pechar las novenas, pierda lo que ovriere e las oreias e el punno*. Se trata, pues, de un defecto en la expresión. Corrobora lo dicho no sólo el tenor general del texto y el testimonio de la generalidad de los otros fueros, sino también el contenido de una ley del Fuero Real, que está tomada, sin duda, del de Soria y en la que este defecto expresivo no aparece. *F. Real* 4, 5, 6: *E si alguno furtáre alguna cosa que vala quarenta maravedís, ó dende ayuso, peche las novenas, las dos partes al dueño del furto, e las siete partes al Rey: é si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hubiere, é cortenle las orejas; y esto sea por el primer furto: e si furtáre otra vez, muera por ello: é si el furto primero valiere mas de quarenta maravedís, peche las novenas, así como sobredicho es: é si no hubiere de que lo pechar, cortenle las orejas, y el puño.*

201. *F. Cuenca* 23; *F. Teruel* 54; *F. Alba* 23, 24, 89 y 90.

202. *F. Zorita* 241, 814, 15, 843 (En *F. Zorita* 653 aparece establecido el pago del duplo con novenas; no cabe otra explicación para resolver esta antinomia que la de pensar que el redactor siguió el modelo, tal vez *F. Cuenca* 764, olvidándose de que debía armonizar esta composición que aparecía en el modelo con la establecida en su fuero); *F. Soria* 551; *F. Real* 4, 5, 6. Igualmente sigue este régimen *L. Fueros* 11, ya que en la expresión novenas va incluido el duplo al *querrelloso* y las setenas debidas al poder público.

Usagre y Zamora debe entregarse el doble del valor de la cosa y pagar una multa fija ²⁰³. En Sepúlveda se establece el duplo ²⁰⁴.

Las penas de mutilación suelen aparecer como penas principales conjuntamente con la composición económica en caso de reincidencia ²⁰⁵, o bien como subsidiarias en caso de insolvencia ²⁰⁶. La pena de muerte se reserva frecuentemente para los casos de flagrancia y también de reincidencia ²⁰⁷.

Puede afirmarse, pues, que tanto la flagrancia como la reincidencia se presentan claramente como fundamentos de agravación. Así, por ejemplo, se impone la pena de muerte en caso de flagrancia ²⁰⁸, y en caso de reincidencia ²⁰⁹, y también cuando concurren ambas circunstancias, como es natural ²¹⁰.

203. *F. Coria* 230 y 316; *F. Usagre* 235 y 320 y *F. Zamora* 50 (para el primer hurto).

204. *F. Sepúlveda* 242.

205. *F. Sepúlveda* 242; *F. Soria* 547; *F. Real* 4, 5, 6.

206. *F. Soria* 547 y *F. Real* 4, 5, 6.

207. Entendemos que las expresiones *fagan del iusticia, aiusticiar*, etc, se utilizan en muchas ocasiones como sinónimas de ejecutar la pena capital. Así cabe deducirlo del sentido de muchos textos (*F. Ledesma* 103, 105 y 112, *F. Salamanca* 92, *F. Soria* 496, etcétera). Siendo buena prueba ciertas sustituciones verbales que se observan en preceptos correspondientes. Así la que se observa entre *F. Ledesma* 112 y *F. Salamanca* 172; entre *F. Usagre* 320 y *F. Coria* 316, y *F. Usagre* 384 y *F. Coria* 373; entre *F. Ledesma* 42 y *F. Salamanca* 92; entre *F. Cuenca* 981 y *F. Hesna'oraf* 877. En contra, vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 49, nota 59.

208. *F. Zorita* 241; *F. Usagre* 360, 384 y 215; *F. Coria* 347, 373 y 207; *F. Alba* 22; *F. Ledesma* 103; *F. Salamanca* 172. *F. Cuenca* 268 se refería sin duda a supuestos de flagrancia, pero el haber utilizado el término *vencido* en vez de *preso*, dio origen a que no se interpretase correctamente. De la dudosa interpretación queda constancia en el Mejoramiento del *F. Cuenca* del Rey D. Sancho, en el que se dice: Otrosí alo que me enbiastes dezir del que era vençido por furto que le manda morir e non dize si por grant furto si por pequeno, a esto vos digo que se libre según derecho e non por ese fuero.

Conviene tener presente que la flagrancia tiene en estos momentos un matiz procesal que amplía su contenido. Se caracteriza y configura como aquella situación en la que el delincuente no puede negar. En este sentido es elocuente *F. Usagre* 320 (correspondiente a *F. Coria* 316): *Tod omne que uvas furtare de noche o cual cosas se quiere, si verdat fallaren alcaldes et jurados et vozeros, enforquenlo. Et si negare, iure con III vizinos. Et si non cumpliere, pectet el danno duplado et III moravetis domino vinee.* Referidos a supuestos flagrantes, en este sentido hay que

También la pena de muerte aparece en ciertos supuestos como subsidiaria, para el caso de no poder pagar la composición. Se trata

entender, pese a su expresión general, muchos textos de nuestros fueros. Sirva de ejemplo *F. Usagre* 101: Et qui de noche furtare uvas o otra cosa cualquiera, enforquenlo. Porque en otro caso es imposible evitar la contradicción en muchos textos.

En Coria y Usagre se dedica un texto especial para el hurto flagrante de la mujer (*F. Usagre* 384 y *F. Coria* 373). Pudiera muy bien suponerse, como dice Rodríguez Devesa (*El hurto propio*, cit., pág. 49), que ello indica que en tiempos anteriores regía un régimen especial para la mujer. Pero también que este precepto no es sino una interpretación auténtica de aquellos en que se establece la penalidad del hurto flagrante (*F. Usagre* 320 y *F. Coria* 316). En efecto, en estos textos se habla de *tod omne*. Los textos que comentamos aquí vendrían a decir que también la mujer, lo femenino, cae bajo el ámbito de los mismos preceptos, en contra de la expresión masculina en ellos utilizada. *Fagan della los alcaldes iusticia como de ladron*. Mejor que de una asimilación se trata de expresar que la mujer puede ser ladrón del mismo modo que el hombre. Porque hay que tener en cuenta que muchos fueros sienten la preocupación de expresarse en masculino y femenino, con el ánimo de no incurrir en defecto. *F. Alba* 22: *ladron* o *la ladrona*. *F. Ledesma* 42: *ladron* o *ladria*. *F. Ledesma* 103: *ladrones* o *ladrias*. *F. Salamanca* 109 y *F. Ledesma* 57: *moro* o *mora*.

209. *F. Cuenca* 981; *F. Teruel* 783; *F. Zorita* 843; *F. Coria* 347; *F. Usagre* 360; *F. Soria* 547; *F. Real* 4, 5, 6; *L. Fueros* 158. También aquí hay que interpretar restrictivamente muchos textos, puesto que, pese a su tenor literal, es evidente que sólo se refieren a casos de reincidencia. Por ejemplo, *F. Usagre* 360 y *F. Coria* 347, que preceptúan: *ladron que hurtare, enforquenlo*. Incluso es curioso indicar que se habla de *ladron*, es decir del que ya ostenta esta condición por haber hurtado con anterioridad, en contraste con la expresión utilizada en otros textos: *tod omne que furtare* (*F. Usagre* 320 y 101, *F. Coria* 316), *qui furtare*. No se olvide que algún fuero incluso establece que por la primera vez que se hurta *non se aya voz de ladrón* (*F. Zamora* 50).

El establecimiento de la pena de muerte plantea un problema que no aparece expresamente resuelto en los fueros, cuál es el de la existencia o inexistencia, a su lado, de la composición económica al perjudicado. Tentados estamos de creer que la composición operaría igualmente, y que la pena de muerte sustituiría únicamente aquella parte de la composición que en los casos normales pertenece al poder público. En los fueros el hurto se considera como una ofensa privada —duplo al *querelloso*— y, al mismo tiempo, como una ofensa a la sociedad —setenas a palacio o multa al poder público, representantes de aquélla—. *F. Zorita* 468; Que ante dela lit pueden facer composición...: ca si por furto opor homicidio fuere, non pueden conponer menos de palacio, la lid non començada. *F. Real* 4, 13, 14: Si alguno acusáre a otro ante el Alcalde, o ante el Merino, que fizo algun furto, é despues sin

de casos considerados graves y en los que la composición es elevada ²¹¹.

Algunos hurtos está sometidos a un régimen de penalidad especial, que se explica fácilmente teniendo en cuenta la función público-social del lugar de la comisión, o incluso del objeto ²¹².

Paralelamente ciertos supuestos de hurto, en atención a la cualidad que ostenta el sujeto activo, llevan aparejada, como pena accesoria, la pérdida de derechos: inhabilitación perpetua e incapacidad para ser testigo ²¹³, incapacidad para ser testigo ²¹⁴, etc.

Se reconoce expresamente el derecho a la defensa contra el ladrón. Cuando éste, a su vez, intenta defenderse con armas, si se le causa la muerte no se responde de homicidio ²¹⁵.

5. En general se tiende a castigar al que facilita el agotamiento del hurto, o pretende facilitar la impunidad del agente, con la misma pena que a éste correspondería sufrir ²¹⁶. Así preceptúa F. Real

mandado de aquel á quien se querelló fizo alguna postura con él, peche las setenas al Rey porque le quiso encubiertamente toller su derecho.

Esta consideración del hurto como una ofensa en la que tiene interés el perjudicado, pero también, en mayor medida, el poder público supone un eslabón intermedio entre la concepción del Derecho Penal típica de la Alta Edad Media y aquella otra característica de la Baja Edad Media. Es característico de la Baja Edad Media atribuir a la autoridad pública no sólo la jurisdicción, sino el exclusivo interés en el castigo de los delitos. Vid. A. LÓPEZ-AMO MARÍN, *El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media*, en *AHDE* 26 (1956), págs. 554 y ss. Creemos, en definitiva, que la pena de muerte sustituía únicamente la parte correspondiente al poder público, subsistiendo a su lado la obligación de entregar la composición a la víctima. Incluso puede hallarse un relativo apoyo para sustentar esta opinión en algunos textos, *L. Fucros* 158 y *L. Estilo* 72. *F. Alba* 22 se cuida de advertir que si hacen justicia del cuerpo del autor, los alcaldes —representantes del poder público— no tomen nada de su haber, so pena de caer en perjurio, y que entreguen el *furto* a su dueño —se puede entender tal como se entrega normalmente, es decir, *duplado*—.

210. *F. Sepúlveda* 79 c: *famado y preso con*.

211. *F. Sepúlveda* 22 y *F. Zorita* 678.

212. *F. Zorita* 643; *F. Sepúlveda* 111; *F. Zorita* 47; *F. Tercuel* 320.

213. *F. Cuenca* 771 y *F. Tercuel* 605.

214. *F. Zorita* 660.

215. *F. Zamora* 83: E se el que fur fechor se quisier anparar con armas, matenlo sin calonia.

216. Todo aquel que de alguna manera defiende o protege al *furtador*,

4,13,1: *Mandamos, que aquellos que fueren consejeros en algun furto, ó lo tomáren a sabiendas, o lo encubrieren hayan tal pena como aquellos que facen el furto*²¹⁷. Como se puede apreciar no es que se confundan con los autores, sino que se formula una equiparación en la pena, sin duda determinada por medidas de política criminal, en vista de la frecuencia de estos delitos. A este respecto es digno de tenerse en cuenta el interés que muestran los fueros para que los ladrones no queden impunes. En Salamanca se establece la obligación, para el que sorprende al ladrón, de *dar apelido o segurilo*, produciendo la omisión de esta conducta debida la consecuencia de sufrir el omitente la misma pena del ladrón²¹⁸. En Sepúlveda y Alba, después de establecer la obligación de los

facilitando su huida para conseguir la impunidad, queda sujeto a la pena que su protegido debería sufrir (*F. Zorita* 415 y 500; *F. Real* 4, 13, 11). Otro tanto sucede al que acoge en su casa al delincuente (*F. Sepúlveda* 86 y *F. Salamanca* 175). Más grave, como es natural, se considera la acción de arrebatarse el detenido o la cosa hurtada a las autoridades (*F. Cuenca* 980, y *F. Ledesma* 161). Cuando se sospecha que alguna cosa hurtada ha ido a parar a casa de alguien, éste tiene que permitir, previas ciertas formalidades (*F. Cuenca* 979; *F. Teruel* 781; *F. Zorita* 841), el registro de la casa. Si, a consecuencia de este registro, se encuentra la cosa hurtada, el habitante de la casa o bien ha de presentar al autor del hurto, o bien ha de responder él mismo por el hurto (*F. Cuenca* 980; *F. Teruel* 783; *F. Zorita* 843). Recuerda un poco esta tramitación aquellas acciones *furti concepti et oblati*, del período romano, dando la impresión de que ahora aparecen amalgamadas las dos posibles posturas del habitante de la casa. *L. Fueros* 205 expresa: et sy dixiere "non es en mi casa" et despues entraren en casa e fallaren en su casa el aver, deve ser encorrido por ladron. Et sy dixiere: "sy aqui es non lo se yo", e el omne seyendo de buen testimonio e fallando y el furto, non deve perder de lo suyo, mas deve aver lo suyo el que lo perdio. Et sy fallaren y dello e non todo, deve dar aquello a su duenno; e por lo al, quel faga derecho aquel omne e su muger e los omnes de su casa de quien querella ovyere; que omne que mal quisiere a otro podría una cosa furtada meter en su casa de otro omne por que perdiessse lo que ovyere.

El que, después de producirse esta sospecha, se niega a que se efectúe el registro, automáticamente ha de responder del hurto en la cuantía que afirmase el *quereloso*. *F. Teruel* 781; *F. Cuenca* 979; *F. Zorita* 841. Esto recuerda, indudablemente, la *actio furti prohibiti* del período romano.

217. Cfr. *Lex Vis.* 7, 2, 7.

218. *F. Salamanca* 175. Este mismo fuero (*F. Salamanca* 163) impone la obligación de denunciar a los alcaldes la existencia de ladrones en la aldea.

aldeanos de denunciar a los alcaldes la existencia de ladrones, si omiten su cumplimiento, se les hace responsables a los habitantes de la aldea de todos los desmanes llevados a cabo por aquéllos. *Quanto damno fizieren aquellos ladrones todo lo pechen los de la aldea*²¹⁹. En Zamora es obligatorio acudir al *apelido*, y el que no lo hace ha de *pagar el furto que aquel hizo como el fuero manda*²²⁰. En Ledesma constituye traición, es decir, delito de gravedad especial, soltar al ladrón una vez que se ha conseguido detenerle²²¹.

También a los que de algún modo se presentan como receptadores de la cosa hurtada se les sanciona con la pena que correspondería al autor del hurto. Raro es el fuero que no se preocupa de exponer minuciosamente el *fuero de otoricia*, en los casos en que se reclaman bienes que se sospecha proceden de un hurto²²². Pero también aquí se trata de una simple equiparación, y no de una consideración como propios autores, tal como sucedía ya en el período visigótico. *Ca ladron semeja quien la cosa de furto compra a sabiendas del ladrón*²²³.

b) Rapiña.

1. En los fueros aparecen contempladas, con gran uniformidad, una serie de acciones que se semejan al robo, en cuanto suponen un apoderamiento de cosas ajenas realizadas con fuerza. Esta semejanza llevó incluso a algún fuero²²⁴ a hablar, en uno de estos casos, de robo. Por eso conviene advertir las diferencias. Todas estas acciones se refieren a aquellos supuestos en que, por alguna razón, el agente tiene algún derecho sobre cosas ajenas, y ejercita este derecho directamente, sin acudir ni sujetarse a las formalidades preceptuadas legalmente²²⁵. Algo así como la realización arbi-

219. *F. Sepúlveda* 89 y *F. Alba* 95.

220. *F. Zamora* 83.

221. *F. Ledesma* 104.

222. Sirva de ejemplo *F. Alba* 24.

223. *F. Real* 4, 13, 6 Cfr. *Lex Vis* 7, 2. 9

224. *F. Real* 4, 5, 7.

225. Sobre la prenda en nuestro Derecho histórico vid. E. HINOJOSA, *El Elemento Germánico en el Derecho español* (Madrid. 1915), págs. 79 y ss.; J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, en AHDE, 14 (1942-43), págs. 81 y ss.; y J. ORLANDIS, *La prenda*

traría del propio derecho. Los Fueros Soria y Real aclaran de un modo expreso *ca si alguno tovriere que a derecho en otra cosa de que alguno fuere tenedor, non deve yr a ello por si mismo, mas demandegelo por fuero ante los alcaldes*²²⁶.

Los fueros, en general, hablan, con gran corrección, de *prendier* o *presier*, y no de robo²²⁷. Pero, como hemos dicho, alguno, concretamente el Fuero Real, formando excepción, habla en un caso de robo sin que ello suponga ninguna confusión conceptual y sea tan sólo índice del reducido vocabulario jurídico de la época. En este sentido es elocuente L. Estilo 72, encargada de aclarar la disposición del Fuero Real, es decir, de explicar que no se trata de un robo, que, pese a su cometido y en vista de la semejanza con el robo —por la intervención de violencia—, termina sin poder eludir el empleo de este término. *La otra Ley que es en el título de las Penas (F. Real 4,5,7), que comienza: Hombre que no fuere ladrón conocido encartado, é robáre en camino, peche lo que ha robado doblado a su dueño, é al Rey cient maravedis. Y esta Ley se entiende del que ha alguna manera de razon de tomar en el camino al que vá por él que lo lleva; asi como el que era su deudor, ó su fiador, ó lo tomó, é le forzó, é le roba lo que lleva, ca en todo robo hay fuerza*²²⁸.

La sanción aplicable también suele ser uniforme en los fueros. El que prenda de este modo pierde el derecho que pudiere tener a la prenda —*si el fforçador derecho y oviere, pierdalo*²²⁹—, y queda obligado a devolver la prenda doblada y a pagar una multa²³⁰.

2. Ya hemos indicado, al estudiar los fueros breves, cómo era posible señalar un momento crítico en la historia de la distinción hurto-robo, en el que el contenido de la distinción, el criterio distintivo, parecía haberse escapado a la mente vulgar del legislador local. Este momento cabe apreciarlo igualmente en los más

de iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel. en AHDE. 23 (1953), págs. 83 y ss.

226. F. Soria 463 y F. Real 4, 4, 4. Cfr. *Lex Vis.* 5, 6. 1

227. F. *Ledesma* 33, 96 y 217; F. *Salamanca* 267; F. *Cuenca* 26; F. *Teruel* 520; F. *Sepúlveda* 21 y 164; F. *Zorita* 17 y 130; F. *Coria* 250; F. *Uságre* 258

228. L. *Estilo* 72.

229. F. Soria 463 y F. Real 4, 4, 4.

230 Vid. los mismos textos cit. en la nota 227.

primitivos fueros extensos. Se encuentran éstos con una realidad insoslayable, desde el período visigodo vienen distinguiéndose, en la vida real, unas acciones que se califican de hurto de otras que se califican de robo. De *furtare* y de *robare* se viene hablando como de cosas distintas. En consecuencia, también los fueros tienen necesariamente que hablar de *furtare* y *rapare* ²³¹.

Pudiera parecer, por lo que dejamos dicho, que la distinción estaba condenada a una desaparición inevitable. Pero no fue así. La misma realidad vivida va a salvar la distinción y a devolver a los fueros la consciencia de la misma, aunque, como veremos, imponiéndole un sentido diferente. Ciertos casos concretos de robo, los más frecuentes en la práctica, atraen la atención de los redactores, que acaban por deducir de ellos el contenido de la distinción. Estos casos son, principalmente, el robo de ganado al pastor, y el robo al caminante. Los Fieros de Coria y Usagre la única vez que dedican disposiciones especiales para supuestos de robo, va a ser para referirse al robo de ganado ²³².

De este modo, el robo continúa siendo una sustracción violenta, pero una sustracción violenta en la que se advierte la presencia inmediata del sujeto pasivo. En la familia Cuenca-Teruel está ya bien claro que sólo se habla de robo cuando en la sustracción interviene con su presencia la persona robada. Robo de ganados al pastor ²³³. Robo de vestidos a la mujer que se está bañando ²³⁴. Robar el *escucha* de los *cavalgadores* ²³⁵. De esta manera se

231. *F. Usagre* 183: Qui rapare o furtare. *F. Coria* 178: Qui rapare o furtare. *F. Sepúlveda* 22: ... qui arrabare ... qui furtare.

232. *F. Coria* 313: De tomar ganado ho robadura Todas las aldeas de Coria a la tierra onde ovieren treguas, e por y traxieren ganado ho robadura, ellos lo tomen, e si non, ellos lo pechen. Idem, *F. Usagre* 317.

233. *F. Cuenca* 907: Pastor non respondeat domino suo pro rebus, quas raptores ei abstulerint. *F. Teruel* 708: Mas empero, el pastor non responda a su sennor por aquellas cosas que robadores le toldrán. *F. Zorita* 778: Mas empero non responda a su sennor por las cosas que los robadores le ovieren tollido. *F. Heznatoraf* 807; Mas non responda al sennor por las cosas que los rrobadores le tollieren.

234. *F. Cuenca* 283: Quicumque mulieri balneanti pannos rapuerit, vel eam expoliaverit, pactet trecentos soldos: si negaverit, et querimoniosus firmare non potuerit, iuret cum duodecim vicinis, et sit creditus. Excepta publica meretrice, que calumpniam non habet, sicut dictum est.

opera un acercamiento del robo a los delitos contra las personas. Es revelador, en este sentido, que en la segunda de las clases de robo citadas se tome en cuenta la condición personal de la víctima ²³⁶ y, sobre todo, que en la tercera se haga una remisión expresa para *salvarse* al procedimiento del homicidio ²³⁷.

El verbo que expresa la modalidad de la acción del robo es *tirare*. La esencia del robo la constituye un *tirarle* o un *tollerle* las cosas a la persona robada ²³⁸. Y, por tanto, el robo equivale a un apoderamiento realizado con violencia en las personas.

Este nuevo sentido de la distinción va a culminar en Fuero Soria-Real-L. Fueros-Fuero Viejo. Es bien elocuente que el único texto del Fuero de Soria que habla de robo, con independencia del hurto, contemple un supuesto de robo al caminante, distinguiendo las consecuencias según se haya producido homicidio o lesiones, o bien la víctima *tornando sobressi o ssobre lo suyo, ffiriere omatare al rrobador* ²³⁹. En el Fuero Real se habla preferentemente de robo al caminante y de robo al labrador que está trabajando su tierra. *El que robáre viandante, ó que estuviese fuera labrando* ²⁴⁰. L. Fueros 232 recoge una fazaña en la que un *tornadiso* reclama dos maravedís que dice le robaron, y uno de los testigos describe cómo venía delante el robado y, detrás de él, el acusado con una lanza. La presencia personal de la víctima se advierte también en los casos de robo que se contienen en el Fuero Viejo ²⁴¹. Siendo intere-

235. *F. Cuenca* 781: Quicumque absconsam cavalgatorum rapuerit, peccet ducentos aureos, et exeat inimicus in perpetuum, si confessus fuerit; si negaverit, salvet se sicut de homicidio. Igual en *F. Zorita* 670 y *F. Hesnatoraf* 695.

236. Aun cuando pudiera interpretarse como una norma de carácter administrativo.

237. Vid. los textos cit. en las n. 234 y 235.

238. Vid. los textos cit. en la n. 233.

239. *F. Soria* 496: tod aquel que por rrobo ffazer matare a otro omne de camino.

240. *F. Rcal* 4, 4, 18.

241. *F. Viejo* 2, 4, 4: Esto es Fuero de Castiella: que si algund ome se querella al Rey o aquellos, que están por el en la tierra, que algund ome le tomó o robó en la tierra alguna cosa andando de camino. si él sopier, o quisier nombrar, quales eran aquellas personas ciertas, que el tomaron lo suo, o...

sante resaltar cómo en este mismo texto cobra el robo un matiz elevado de ofensa personal. El robo figura como uno de los atentados personales, como una de las deshonras, que todo caballero puede inferir a otro, una vez que lo ha desafiado. *Esto es Fuero de Castiella: Qui si algund Fijodalgo baraja con otro Fijodalgo, e se parte de la baraja; e si alguno dellos quisier facer mal a otro, deuelo ante desafiar, é de tercer día adelante puedel' desonrar, e robar de lo suo por dó quier que lo fallare fasta nueve dias; e de nueve dias adelante puedel'sin más estança ninguna matar*²⁴².

Por supuesto, las actuaciones características de los *efractores* no constituyen robo, como ya hemos dicho, en tanto no despierten la presencia personal de la víctima²⁴³. Pero incluso otras hipótesis que se consideraron, en el período romano y visigodo, como robo, pueden originar ahora la calificación de hurto o de robo. Así, por ejemplo, el clásico caso de las sustracciones realizadas con ocasión de catástrofes. La existencia de la catástrofe no determina por sí sola la calificación de robo. Existirá robo cuando la sustracción realizada en tales condiciones suponga además un ataque inmediato a la persona robada. En caso contrario, pese a la presencia de la situación catastrófica, la sustracción constituirá hurto y no robo. *Si casa de alguno se encendiera, é los que van á ayudar, por matar el fuego, alguna cosa de las suyas, ó de las que tenían en guarda robaren, ó furtáren, el que la robó pechela á aquel*

242. *F. Viejo* 1, 5, 3.

243. *F. Alcalá* 288: A ladrón que tomaren con furto en casa foradando en corral o sobre pared entrando. pierda lo que oviere. e setenas a palacio; e si non oviere donde cumpla, pierda lo que oviere e iusticienle el cuerpo. *F. Real* 3, 15, 1: Y esto mesmo mandamos, que si gela furtáren de noche con otras suas cosas é si rastro alguno pareciere, como pared foradada, ó puerta quebrantada, ó otra cosa semejable, é luego que supiere que el furto es fecho, dixiere le furtaron aquellas cosas que tenía en encomienda, é los nombrare, eso mismo sea: é si de dia fue fecho el furto, maguer que no parezca el rastro: ca los que de dia furtan no suelen foradar pared, ni quebrantar puerta, si no fuere en lugar que es yermo. *F. Real* 4. 5. 6: Todo home que foradáre casa, o quebrantare Iglesia por furtar. muera por ello. *L. Fueros* 20: Título delos furtos delos romeros en casa delos alvergadores. Esto es por fuero: que sy el romero alverga en casa del alvergador e foradáren la casa de noche e levaren algo delos romeros etc ... Vid. n. 186.

que la robó, así como manda la Ley de los que roban: é si la furtó, pechela así como manda la Ley de los que furtan²⁴⁴.

3. Grandes dificultades encierra reducir a un esquema uniforme la penalidad del robo. Ya habíamos visto cómo en los fueros breves se perdió todo rastro de las composiciones propias de este delito —cuádruplo y undécuplo— en el período visigodo. En buena parte de los fueros extensos que hemos consultado, suele ligarse el robo al pago de una multa. Pero también en la mayoría nada se dice respecto a la indemnización o la devolución de lo robado²⁴⁵. Lo más probable, siguiendo las indicaciones de otra buena parte, es que la multa impuesta operase juntamente a la devolución, y que esta devolución tuviese que hacerse doblando el valor de la cosa²⁴⁶. Pudiendo interpretarse el silencio del resto de los fueros como un dar por supuesto que la devolución se haría, tal y como se preceptúa, en general, para toda clase de sustracciones y daños en la propiedad ajena²⁴⁷.

Es posible pensar que la imposición de una multa está en relación con la idea de que todo robo supone un quebrantamiento de la paz. De ahí también su variedad en la cuantía, de acuerdo con la clase de paz quebrantada. Por de pronto, sabemos ya que los

244. *F. Rcal* 3, 15, 8. Cfr. *Lex Vis.* 5, 5, 3.

245. *F. Cuenca* 781: Quicumque absconsam cavalgatorum rapuerit, pectet ducentos aureos, et exeat inimicus in perpetuum. *F. Zorita* 670: Del que robare el escucha. Todo aquel que el escucha delos cavalgadores robare, peche CC maravedis et salga enemigo por siempre. *F. Cuenca* 283; Quicumque mulieri balneanti pannos rapuerit. vel eam expoliaverit. pectet trecentos soldos. *F. Zorita* 256; Otroquesi, tod aquel que ala muger bannandose los pannos le arrabare, ogelos tolliere, ola despoiare, peche CCC sueldos.

246. *F. Sepúlveda* 22: Qui arrabare alguna cosa, peche al rey mil mrs. en coto et el danno doblado al quereloso. *F. Teruel* 321: Decabo mando que qual quiere que a muger bannada pannos arapará o espugará, peche CCC sueldos, si provado'l fuere, et el danno refaga segunt del fuero. *F. Soria* 496: Et si lo ffiriere, maguer non muriese de las feridas, peche las calonnas dobladas de las fferidas, C. mr. al rey por el quebrantamiento del camino, e el rrobo doblado a su duenno.

247. *F. Teruel* 321: Et el danno —el robo— refaga segunt del fuero. Esta remisión, que falta en los textos correspondientes del *F. Cuenca* y *F. Zorita* es muy reveladora. Por otro lado, sabido es que en toda clase de daños la indemnización debida es el duplo.

efractores en algunos casos, además de entregar la composición propia del hurto, debían de pagar una multa por el quebrantamiento del lugar ²⁴⁸. Partiendo del principio de que el robo es una sustracción realizada violentamente a presencia de la víctima, quizás se entendiese, consecuentemente, que a todo robo es inherente el quebrantamiento de la paz ²⁴⁹.

El cuatro tantos, como composición del robo, hace su reaparición en el Fuero Real ²⁵⁰. Pero el propio texto en que se establece, al seguir muy de cerca su modelo, la *Lex Visigothorum*, traiciona el espíritu de su momento histórico, y hace preciso una interpretación aclaradora. En efecto, L. Estilo 71 nos va a decir que, además del pago del cuatro tantos establecido en el Fuero Real, es preciso abonar al Rey cien maravedís, por camino quebrantado, aunque de esos cien maravedís nada se diga en el Fuero Real ²⁵¹.

D) DERECHO NAVARRO-ARAGONÉS.

1. Similar al que dejamos expuesto es el contenido de la distinción en el Derecho Navarro-Aragonés. De hurto y de robo se habla distinguiéndolos siempre. Baste recordar que el Fuero de Navarra dedica, a cada uno, un título, que llevan, respectivamente, la rúbrica *De Robería* ²⁵² y *De Furtos* ²⁵³. En Fueros de Aragón se

248. Vid. nota 186.

249. *F. Soria* 496: e C. mr. al rey por el quebrantamiento del camino. *L. Estilo* 71: é cient maravedis de la moneda nueva, por camino quebrantado. *F. Rcal* 4, 4, 18: ca los caminos, é los labradores con sus cosas, seguros deben ser.

250. *F. Rcal* 4, 4, 18; Qué pena ha el que robáre viandante, ó que estuviere fuera labrando. Ningun home no sea osado de furtar, ni de robar, ni de forzar en camino a home viandante, ni á home que esté en labor de bueyes, ó en otra labor de fuera: y el que robare, o forzare tales homes, peche quatro tanto á aquellos que robáre: é si otro daño ficiere, tambien de muerte como de otra cosa, peche el daño segun manda la Ley.

251. *L. Estilo* 71: La Ley que es en el título de las Fuerzas (*F. Real* 4, 4, 18), que comienza: Ningún hombre. En esta Ley dice, que el que robase los hombres viandantes, que peche cuatro tanto de lo que robáre. Esta Ley se entiende del que roba en camino á algún hombre, é que no había alguna manera de razón porque robarle. Y este tal robador ha pechar esto que robó con el quatro tanto, é cient maravedis de la mo-

distingue con insistencia el *latro* —autor de un hurto— del *raptor* —autor de un robo—²⁵⁴; y otro tanto sucede con los respectivos delitos, calificados de *furtum* y *ropariam*²⁵⁵.

La simple lectura de los textos del Fuero G. de Navarra y de Fueros de Aragón permite deducir, con relativa claridad, que es la presencia personal y la violencia ejercida sobre la víctima la que cualifica y distingue al robo. En F. Navarra 5,5, de las tres disposiciones contenidas, una se dedica al robo entre *fijosdalgo*, que encuentra su origen en la enemistad personal²⁵⁶, y otra al robo realizado en camino²⁵⁷.

Fuero de la Novenera 152 distingue al hurto de la fuerza, estableciendo para el primero la obligación de pagar las *novenas* al Rey y la *dobla* a la víctima. Esta misma penalidad del hurto aparece confirmada en F. Novenera 299, al menos, para el autor no reincidente. Es bien sintomático, en cambio, que el único texto del F. Novenera que se ocupa del robo se refiera a hipótesis de robos en camino²⁵⁸, que implican la presencia de la víctima.

2. Nos confirma todo esto el autorizado testimonio del obispo Vidal de Canellas, ilustre jurista, que tiene casi el valor de una interpretación auténtica. Vidal de Canellas nos define el *furto* de la siguiente manera: “Furto es dito quondo la cosa aillena es traydo por manos d’otro sin voluntad del su seynnor, et si aillena cosa traye el omne non sopiendo su seynnor, furto faze”²⁵⁹. En la

neda nueva, por camino quebrantado: maguer destos cient maravedis no dice en esta Ley ninguna cosa.

252. F. G. Navarra 5, 5.

253. F. G. Navarra 5. 6.

254. F. Aragón (ed. Tilander, 1937) 3, F. Aragonum (ed. Savall y Penén) I, 1b; Tilander 69, Savall y Penén II, 98b Tilander, 261, Savall y Penén I, 348 b; etc.

255. TILANDER, 75, SAVALL Y PENÉN I, 175a; TILANDER 84, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 85, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 86, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 144, SAVALL Y PENÉN I, 108b; TILANDER 261, SAVALL Y PENÉN I, 348; TILANDER 290, SAVALL Y PENÉN II, 98b; TILANDER 314, SAVALL Y PENÉN I, 239a; etc.

256. F. G. Navarra 5, 5, 3.

257. F. G. Navarra 5, 5, 2.

258. F. Novenera 210.

259. Vidal Mayor 9, 36 en G. TILANDER, *Vidal Mayor, traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei Thesauris* (Lund, 1956), pág. 515 s.

primera parte del párrafo está claro que define al hurto como sustracción. El hurto es una sustracción de cosa mueble —traydo por manos d'otro— ajena, sin la voluntad de su dueño. Y en la segunda parte expone cuál es el elemento que distingue al hurto de otras sustracciones, concretamente del robo, del que habla en repetidas ocasiones Vidal de Canellas como sustracción distinta del hurto. Como se ve, no es ese elemento la violencia, así a secas, sino más propiamente la consciencia o inconsciencia de la víctima. En el *furto* hay una lejanía del sujeto pasivo, que no se entera de la sustracción, precisamente porque aparece como dormido. *Non sopiendo su seynnor*. Pero, en cambio, en el robo, el robado —el seynnor— sí sabe, desde el primer momento, que su cosa es “trayda por manos d'otro”, porque estuvo presente en el instante de la sustracción, que se vio obligado a permitir por la violencia que sobre su persona desplegó el autor del robo.

IV

LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO-JUSTINIANO

A) LAS PARTIDAS.

Hemos asistido a un desvanecimiento progresivo de la delimitación entre las dos figuras delictivas objeto de nuestro estudio, que se opera en el Derecho postvisigodo y que culmina en los fueros municipales en los que el primitivismo jurídico es más acusado. Pero también a una resurrección parcial de dicha delimitación que culmina en Fuero Soria-F. Real. El robo terminó por caracterizarse como una sustracción realizada con violencia sobre las personas.

La recepción total del sistema jurídico romano-justiano que suponen las Partidas va a encontrar, de este modo, el terreno abonado. Desde aquel momento crítico en que el legislador municipal parecía haber perdido el contenido de la distinción hasta los tiempos de Partidas se anduvo ya la mitad del camino. El Código alfonsino no significa una reimplantación tajante de la distinción en el devenir histórico de nuestro Derecho, sino tan sólo un andar la otra mitad del camino ascendente, que conducía hacia el contenido de la distinción, tal como ésta se presentaba en el período romano.

a) *Furto*.

1. Según Part. 7,14,1, *furto es malfetría que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin plazer de su señor, con intención de ganar el señorio o la possession, o el uso della.*

Se define, pues, el hurto como un *tomar encubiertamente*. El objeto tomado ha de ser una cosa mueble. Las Partidas se cuidan de advertir que sobre las cosas inmuebles no se puede cometer *furto*²⁶⁰. Esta advertencia viene determinada por el hecho de que en la práctica se venía hablando de *furto* de Castillos o Villas, como nos recuerdan las propias Partidas. Creemos que más que de una modificación conceptual del *furto* tal como éste se entendía en el período romano y visigodo, se trataba simplemente de una extensión del término designativo a unas situaciones que tenían de común con el hurto el que, tanto en unas como en otras, se daba un apoderamiento de cosas ajenas. Pero pensamos que estas situaciones a que se refiere la advertencia de Partidas se distinguieron siempre de aquellas que constituían el propio y genuino *furto*. La mentada extensión fue, en todo momento, una extensión terminológica y no conceptual, motivada por el reducido léxico jurídico, fenómeno al que ya hemos aludido en alguna ocasión, y del que nos da buena prueba el mismo texto de Partidas, que al hacer esta aclaración tan erudita acaba, sin embargo, incurriendo en el mismo defecto que trata de corregir. *Como quier que los Almogavares entran, e furtan a las vegadas Castillos, o Villas.*

La cosa mueble ha de tomarse, para que se pueda hablar de delito de hurto, contra la voluntad de su dueño. Aun cuando el texto dice *sin plazer de su señor*, es más exacto que el hecho de tomar la cosa ha de ir contra la voluntad del dueño, habida cuenta de los efectos que el Código alfonsino reconoce al consentimiento del ofendido. No comete hurto aquel que toma la cosa presumiendo que el dueño le otorgaría su consentimiento, y también cuando, sin presumir esto, se prueba a *posteriori* que efectivamente estaba dis-

260. Part. 7. 14. 1: Otrosí dezimos, que non puede ome furtar cosa que non sea mueble, como quier que los Almogavares entran, e furtan a las vegadas Castillos, o Villas, pero non es propiamente furto.

puesto a otorgárselo ²⁶¹. El *sin plazer* se traduce en un ir de la manera más directa contra la voluntad del dueño.

La cosa mueble tomada contra la voluntad de su dueño tiene que ser ajena, en el sentido de que sobre ella recaiga un derecho de propiedad de uso o de posesión, que pertenezca *actualmente* a una persona distinta del agente. No se puede cometer hurto sobre cosas de una herencia yacente, porque los bienes se presentan como *desamparados, y non avían señor* ²⁶².

Por último, las Partidas exigen para que exista *hurto* que el agente trate de conseguir con el apoderamiento un enriquecimiento. Reaparece expresamente consignado, como requisito inderogable, aquel elemento subjetivo que había significado, dentro del período romano, una singular conquista. La conducta del agente ha de estar siempre presidida por la *intención de ganar* la propiedad, la posesión o el uso.

2. En la definición de Partidas vuelve a aparecer perfectamente distinguido el objeto de la acción —el *tomar* ha de recaer siempre sobre la cosa— de los posibles objetos de protección. Por el objeto de protección atacado, cabe hablar de un hurto que afecta a la propiedad, un hurto que afecta a la posesión y un hurto que lesiona el derecho de uso ²⁶³.

Desde otro punto de vista se mantiene la distinción, básica en el período romano, entre *furto manifiesto* y *furto encubierto*. Y se expresa cuándo un hurto se considera manifiesto. *Quoando al ladron fallan con la cosa furçada, en ante que la pueda esconder en aquel lugar do la cuyda llevar* ²⁶⁴.

3. De dos manera fundamentales se puede participar en la comisión de un hurto, *ayudando* o *aconsejando*. La *ayuda* significa una participación material en la comisión de los hechos. Presta *ayuda* el que facilita al autor una escalera para poder subir hasta el lugar de la cosa, o bien proporciona una herramienta con la que el autor pueda violentar un cerrojo, abrir un arca, perforar una pared, et-

261. *Part.* 7, 14, 3.

262. *Part.* 7, 14, 21.

263. Casos de *furto* de uso se contemplan en *Part.* 7, 14, 3; y de *furto* de posesión en *Part.* 7, 14, 9.

264. *Part.* 7, 14, 2.

cétera ²⁶⁵. El *consejo* supone una participación de índole moral. Da *consejo* aquel que conforta o anima al agente para que cometa el delito, o bien le enseña alguna manera de cómo puede perpetrarlo ²⁶⁶. La consecuencia, en ambos casos, es que a estos tales se les puede *d e m a n d a r* la cosa por medio de una acción de hurto ²⁶⁷.

4. En las Partidas se reserva para el hurto una penalidad de tipo pecuniario al lado de una penalidad corporal. La penalidad pecuniaria es aquella misma del período romano. En los casos de *furto manifiesto* hay que restituir la cosa o su estimación, y además pagar el cuádruplo de su valor. En los casos de *furto encubierto* se debe restituir, y pagar el duplo ²⁶⁸.

Las Partidas autorizan para que se pueda imponer al culpable de un delito de hurto penas corporales, cuando así se le solicite al Juez. La pena de muerte se reserva únicamente para casos agravados. Para el hurto de cosas sagradas, o para los casos en que el autor es un Oficial del Rey, tesorero o recaudador, o Juez, que mientras estuviera en el desempeño del cargo, hurtare maravedís del Rey o de algún Concejo ²⁶⁹, etc.

En cuanto al castigo de la participación repercute aquí aquella

265. *Part.* 7, 14, 4: E dezimos que daría ayuda al ladrón, todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramienta, o demonstrasse otra arte con que pudiesse decerrajar, o cortar alguna puerta, o abrir arca, o para foradar pared, o en otra manera cualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuesse semejante de algunas destas, para fazer furto.

266. *Part.* 7, 14, 4: E consejo da al ladrón, todo ome que lo conforta, o lo esfuerça, e le demuestra alguna manera de como faga el furto.

267. *Part.* 7, 14, 4. Conviene no perder de vista que, aunque en el texto se habla solamente de *furtar*, esta disposición tiene un carácter general. Se trata de determinar quiénes pueden ser demandados por las acciones de hurto. En algunos casos se trataría no de participación en hurto, sino en un robo con fuerza en las cosas, pese a la dicción literal del texto. Es necesario tener en cuenta la procedencia de la disposición. En el derecho justiniano se habla de los que prestan ayuda o consejo, al indicar quienes *actio furti tenetur*. Los pasajes en que se inspira la disposición de Partidas que comentamos tienen exclusivo carácter procesal. Y la *actio furti* se entendía en un sentido amplio, comprendiendo tanto las genuinas acciones de hurto como la propia *actio vi bonorum raptorum*. Vid. *Inst.* 4, 1, 11 y 4, 2, pr.

268. *Part.* 7, 14, 18.

269. *Part.* 7, 14, 18.

distinción fundamental entre *ayuda* y *consejo*. Se considera más grave la primera clase de participación. Si lo que se prestó fue *ayuda* hay que restituir y pagar el duplo; si fue *consejo* solamente se queda obligado a pagar el duplo²⁷⁰. Cuando se participa en alguno de los supuestos para los que se prevé la pena de muerte, los partícipes deberán sufrir esta misma pena²⁷¹.

b) *Robo*.

1. Part. 7,13,1 afirma que *rapina en latin, tanto quiere dezir en romance como robo, que los omes fazen en las cosas ajenas que son muebles*. A más de efectuar esta traducción, las Partidas nos indican qué es lo que peculiariza al robo como sustracción con sustantividad jurídica propia. *Robo es una malfetría, que cae entre furto, e fuerça*²⁷². Y todavía continúa especificando. *E son tres maneras de robo. La primera es, la que fazen los Almogavares, e los Caballeros, en tiempo de guerra, en las cosas de los enemigos de la Fe. La segunda es, quando alguno roba a otro lo suyo, o lo que llevase ageno, en yermo, o en poblado, non aviendo razon derecha par que lo fazer. La tercera es, quando se aciende, o se derriba a so era, alguna casa, o peligra alguna nave; e los que vienen en manera de ayudar, roban, e llevan las cosas que fallan*²⁷³.

El robo es la sustracción de cosa mueble ajena realizada con violencia, *entre furto e fuerça*. En Part. 7,10,1 se insiste nuevamente en que robando se hace fuerza. De esto no cabe dudar. Sin embargo, hay que destacar que no nos ofrecen las Partidas un concepto del robo tan matizado y al estilo del que nos dan del *furto*. Su modelo romano-justiniano no le prestaba facilidades en este sentido, porque allí se trataba más que nada de una distinción de acciones. Se definía el hurto, por un lado, y por otro, se indicaba en qué casos procedía utilizar la *actio vi bonorum raptorum*. La delimitación de la noción de robo que llevan a cabo las Partidas se nos muestra, en contra de lo que sucede con la del hurto, muy apegada a la realidad jurídica vivida. En ella están presentes los supuestos típicos que se venían calificando de robo en la práctica. La definición no

270. Part. 7, 14, 18.

271. Part. 7, 14, 18.

272. Part. 7, 13, pr.

273. Part. 7, 13, pr.

alcanza, por consiguiente, la altura teórica de la del *furto*, sino que aparece estrechamente vinculada al casuismo. En ella confluyen la realidad jurídica que las Partidas tenían a la vista, y lo que éstas toman del Derecho romano-justiniano. Bien visible está esta confluencia cuando las Partidas pretenden exponer la diferencia que existe entre el hurto y el robo. Su modelo hacía estribar esa diferencia en el hecho único de que se hubiese conseguido el apoderamiento con fuerza o sin ella. Pero las Partidas, en cambio, centran la distinción en dos extremos. El robo es el apoderamiento logrado *públicamente por fuerza* ²⁷⁴. El término públicamente alude a la presencia personal inmediata de la víctima, en la que, como ya sabemos, terminaron los fueros municipales por hallar la esencia del robo.

Dejando a un lado el robo en tiempo de guerra, interesa fijarse en las otras *dos maneras*, y determinar su significado histórico. De ellas, la segunda responde al concepto de robo que había llegado a formarse en los fueros municipales. El que *roba o otro lo suyo, o lo que llevase ageno, en yermo o en poblado*, da buena idea de la presencia personal inmediata del robado. La tercera es la que realmente supone la plena recepción del criterio romano ²⁷⁵. Se trata de los supuestos límites. Si aun cuando la fuerza no provenga del agente la sustracción se califica de robo, siempre que aparezca rodeada de fuerza tendrá que tipificarse obligatoriamente de robo y no de hurto.

2. Admiten también para el robo las Partidas al lado de una penalidad pecuniaria otra de índole corporal. La pecuniaria es aquella misma del Derecho romano-justiniano. El que roba queda obligado, si se le demanda dentro del año, a restituir las cosas y pagar el triplo de su valor ²⁷⁶. Con esta recepción intacta del Derecho romano-justiniano en lo concerniente a la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum*, vuelven a plantear las Partidas el arduo problema de la justificación de la temporalidad y de la cuantía de la pena del robo, frente a aquella del hurto, que alcanza en los casos de hurto manifiesto al cuádruplo, y que puede exigirse fuera del año.

274. Part. 1, 18, 2: E diferencia ay en este furto, o robo; ca furto es, lo que toman a escuso, e robo es lo que toman públicamente por fuerza.

275. Cfr. nota 244.

276. Part. 7, 13, 3.

La pena de muerte sólo se establece para casos agravados. Para el reincidente —*ladron conocido que manifiestamente tuviese caminos*—, y para los que roban en casas y lugares, etc.²⁷⁷.

B) DERECHO CATALÁN.

En el Derecho catalán se mantuvo con mayor vigor la distinción basada en el mismo criterio y tal como aparecía en el período visigodo. Es conocida la importancia que en la Historia del Derecho catalán tuvo la *Lex Visigothorum*. Brocá ha puesto de relieve que la *Lex Visigothorum* fue la ley catalana en el primer período de la Reconquista y aún, con variaciones y limitaciones, en el segundo período. Con algunos de sus preceptos se relacionan varios *usajes* primitivos, y otros preceptos visigodos pasaron, en la tercera época, a formar *usajes* adicionales²⁷⁸.

En las *Costums* ilerdenses se percibe bien claro el eco de los preceptos visigodos. *Condempnatur autem fur manifestus vel nec manifestus convictus in novcuplum si pecunialiter conveniatur. Raptor vero in undecuplum condempnatur*²⁷⁹. Como puede observarse, se distingue el *fur* del *raptor*. Y aunque la terminología de *fur manifestus* y *nec manifestus* pertenece, más que a influencia del período visigodo, a un proceso de romanización, se deduce fácilmente cómo se impone un tratamiento penal coincidente, en gran parte, con el establecido en el período visigodo. En el texto confluyen los elementos romanos que integraban el Derecho del período visigodo con los elementos romanos que penetran por obra de la Recepción. La penalidad preceptuada es de origen claramente visigodo²⁸⁰.

También las *Costums* de Tortosa, como código plenamente romanizado que son, distinguen perfectamente el hurto del robo, el

²⁷⁷, Part. 7, 14, 18. El que manifiestamente tuviese caminos demuestra cuanto pesa, en esta punto, sobre las Partidas la concepción propia a que habían llegado los fueros.

²⁷⁸. G. M. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña*, 1 (Barcelona, 1918), página 58.

²⁷⁹. *C. Ilerdenses*, 143.

²⁸⁰. Se han quedado las *Costums ilerdenses* exclusivamente con la penalidad que establecía la *Lex Visigothorum* para los casos de hurto y de robo agravados. Siendo de interés consignar que, de todas las fuentes consultadas, sólo en las *Costums* de Lérida hace su reaparición el undécuplo como composición referida al robo.

ladronici o *furt* de la *roberia* o *rapina*, y, en consecuencia, los *ladres* de los *robadores*, siguiendo el criterio imperante en el período romano. Todo suena en este código a romanización²⁸¹. Baste recordar la exposición del juego de acciones e incluso sus propios nombres: *reivindicatio*, *condictio furtiva* y *actio de furt manifest* o *no manifest*²⁸².

V

LAS RECOPIACIONES

A) ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.

El sistema de Partidas no debió influir en la práctica. La prueba más evidente nos la proporciona el Ordenamiento de Alcalá, que, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, presenta un desarrollo coincidente con el Derecho anterior a Partidas. Enlaza perfectamente con los últimos fueros municipales, sin que, por tanto, las Partidas supongan una interrupción en los eslabones de la cadena, sino, por el contrario, algo que queda por encima de la línea histórica de la distinción, sin afectarla del modo que era de esperar.

Por de pronto, si las Partidas dejasen sentir su peso, se tendría en cuenta aquella advertencia tan erudita de que sobre las cosas inmuebles no se puede cometer *furto* ni *robo*, y, por lo menos, se especificaría que no se trataba propiamente de *furtos* o de robos. Pero nada de esto hace el Ordenamiento de Alcalá, que habla con la máxima tranquilidad de *furto de castiellos*²⁸³.

Por lo demás, todavía está bien patente, y es posible deducirlo con evidencia, que lo que distingue al hurto del robo es la fuerza

281. Vid. la distinción hurto-robo, y el tratamiento penal de cada uno de estos delitos en C. OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia, Código de las Costumbres de Tortosa* 3 (Madrid, 1879), página 407 ss.

282. C. Tortosa 6, 1, 4; Lo senyor de qualque cosa sia emblada ha contra lo ladre tres actions; ço es a saber: rei vindicatio et condictio furtiva, et actio de furt manifest, o no manifest. La pena de la actio del furt manifest es en IIII dobles, sens la cosa; e la pena del furt no manifest, es en dues dobles, sens la cosa.

283. Ord. Alcalá 30, única.

que envuelve a este último. *Furto* se contrapone siempre a *fuerça*²⁸⁴, y de robo y de hurto se habla como de acciones diversas²⁸⁵. Tampoco deja de ser revelador que se anude la idea de robo a las sustracciones perpetradas en los caminos²⁸⁶.

B) ORDENAMIENTO DE MONTALVO.

La imprecisión subsiste en el Ordenamiento de Montalvo, y la relación hurto-robo presenta un aspecto muy semejante al del Ordenamiento de Alcalá. Se habla con frecuencia de *furto de castillos*²⁸⁷ y de robo de castillos²⁸⁸.

El hurto es contrapuesto a la noción de fuerza²⁸⁹, y se habla de *furto* en supuestos en que no se da violencia²⁹⁰.

Por el contrario el robo aparece siempre ligado a la noción de fuerza²⁹¹. Y se advierte todavía bien claro que los casos más genuinos de robo son aquellos en los que se da la presencia personal del robado²⁹². Al referirse a los que pasan de camino con sus *ganados y bestias y otras mercadurías, y cosas*, cerca de los castillos, y los *alcaldes*, aprovechando su paso, tomaren sin derecho alguno de estas cosas *de los que pasaren*, afirma el Ordenamiento que incurren en la *pena que los derechos ponen contra los que*

284. Ord. Alcalá 30. única: *unos á otros por fuerça nin por furto*.

285. Ord. Alcalá 30, única: *ficiere furtos, o robos*.

286. Ord. Alcalá, 32, 49.

287. OO. RR. 4, 2, 10.

288. OO. RR. 8, 16, 3.

289. OO. RR. 4, 2, 10: *no se tomen por fuerza, ni por engaño, ni por furto*; 8, 13, 4: *furtando o forzándola*.

290. Según OO. RR. 6, 12, 3, el que guarda para sí las cosas conseguidas a consecuencia de un naufragio, sin inventariarlas ante el Alcalde, queda obligado a *pecharlas como de furto*; 6, 12, 1: en el mismo sentido el que halla alguna cosa, cualquiera que sea la ocasión, y no lo notifica al Alcalde, pierde el *derccho que le competía en la cosa así fallada y restituyla como por furto*.

291. OO. RR. 8, 16, 3: *forzados y robados*; 8, 16, 2: *a los que matan, fieren, o roban*; 8, 16, 8: *no consienten robos, ni otras fuerças algunas*.

292. OO. RR. 8, 13, 6: *el que matare, o firiere á otro, robándole en el camino*; 8, 19, 38: *cualquier que por robar, o robando matare o firiere á otro en el camino*; 8, 16 5: *de los que roban en los caminos*.

roban, y toman por fuerza lo ajeno ²⁹³. El robo se equipara, pues, al tomar por fuerza lo ajeno.

C) NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN.

Resulta sorprendente que esta distinción conceptual, cuya trayectoria histórica hemos venido siguiendo paso a paso, se derrumbe en los tiempos modernos. La distinción de los delitos de hurto y robo es sólo una ruina en la Novísima Recopilación. Sólo un rastro atestigua que existió, en otros tiempos, una distinción: el hecho de que el Título 14 del Libro 12 lleve el epígrafe *De los hurtos y ladrones*, y el 15 del mismo Libro rece *De los robos y fuerzas*. Pequeña estela, porque el contenido no responde a la precisión que esas rúbricas parecen anunciar.

Es curioso notar cómo de la lectura de esos títulos se deduce que en las leyes de fecha más antigua todavía se puede vislumbrar la distinción, y cómo, a medida que avanzamos en la fecha de las leyes, la confusión se confirma y llega a ser absoluta. En una Pragmática de Felipe V, dada en 1734, se lee: *para la justificación del expresado crimen de hurto en semejante caso, é imponer la pena ordinaria capital al reo, baste la de estar probado por un sólo testigo idóneo, aunque sea el robado* ²⁹⁴. Y el mismo monarca, a consultas del Consejo, en 1745, vuelve a expresarse indiferente frente a la distinción, hablando indistintamente de hurto y de robo, y de hurtos con o sin violencia o fuerza ²⁹⁵.

La distinción va a morir definitivamente, de la manera más aparatosa, en manos de Carlos III, quien en 1769 ordena y manda: *que desde ahora en adelante todo hurto, aunque sea el primero, cometido contra los colonos de las nuevas poblaciones con vio-*

293. OO. RR. 4, 6, 9.

294. Novis. Recopilación 12, 14, 3.

295. Novis. Recopilación 12, 14, 6: En representación... expuso la Sala los motivos que halló por conveniente, en razón de que subsistiese la pragmática de hurtos publicada... en todas partes, menos en los simples de corta cantidad sin violencia o fuerza, en que se comprenden los que roban capas, mantillas... he resuelto, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regularé la calidad del hurto, teniendo presente para ello la repetición ó reincidencia, el valor de lo que se regularé del robo, la calidad de la persona a quien se robó...

lencia en sus personas ó en sus cosas, sea castigado con la pena de muerte. Que el hurto de ganados, aun siendo el primero y sin violencia... ²⁹⁶.

Pudiera pensarse, en presencia de esa expresión tan moderna, *con violencia en sus personas ó en sus cosas*, que una nueva manera de ver esta realidad jurídica se inauguraba, que se estrenaba un nuevo concepto jurídico. Un concepto de hurto comprensivo también del antiguo concepto de robo. Y de algo de esto se trata en realidad. Pero es preciso resaltar que no se llega a este resultado por la vía de una construcción técnica consciente, sino por falta de comprensión hacia esta distinción jurídica. No hay más que ver que en el mismo texto citado de Carlos III se habla también de robado. Nos encontramos, pues, con que en un mismo texto se manejan estas tres expresiones, *hurto con violencia, hurto sin violencia y robo*, sin precisar, en ningún momento cuál es la relación que media entre ellas. Por otra parte, el propio Carlos III, en el año 1787 vuelve a hablar de robos ²⁹⁷.

D) LA DISTINCIÓN EN LA DOCTRINA.

El testimonio de los autores científicos de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX confirma la caída de la distinción.

Elizondo habla indistintamente de hurto y de robo. "... 2. El que r o b a en el campo incurre en la pena de la Ley recopilada. 3. Los rateros de capas de noche, por el primer h u r t o , no habiéndose seguido herida, ó muerte, han de ser castigados con la pena de doscientos azotes, y diez años de presidio. 4. Por la Ley de Partida, y sus concordantes se prescribe lo siguiente: «todo home que foradare, ó quebrantare casa, ó Iglesia por furtar, muera por ello» ²⁹⁸. 5. Siguiendose la muerte del robo..." ²⁹⁹.

Lardizábal utiliza a lo largo de su famoso Discurso una terminología vacilante ³⁰⁰. El mismo autor, en un pasaje de su citada obra,

296. *Novis. Recopilación* 12, 14, 11.

297. *Novis. Recopilación* 12, 14, 12.

298. Este precepto no se expresa así en las Partidas, sino en el Fuero Real, como se recordará. Vid. nota 243.

299. F. A. ELIZONDO, *Práctica Universal Forense* 1.^a (Madrid, 1774), página 299.

300. M. LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1828), página 135: "Los receptadores y encubridores de hurtos no deben ser

admite una distinción entre el *robo simple* y el *robo con efracción y quebrantamiento*, que revela bien a las claras cuál es la postura que adopta frente a la relación hurto-robo el ilustre jurista. “Tampoco admite Mr. Brissot —escribe— la distinción generalmente recibida entre el robo simple y el hecho con efracción y quebrantamiento, y dice que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por más grave y violento que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos: uno el de robo, y otro el de quebrantamiento, y, por consiguiente, debe castigarse con mayor pena”³⁰¹. Creemos que el robo simple a que alude Lardizábal se identifica con aquellas sustracciones calificadas como hurto. Con ello tendríamos que Lardizábal utiliza como concepto único, no aquel que integraba el delito básico tal como aparecía tradicionalmente en nuestro Derecho, sino, por el contrario, el que se presentaba como delito derivado agravado. En consecuencia, nos habla de robos simples y robos con efracción y quebrantamiento. Que el robo simple se identifica con lo que venía considerándose como hurto, cabe deducirlo de los propios razonamientos recogidos por Lardizábal. En efecto, Lardizábal discurre, recogiendo la opinión dominante, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos, uno el de robo, y otro el de quebrantamiento. De este razonamiento se deduce necesariamente que la violencia no es esencial al robo, ya que suprimidos los medios violentos —quebrantamiento— se continúa hablando de robo. Es decir, que de robo se califica la sustracción aun cuando no se haya empleado la violencia. E igualmente se deduce que las sustracciones violentas —robos con quebrantamiento—

castigados por regla general con la misma pena que el ladrón. El que recibe el robo puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones; el que roba es siempre culpable; el ladrón necesita vencer más obstáculos para hacer el hurto que el receptor para encubrirle”. *Discurso cit.*, pág. 47: “y de esta suerte en vez de contener los hurtos domésticos, la gravedad de la pena sólo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso. Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer; se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarán más seguramente los hurtos.”

301. M. LARDIZÁBAL, *Discurso cit.*, pág. 141 s.

se contraponen a las no violentas, robos simples. Robo simple equivale, en la obra de Lardizábal, al concepto tradicional de hurto.

José Marcos Gutiérrez conoce la diferencia que media entre el robo y el hurto. "Hay notable diferencia entre robo y hurto, y con mayor vigor debe castigarse aquél que éste. El robo es un hurto cometido con violencia y repugnancia del dueño ó tenedor de la cosa robada, por lo que también se llama y acaso con mayor propiedad rapiña: de suerte que en el robo fuera de privarse al dueño de lo que le pertenece, se turba su tranquilidad intimidándole con armas ó amenazas" ³⁰². Nos recuerda a continuación que las leyes de Partidas tienen también al hurto y al robo por cosas distintas, pero añade seguidamente "y lo cierto es, que por robar entendemos frecuentemente lo mismo que hurtar de cualquiera manera, y por robo lo mismo que hurto, como quiera que sea" ³⁰³. Y hecha esta advertencia se va a despreocupar, en todo momento, de distinguir.

También Juan Sala comienza reconociendo la diferencia. "Todos reconocen consistir la diferencia entre hurto y robo en que se hace encubiertamente, y este abiertamente, y que el nombre de hurto, si se toma generalmente, contiene como á especies el hurto tomado especialmente, y al robo" ³⁰⁴. Pero no se recata de expresar su incomprensión hacia la distinción. "Esta diferencia la tomaron nuestras leyes de las romanas, en las que se lee haberse introducido por los Pretores, que desosos de manifestar su solicitud y zelo en impedir y castigar maldades, fueron autores de algunas acciones nuevas que concedieron, y por eso se llaman pretorias, de s o b r a alguna vez, como lo es esta de que hablamos" ³⁰⁵. Por eso no tiene reparos en hablar indiferentemente de hurto y de robo. Así, refiriéndose a los hurtos cualificados, escribe: "De los que por el primero se impone, se refiere varios en d. 1,18, que son: I. Si el ladrón fuese conocido que públicamente r o b a s e en los caminos. II. Si r o b a s e n en el mar con navios armados, á quien dicen corsarios. III. Si fuese ladron que hubiese entrado por fuerza en la casa ó

302. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España* 3 (Madrid, 1826); pág. 81.

303. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal* cit., pág. 81.

304. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* 2^o (Madrid, 1832), página 16.

305. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real* cit., pág. 16.

lugar de otro para robar. Sobre este hurto se explica la l. 6 tit. 5 lib. 4 del Fuero de las Leyes”³⁰⁶.

Tampoco Ramón Salas muestra inconveniente alguno para hablar indistintamente de hurto y de robo. En sus comentarios a Bentham nos va a descubrir igualmente que hurto y robo no son, para él, delitos distintos. “El hurto puede verificarse no solamente en la propiedad, sino también en la posesión y el ejercicio de ella, y así todos los delitos por los cuales un individuo priva á otro, con ánimo de aprovecharse de ello, de la propiedad y de la posesión y uso de este derecho, son un robo; y tales son todos los comprendidos por mi autor en este cuarto orden, y aun en el quinto, que contiene diez géneros que son todos hurtos calificados, más o menos graves, es decir, que producen más o menos mal”³⁰⁷.

La postura de los autores está suficientemente clara. No distinguen dos delitos, sino, dentro de un delito único, unos casos más graves. Sólo a estos efectos de imposición de pena se distinguen ciertos supuestos de hecho. “Y con mayor vigor debe castigarse aquél que éste” (J. M. Gutiérrez), “y por consiguiente debe castigarse con mayor pena” (Lardizábal). Pero en ningún momento reconocen autonomía al delito de robo. Y conviene insistir en que no se derrumba la distinción por fuerza de una construcción técnica unitaria, sino por falta de comprensión. Es evidente que la concepción unitaria tenía que surgir necesariamente por el simple hecho de la caída de la distinción. Pero la falta de una construcción innovadora se hace ver, porque ni siquiera a la hora de calificar el nuevo delito único los autores se muestran acordes. Mientras unos (Marcos Gutiérrez, Sala, Salas) parten para hacer la calificación del hurto, otros (Lardizábal) van a hacerla partiendo del robo.

306. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real* cit., pág. 49.

307. *Tratados de Legislación Civil y Penal, de Jeremías Bentham, traducidos al castellano, con comentarios*, por R. SALAS (París, 1838), 6, pág. 114.

VI

LA DISTINCION EN LA CODIFICACION PENAL

(Remisión)

La distinción reaparece ya, como es sabido, en el Código Penal de 1822³⁰⁸. En esta reaparición juegan simultáneamente tres factores: elemento tradicional, elemento de importación y vigencia del principio de legalidad. A partir de entonces se distinguirá el robo, según la actuación violenta recaiga sobre las personas o las cosas que desempeñan una función de salvaguarda o resguardo del objeto de la sustracción. Los límites de la distinción entre hurto y robo que ofrecen más dificultades serán precisamente los que apoyan sobre el concepto de fuerza en las cosas.

Al exponer en un catálogo exhaustivo los *medios* a través de los cuales puede actuarse la fuerza en las cosas, por obra de la vigencia del principio de legalidad, surge automáticamente un *concepto normativo de fuerza en las cosas*, menos amplio que el correspondiente concepto naturalístico. La amplitud que se le conceda a este concepto normativo condicionará el respectivo contenido del robo y del hurto. Fundamentada la distinción entre el delito de robo con fuerza en las cosas y el delito de hurto, más que en el ataque a un distinto bien jurídico, en el significado penal de la utilización de ciertos *medios*³⁰⁹, las diversas reformas, operadas a través de los Códigos de 1848-50, 1870, 1928, 1932 y 1944, se explican en función del deseo de lograr un concepto normativo de fuerza en las cosas que no deje fuera ningún otro acto de fuerza que posea idéntica significación. Se tratará de reajustar una y otra vez el concepto legal de fuerza en las cosas. Por desgracia, debido al excesivo casuismo que acompañó desde el inicio a la exposición

308. Código Penal de 1822, artículos 723 y siguientes y 745 y siguientes.

309. Sobre el significado del *medio*, entendido como la propia conducta considerada en su capacidad o aptitud ofensiva, Vid. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (Milano, 1955), pág. 2 ss., y últimamente F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio* (Milano, 1962), pág. 49 ss.

legal de los *medios*, no siempre se logró ese ansiado concepto coherente de fuerza en las cosas.

Vicente y Caravantes recoge las dudas que ya en 1851 eran del dominio público respecto al contrasentido que originaba el artículo 431 del Código Reformado de 1850, al no incluir en su relación de *medios* la fractura de puertas interiores, armarios, arcas, etc., consignada expresamente, en cambio, en el artículo 433³¹⁰. Esta disparidad daba lugar a que los que robasen en Iglesias o lugares sagrados rompiendo puertas interiores armarios, etc., o debían quedar impunes, puesto que su conducta no estaba prevista en el artículo 431, o debían, si se quería evitar la absurda impunidad, ser castigados como autores de hurto, a tenor del artículo 437. Pero con esta solución se evidenciaba la injusticia de castigar más benignamente al que cometía la sustracción con armas en Iglesias o lugares sagrados rompiendo puertas interiores, armarios, etc., que al que robaba sin armas en lugar no habitado, realizando los mismos actos de fuerza.

El deseo de conseguir un adecuado concepto normativo de fuerza en las cosas vuelve a resplandecer en el Código de 1870. De ahí que, en el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas, aparezcan por doquier definiciones legales. Se expresa lo que ha de entenderse por casa habitada³¹¹, por dependencia de casa habitada³¹² por llaves falsas³¹³, etc. En todas esas definiciones normativas se ha procurado volcar un contenido más amplio que el que corresponde al concepto naturalístico del objeto. A veces se llega incluso a contradecir el propio concepto naturalístico como, por ejemplo, cuando termina considerándose llave *falsa* la llave *legítima* sustraída al propietario.

Pero tampoco el Código de 1870 consigue una noción coherente de fuerza en las cosas³¹⁴ y, en consecuencia, la distinción entre el

310. J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* (Madrid, 1851), página 438.

311. Código Penal de 1870, artículo 523.

312. Código Penal de 1870, artículo 523, párrafo 2.º.

313. Código Penal de 1870, artículo 529.

314. Vid. J. GARRIGUES, *Una definición que no es definición*, en *Sobre algunos puntos del Código Penal* (Madrid, 1920), pág. 42 s.

hurto y el robo no responde, en toda su medida, como debiera, a exigencias de justicia material. De nuevo el excesivo casuismo origina graves inconsecuencias.

Bajo la vigencia del Código de 1870 se discutirá sobre la trascendencia de que el número 2 del artículo 525 (robo en lugar no habitado, edificio que no sea público ni destinado al culto) se refiera expresamente tan sólo a *puertas y ventanas exteriores*. Viada indica que cuando se trate de fractura de puertas o ventanas interiores, los hechos no podrán enjuiciarse de acuerdo con el artículo 525, y deberán calificarse como simple hurto³¹⁵. Groizard, en cambio, es de opinión diversa. Cree que tales supuestos son reconducibles al número 4 del mismo artículo 525, que habla textualmente de la fractura de *puertas*, sin ulteriores especificaciones. Pero planteada la cuestión en términos tan casuísticos, el propio Groizard se da cuenta de que la solución que propone, en contra del parecer de Viada, no encuentra apoyo legal expreso por lo que se refiere a la fractura de *ventanas interiores*, que no aparece mencionada en el número 4 del artículo 525. Groizard intentará, por eso, para asegurar la viabilidad de su solución, demostrarnos que también las ventanas son puertas. “Cuando se dice —escribe Groizard— que una ventana ha sido fracturada, todo el mundo entiende que la violencia ha recaído sobre la puerta”, porque no se fracturan los huecos de las ventanas, sino las puertas que los cierran³¹⁶. El exagerado casuismo legal obligó a plantearse disputas de esta índole, en tanto se ensombrecía el verdadero problema de fondo, a saber, el de individualizar un criterio unitario respecto a la significación de los medios que debían de caracterizar el delito de robo con fuerza en las cosas, en torno al cual pudiese estructurarse coherentemente la exposición de esos medios.

Pero todavía más grave fue la inconsecuencia en que incurrió el Código de 1870 por la falta de concordancia entre los artículos 521 (robo en casa habitada, edificio público o destinado al culto) y 525 (robo en lugar no habitado, edificio que no fuese público, ni desti-

315. S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal Reformado de 1870* VI (Madrid, 1927), pág. 199.

316. A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado* VI (Salamanca, 1896), pág. 229.

nado al culto). En líneas generales aparecen como comunes a ambos artículos tres medios: escalamiento; rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puertas o ventanas; y uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes. Pues bien, de acuerdo con el primer precepto, el uso de estos medios sólo origina la calificación de robo cuando se hayan utilizado precisamente para *introducirse* en el edificio. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 525, basta para que exista robo que alguno de esos medios *concurra* en cualquier momento del apoderamiento. La consecuencia poco satisfactoria es evidente, puesto que la esfera de relevancia de unos mismos medios es mucho más amplia en la hipótesis del artículo 525 que en la del artículo 521.

El legislador de 1932 parece haber sido consciente de la injusticia que implicaba el mayor ámbito de aplicación del artículo 525, en relación con el 521 del Código de 1870. Se entendió entonces que si la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o su sustracción para ser fracturados fuera del lugar del robo determinaba la existencia de robo, siempre que se tratase de casa no habitada, edificio no público ni destinado al culto, no había ninguna razón para que no sucediese otro tanto cuando se tratase de casa habitada, edificio público o destinado al culto. En consecuencia, se terminó incluyendo también este medio en el artículo 497 del Código de 1932, correspondiente al 521 del de 1870. Pero la reforma fue tan apresurada que no reparó siquiera en que el artículo 497, al igual que el 521 del Código de 1870, estaba estructurado sobre la idea de *introducción* en el edificio. Se incurrió, de este modo, en el absurdo de estimar como *medio de introducción* en el edificio el hecho de sustraer armarios, arcas u otra clase de muebles cerrados o sellados para violentarlos fuera del lugar del robo ³¹⁷.

Cuando en 1944 se acuerda llevar a cabo una refundición del Código Penal, en la misma Ley de Bases se menciona como una de las tareas a realizar la de definir el delito de robo "con independencia de las circunstancias que en los artículos 495 al 502 se detallan" ³¹⁸. En el Preámbulo del Decreto promulgador de 23 de

317. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio* cit., pág. 162 s.

318. Ley de Bases de 19 de julio de 1944, artículo 2B 13.

diciembre de 1944 el propio legislador resalta, como una de las más importantes reformas introducidas, "la redacción del capítulo relativo al delito de robo con rigor científico" ³¹⁹. El caballo de batalla sigue siendo el robo con fuerza en las cosas. El antecedente inmediato de la Reforma de 1944 es, sin duda, el Código de 1928.

El Código de 1944, aunque en su artículo 504 conserva fundamentalmente la misma enumeración de medios expresivos de fuerza en las cosas, amplía considerablemente el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas, a costa de menguar el contenido del hurto. La semejanza en la exposición de medios no puede inducir a engaños. Todos ellos han adquirido ahora un nuevo ámbito de aplicación, puesto que el artículo 504 ha prescindido radicalmente de las dos ideas en que se asentaba el articulado del Código de 1932: la idea de edificio habitado o habitable ³²⁰ y la idea de introducción ³²¹.

La comprobación de la afirmación del legislador de 1944 respecto a que se ha redactado con rigor científico el capítulo del robo y, por tanto, la averiguación de si la actual distinción hurto-robo responde a exigencias de justicia material, no puede llevarse a cabo aquí. Un análisis de la problemática que plantea el Código de 1944, así como una consideración detallada de la relación hurto-robo a través de los distintos Códigos penales españoles, que quizás no deba ni pueda separarse de aquel análisis ³²², constituye, en verdad, estudio del Derecho vigente que queda reservado para otro lugar ³²³.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

319. Decreto de 23 de diciembre de 1944, Pr. L. Cfr. F. CASTEJÓN, *Génesis y Breve Comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944* (Madrid, 1946), pág. 93.

320. Cfr. Sentencias 6 de junio de 1947, 7 de octubre de 1947, 13 de noviembre de 1947, 6 de marzo de 1948, 20 de abril de 1948, 13 de diciembre de 1948, 12 de marzo de 1949, 6 de marzo de 1950, 2 de enero de 1951, 3 de marzo de 1952, 26 de noviembre de 1954, 26 de mayo de 1955, 18 de noviembre de 1955, 1 de junio de 1956.

321. Cfr. Sentencias de 20 de octubre de 1947, 26 de mayo de 1948, 30 de marzo de 1950, 19 de junio de 1950, 12 de enero de 1951, 18 de enero de 1952, 10 de marzo de 1954, 26 de noviembre de 1954, 1 de junio de 1956, 5 de abril de 1957.

322. Con razón advierte J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*, en ADP y CP. (1960), pág. 38, refiriéndose al Título XIII del libro II de nuestro Código, que "en primer lugar merece destacarse el proceso histórico que ha dado lugar al Título", y que "todos los delitos contra la propiedad se resienten de su ascendencia romana" (op. cit., pág. 39).

323. De la distinción hurto-robo en los distintos Códigos penales españoles y en el Derecho vigente nos hemos ocupado en la segunda parte (inédita) de nuestra Tesis Doctoral, *La distinción hurto-robo en el Derecho español* (Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, 1959), páginas 123 y ss.

LA SUCESION FILIAL EN EL DERECHO VISIGODO

LOS TEXTOS.

Código de Eurico, 320

«S[i]... nec... in... de re... eas aequitate... ere mancipia eius... ibus... s vel in aliis rebus aequalem habeant portionem; quod si autem... viro... ore v. tate coniugium expetens sponte transierit, perdat portionem, quam acceperat. Sororum fratrum suorum hereditatem re. quae... permanens... quamdiu advixerit... s vel in cultura cum fratribus habeat portionem; post obitum viro eius terras ad heredes superius comprehensos absque mora revertantur reliquas facultates cui voluerit donatura. Circa sanctimonialem autem, quae in castitate permanserit, in potestate parentum praecipimus permanere. [Quod] si parentes sic transierint, ut nulla fuerit testamenti ratio, puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suam terras suis heredibus derelinquat, de reli-

«Si parentes testati decesserint.../dea ea... eas ad facultates... sorores... accipient... cum fratribus suis in terris vel in aliis rebus aequalem habeant portionem. 2. Quod si aliqua sine viro fuerit relicta, et ad coniugium expetens sponte transierit, totam portionem quam acceperat suis fratribus vel eorum heredibus relinquat. 3. Quod si ipsa virgo permanserit, quamdiu advixerit in rebus vel in culturis cum fratribus habeat portionem; post obitum vero eius terras ad heredes superius comprehensos sine mora revertantur, reliquas facultates cui voluerit donatura. 4. Circa sanctimonialem autem quae in castitate permanserit voluntate parentum, praecipimus permanere. 5. Quod si parentes sic transierint ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suam terras suis heredibus relinquat; de reliqua facul-

qua facultate faciendi quod voluerit... in eis potestatem n. t...». (Lectura Zeumer) (1)

tate faciendi quod voluerit in eius potestate consistant./ (Lectura d'Ors) 2

Liber Iudiciorum IV, 2, 1. Antiqua

Si pater vel mater intestati discesserint, sorores cum fratribus in omni parentum facultate absque aliquo obiectu equali divisione succedant. (Edición Zeumer) 3.

LA PROBLEMÁTICA EN LA GERMANÍSTICA

Por regla general, la sucesión filial, es decir, la sucesión de hijos supérstites en los bienes de los padres, no origina complicaciones a los historiadores del Derecho, y así ocurre también con el derecho visigodo del "Liber Iudiciorum", en el que los hijos e hijas heredan por igual, pero no sucede lo mismo con el derecho visigodo euriciano, como consecuencia de que lo que se conoce es más que suficiente para llegar a la conclusión de que la "antiqua" recogida en el "Liber" no es euriciano y, en cambio, no basta para conocer el derecho euriciano. En efecto, basta comparar lo que se conserva del largo fragmento del llamado Código de Eurico, en cualquiera de las dos lecturas que se suministran, y el corto precepto del "Liber Iudiciorum", para comprender que la "antiqua" tiene que proceder de la revisión leovigildiana, y basta echar una ojeada a las lecturas del fragmento para obtener la impresión de incertidumbre en cuanto a su contenido, fundamentalmente, en las primeras líneas.

Zeumer realizó ímprobos esfuerzos para arrancar el secreto al

1. Karl ZEUMER, *Leges Visigothorum*, en *Monumenta Germaniae Historica*, Hannover-Leipzig, 1902, págs. 20-21.

2. Alvaro D'ORS, *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico, Edición, Palingenesia, Indices*. C. S. I. C., Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1960, pág. 37. En la misma página, pero en nota, recoge la lectura de Zeumer, que se ha insertado, y la de este mismo autor en "Leges Visigothorum antiquiores". *Fontes iuris germanici antiqui in usum scholarum ex Monumentis Germaniae Historicis separatur*, Hannover-Leipzig, 1894.

3. Karl ZEUMER, op. cit. en nota 1, pág. 174.

palimpsesto sin conseguirlo, confesando haber dedicado mucho tiempo, esfuerzo y todo lo que la vista le había dado de sí⁴. A los intentos de lectura sucedió entonces la reproducción de los textos por el estudio jurídico, produciéndose entonces una escisión en la germanística, no sobre lo que decían los textos, sino sobre lo que debían decir, representando posturas distintas Zeumer y Ficker. Para este último, el derecho visigodo había reconocido siempre la igualdad sucesoria de hijos e hijas, principio que Eurico había mantenido en las líneas iniciales ilegibles del fragmento de referencia y que había persistido en la "antiqua" integrada en el "Liber", no existiendo sino unas excepciones, referidas a las hijas que no tenían sucesión. En consecuencia, la "antiqua" incorporada al "Liber" habría constituido la primera parte del fragmento euriciano, al que seguirían las excepciones introducidas por Eurico, que Leovigildo eliminaría. Zeumer, por el contrario, de la insistencia de la "antiqua" en que las hijas heredaran a los padres junto con los hijos sin limitación alguna, dedujo que el derecho anterior, es decir, el euriciano, había consagrado la desigualdad, lo que estaba en concordancia con la preterición de las hembras a los varones que se observa en el capítulo 327 del mismo Código de Eurico, en el que los nietos "ex filia" pierden una tercera parte de la porción que su madre hubiera tenido en beneficio de sus tíos, hijos del causante, o de sus primos, nietos "ex filio" del causante, y en concordancia con la misma preterición que se observa en la "antiqua" integrada en el "Liber Iudiciorum", IV, 2, 10, la cual si establece la igualdad de la mujer en los bienes provenientes de línea materna, "a sensu contrario" reconoce la desigualdad para los bienes provenientes de línea paterna⁵.

EL CAMBIO DE SIGNO DE LA PROBLEMÁTICA CON LA LECTURA DEL
FRAGMENTO EURICIANO, DEL PROFESOR ALVARO D'ORS

La escisión en la germanística sobre el fragmento euriciano era profunda, en cuanto se le atribuían posturas antitéticas, como la de

4. Karl ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda*, traducción del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, pág. 287.

5. Todo esto puede verse en ZEUMER, op. cit., págs. 282-286 y 293.

declarar la igualdad o la desigualdad de las hijas con respecto a los hijos en la herencia de los padres, pero existía un aspecto indiscutido, y era que en ambos casos se trataba de sucesión intestada. La lectura por parte del profesor Alvaro d'Ors, uno de los más destacados representantes de la romanística moderna, cambia de signo la problemática suscitada, pues según ella el capítulo no principia previniendo la muerte intestada de los padres, sino, por el contrario, la muerte testada. La trascendencia de admitir esta lectura, frente a la de Zeumer, como se comprenderá, es enorme. Si se sigue a Zeumer los cinco apartados se refieren al caso de sucesión intestada, en tanto que si se sigue al profesor d'Ors, los cuatro primeros se refieren a la sucesión testada, y sólo el quinto se refiere a la intestada. Estos apartados prescriben lo siguiente: 1.º Muertos los padres (testados o intestados, según la lectura que se admita), las hermanas deben recibir igual porción que los hermanos en las tierras y en los otros bienes. 2.º Si alguna de las hermanas queda soltera, y se casa según su libre arbitrio, toda la porción que había recibido pasa a sus hermanos, o a los herederos de éstos. 3.º Si la referida hermana permanece virgen, mientras viva tiene la porción de la misma forma que sus hermanos en los bienes y en las fincas, volviendo las tierras a su muerte a los hermanos, pudiendo disponer libremente de lo demás. 4.º La religiosa que permanece en estado de castidad por voluntad de los padres, se dispone que continúe en el mismo estado; y 5.º En el caso de la sucesión intestada, la mujer soltera, según el profesor d'Ors, o la religiosa, según Zeumer, tiene en todo momento la misma porción que los hermanos, poseyéndola hasta su muerte por derecho de usufructo, momento en que deja la tierra a sus herederos, pudiendo disponer libremente del resto de los bienes.

El cambio de signo, pues, reside en que no se trata ya de discutir únicamente la igualdad o desigualdad de los sexos en la sucesión filial visigoda o a través del Código de Eurico, sino de si esa igualdad o desigualdad hay que combinarla en el mismo con los distintos supuestos de sucesión testada e intestada. El profesor d'Ors parece coincidir unas veces con Ficker y otras con Zeumer, pero en realidad no coincide con ninguno de los dos, pues cuando admite la igualdad de los sexos lo limita a la sucesión testada,

mientras Ficker pensaba en la intestada, y cuando admite la desigualdad excluye la sucesión testada, lo que no hacía Zeumer.

OBJECIONES HEURÍSTICO-JURÍDICAS A LA LECTURA ORSIANA

Como es natural, la solución de éste como de tantos otros problemas del Código de Eurico pende de que algún día se realice otro venturoso hallazgo que permita completar los capítulos que hoy se poseen, y por lo que se refiere a éstos, el que pueda llegarse a una lectura definitiva. La realizada por el profesor d'Ors supone un notable avance en cuanto a la verificada por Zeumer, si se tiene en cuenta que según aquél, que se muestra conforme en lo esencial con la lectura del profesor alemán para los apartados cuarto y quinto, manifiesta haber leído con bastante seguridad los párrafos segundo y tercero, pero no satisface todavía en lo relativo al párrafo primero. Esta insatisfacción nace más de lo que se declara leído, que de lo que se confiesa ser todavía imposible leer, y esto, porque si por una parte parece afirmarse la lectura de una línea como "*Si parentes testati decesserint...*", de otra, sólo se indica haber podido ver "trazos" de una referencia a la sucesión testamentaria, expresión que, frente a la categórica anterior, parece aludir a una lectura probable, pero no segura, a lo que hay que añadir, sobre todo, la posible existencia de un prejuicio, en cuanto se dice que se podía haber conjeturado por el hecho de que el párrafo quinto introduce la hipótesis de la sucesión intestada y se supone, en consecuencia, que lo anterior se refería a la testada⁶. Si la lectura no es totalmente segura, es peligroso que se cimente en un prejuicio, máxime cuando éste está muy lejos de tener que ser admitido como de contenido indudable.

No habiendo una lectura segura, y no habiendo tampoco posibilidad de superarla, es perfectamente lícito discurrir no sobre lo que dice el palimpsesto, sino lo que puede o no puede decir. En este sentido, cabe perfectamente el hacer importantes objeciones heurístico-jurídicas a la lectura orsiana, en cuanto ésta contradice: a) los principios generales de la dogmática jurídica; b) la concep-

6. Vid. A. D'ORS, *op. cit.*, págs. 255-257.

ción del propio autor sobre la naturaleza del derecho euriciano; c) la técnica legislativa del pueblo visigodo y del mundo romano en el que se desenvuelve, y d) la estructura lógico-gramatical del fragmento.

La lectura del profesor d'Ors contradice los principios generales de la dogmática jurídica en cuanto la prescripción de una igualdad de porciones hereditarias sólo es comprensible en la sucesión intestada. La sucesión testada, en cuanto representa la concesión de una facultad de disponer, tiene como lógica consecuencia el origen de diversidad de porciones, y ni un solo sistema jurídico ha prescrito que muriendo alguien testado sus hijos o hijas reciban las mismas porciones tanto en tierras como en las demás cosas, pues esos hijos e hijas recibirán las porciones que se les haya dejado en testamento, sean iguales o desiguales, y sean en tierras o sean en otros bienes. Atribuir igualdad jurídica de sexos en la sucesión testada no tiene sentido, pues si hay facultad de testar será el testador quien establezca aquella igualdad, si le place, pero no la ley, pues si lo ordena ésta, ya no existe libertad de testar. La intervención de la ley en un caso de sucesión testada podría justificarse por el señalamiento de una legítima o por la previsión del supuesto de disponer sin señalamiento de cuotas, pero lo primero ni siquiera es apuntado, y lo segundo, tras de que sería extraño encabezar un precepto con una prescripción típica de casuística, y aun de meticulosa casuística, es superfluo, en cuanto lo que tendría aplicación son precisamente los principios de la sucesión intestada.

La lectura del profesor Alvaro d'Ors parece contradecir su propia concepción sobre el derecho euriciano, tan brillantemente expuesta en su todavía reciente edición y estudio palingenésico del Código de Eurico, según la cual es fundamentalmente una fuente de derecho romano vulgar⁷. Es cierto que en aquella importante obra, el autor no se pronuncia directamente sobre la cuestión de la libertad de disponer, pero lo hace indirectamente por la referida calificación de su contenido como de derecho romano vulgar, pues hasta ahora nadie ha pretendido que en éste se haya observado la tendencia de limitar la libertad de disposición o de establecer legítimas o reservas, pues, antes por el contrario, lo que parece haber

7. Op. cit., pág. 1.

habido es liberación de formas para la desheredación de los hijos⁸. Si Eurico impone limitaciones a la sucesión testada de los padres, y limitaciones son establecer que las hijas hayan de tener porciones iguales en tierras y en las otras cosas que los hijos, no actúa dentro de las tendencias del derecho romano vulgar, sino de otras distintas, sean las que sean. Para que Eurico actúe dentro de la orientación del llamado derecho romano vulgar no tiene que embarazar la sucesión testada, permitiendo o dando lugar, por el contrario, a ese estado de cosas contra el que reaccionará Chindasvinto en la famosa ley "Dum ilícita"⁹, dentro de la reacción antirromana y, en cierta manera, germanizante de este monarca, fenómeno sobre el que, precisamente, ha llamado la atención muy sugerentemente el profesor d'Ors¹⁰. Hay que volver a insistir en que tampoco tendría sentido el que las líneas ilegibles del fragmento euriciano aludieran al supuesto de que los padres dispusieran en favor de los hijos, sin indicar la forma de distribución, pues una tal norma de interpretación sería superflua, en cuanto procederían las normas de la sucesión intestada.

También parece contradecir la lectura la técnica legislativa del pueblo visigodo y del pueblo romano en que se desenvuelve aquél. En el ciclo jurídico que culmina con la recopilación teodosiana no se entremezclan nunca los preceptos de las sucesiones testada e intestada. En el propio código teodosiano, lo relativo a la sucesión intestada se halla en el título primero del libro quinto, bajo la rúbrica "De legitimis heredibus", mientras lo relativo a la sucesión testada se encuentra disperso en varios lugares (II, 19,; IV, 4, etc.) menos, precisamente, en el título de la sucesión intestada. No contradice esta sistemática el libro XII, "De successionibus", del Código Hermogeniano, en cuanto que lo que éste recoge es un caso

8. Vid. Gian Gualberto ARCHI, *L'Epitome Gai*, Milán, 1937, pág. 279 y siguientes, según el cual la desheredación "nominatim" se precisa para los hijos "in potestate", pero sin exigirse fórmula, pretendiendo Conrat que, incluso, bastaba que la desheredación fuera evidente.

9. *Liber Iudiciorum*, IV, 5, 1: "... Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxurie vel cuiusdam male voluntatis in personas extraneas transferentes..."

10. A. D'ORS, op. cit., pág. 11.

de nulidad del testamento, que da lugar, por tanto, a la sucesión intestada.

Si del mundo romano en el que se ha desenvuelto el pueblo visigodo pasamos a éste mismo, deberemos observar que todo el título "De successionibus", al que pertenece el fragmento, trata exclusivamente de la sucesión intestada, sin la menor referencia al testamento o a sus consecuencias, y así lo destaca, precisamente, el mismo profesor d'Ors, el decir que el título indicado trata de la sucesión "ab intestato"¹¹. No resulta muy congruente que en un título íntegramente dedicado a la sucesión intestada el primero de los capítulos vaya a dedicar cuatro de sus apartados a la sucesión testada, y sólo el quinto a la sucesión intestada, casi como un apartado residual. Con la rúbrica "De successionibus", el "Liber Iudiciorum" dedica todo el título segundo del libro cuarto a la sucesión intestada, mientras lleva el testamento al título quinto del libro segundo y las limitaciones de la facultad de disponer al título quinto del libro cuarto, bajo la rúbrica "De naturalibus bonis". No hay ningún indicio de que el "Liber Iudiciorum" haya cambiado de concepción y de sistemática en esta materia, sino que, por el contrario, todo parece indicar que mantuvo los principios euricianos. Además de esto, debe tenerse presente que si Leovigildo, en la "antiqua" del "Liber Iudiciorum" IV, 2, rectificó el derecho euriciano, debió partir del mismo supuesto que éste, es decir, del fallecimiento intestado del padre y de la madre, pues lo que cambió fue la solución, pero no el problema.

Finalmente, la lectura del profesor d'Ors parece contradecir la estructura lógico-gramatical del capítulo. En efecto, el apartado quinto no es independiente de los demás para señalar por sí una situación nueva, sino que está ligado al apartado anterior por la partícula consecutiva "quod". En el capítulo hay dos apartados que pudiéramos denominar "principales", que son el primero y el cuarto, iniciado el primero por la partícula condicional "Si", y expresado el cuarto en forma totalmente aseverativa. Los apartados segundo, tercero y quinto están ligados en forma consecutiva, de forma que si los apartados segundo y tercero son consecuencias de lo determinado en el apartado primero, el apartado quinto ha de ser

11. Op. cit., pág. 248.

una consecuencia de lo determinado en el apartado cuarto, y, en consecuencia, hace referencia a la situación de la religiosa, cuando los padres murieran intestados. Zeumer y Bayerle no sospecharon que pudiera darse otra interpretación, y así debe ser, pues, además, sin este complemento del apartado quinto, el apartado cuarto no tiene razón de ser, pues no es a este lugar al que corresponde ordenar la continuidad en la vida religiosa de la que ingresó por voluntad de los padres, si no es para obtener una conclusión sucesoria, cual es la del apartado quinto, donde a esta doncella, es decir, a la religiosa, se le concede una porción igual a la de los hermanos, pero en usufructo, dejando sus tierras a sus herederos y disponiendo libremente de lo demás, lo que supone aplicar a la religiosa el mismo criterio que el apartado tercero determinó para la que permaneció virgen, aunque no en estado religioso. Aparte de esto, aunque quizá ello tiene un carácter más accesorio, queda por confirmarse la lectura del profesor español (“nullum fuerit testamentum”), distinta a la de Zeumer, que leía “nulla fuerit testamenti ratio”, y a la de Bayerle, que ha leído “occassio”, en lugar de “ratio”¹².

Dadas las anteriores objeciones, no parece que en la primera línea del capítulo euriciano 320 pueda leerse “testati”, pues entonces resultaría la existencia de una misma solución para los casos de sucesión testada e intestada, con lo que la primera no sería tal y carecería de sentido. El citado capítulo ha debido determinar lo siguiente: *a*) equiparación de las hermanas a los hermanos en la sucesión intestada de los padres, en cuanto a recibir una porción igual; *b*) pleno disfrute y libertad de disponer para las hermanas que eran casadas al fallecer los padres, como, asimismo, para las que se hayan casado después, pero con el permiso del grupo parental; *c*) pérdida de la porción en favor de los hermanos o herederos de éstos, cuando la hermana hubiera casado después de fallecer los padres, sin el permiso del grupo parental; *d*) derecho de disfrute sobre todos los bienes, pero sin facultad de disponer nada más que sobre los bienes que no fueran tierras, las cuales habrían

12. FRANZ BAYERLE, *Die Frühgeschichte der westgotischen Gesetzgebung*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanische Abteilung)*, vol. 67 págs. 1-33), pág. 25 y ss.

de reservar a los herederos, para las hermanas que permanecieran solteras y para las religiosas que lo hubieran sido por voluntad de los padres, y e) para las religiosas que no lo hubieran sido por voluntad de los padres, habría que tenerse en cuenta las distintas situaciones en que podrían devenir, pues podrían casarse con o sin la voluntad del grupo parental, o permanecer solteras, debiendo por tanto ser incluidas en cada uno de los grupos anteriores según las circunstancias.

LA NATURALEZA BÁRBARA Y CIRCUNSTANCIAL DE LA SOLUCIÓN EURICIANA

No parece claro que, como opina el profesor d'Ors, la capacidad hereditaria de la mujer en el Código de Eurico se resuelva con una mejora respecto al régimen anterior¹³, si en esa capacidad incluye la de la mujer en su condición de hija, y si ese régimen al que se refiere es el romano. Ninguno de los ejemplos que el citado profesor expone para demostrar una postergación por sexo en derecho romano¹⁴ afectan para nada a las hijas, si no es la Ley Voconia, de cuya caída en desuso no tenemos una idea muy exacta, pero de cuya subsistencia tampoco la tenemos, menos cuando ha sido una legislación de clase, o la Novela de Valentiniano excluyendo a las hijas del patrono y su descendencia de la herencia del liberto, que por tratarse de una sucesión especial no afecta a la sucesión en general. Por el contrario, el Breviario de Alarico, que recoge el derecho romano anterior a Eurico, a través de Gayo considera a las hijas, nietas y biznietas entre los herederos "sui" sin limitaciones en cuanto a su facultad de suceder. La mejora de la mujer, en cuanto hija, no hay que verla, pues, en relación con el derecho romano, y, por tanto, hay que examinarla en relación con las tendencias de los pueblos bárbaros en la época de Eurico. Fuera mayor o menor la proporcionalidad de los godos respecto a la población hispanorromana, y por muy grande que fuera el prestigio del Emperador y sus delegados, o el del derecho romano por

13. A. D'ORS, op. cit., pág. 252.

14. Op. cit., pág. 250.

su técnica, no debe incurrirse en el error de olvidarse que Eurico era un rey de los visigodos, que éstos penetraron en las Galias y en Hispania, y que, además, dominaron a los hispanorromanos. El mito de unas aportaciones germánicas primitivas, bien destacado por el profesor García-Gallo y por el propio profesor Alvaro d'Ors¹⁵, no debe llevar a rechazar la existencia de unos problemas propios y unos criterios particulares.

En esta ocasión, el problema propio más importante es el del valor de la tierra. La tierra, con la formación de los grandes "saltus" del Bajo Imperio, la decadencia de la ciudad y de sus órganos de gobierno y la falta de una autoridad pública que garantice la seguridad personal, que va a buscarse en la formación de cotos cerrados territoriales, debió de alcanzar una estimación material y espiritual superior a la de otras muchas épocas, pero aún más por parte de los visigodos que, pueblo emigrante a la fuerza, venía buscando desde hacía mucho tiempo lugares de asentamiento, encontrándolos al fin en Aquitania, con base en el sistema de "hospitalitas", seguido en el alojamiento del ejército, con las debidas adaptaciones¹⁶. La tierra se constituía, por decirlo así, en el bien principal, y no es extraño que ello haya contribuido a que en el mundo visigodo se hayan dado instituciones prefeudales, conforme ha descrito el profesor Sánchez-Albornoz¹⁷.

Los pueblos bárbaros, en general, han atribuido gran importancia a esas tierras, y han sentido preocupación porque no fueran a parar a manos femeninas, a las que no han considerado aptas para su cultivo y conservación, y en las que han visto siempre el riesgo de dispersión por el paso de las mujeres a familias extrañas, máxime cuando éstas podían pertenecer a otro pueblo. Al no basarse en un sistema agnaticio como el romano, y al no haberle servido el de este pueblo una vez que a ellos se les había ofrecido en plena degeneración, han buscado soluciones tendentes todas a una cierta troncalidad, mediante la utilización del privilegio de la

15. Cfr. op. cit., pág. 1.

16. Cfr. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959, I, págs. 497-8, y II, pág. 362.

17. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *En torno a los orígenes del feudalismo*, Mendoza, 1942.

masculinidad. La "Lex Thuringorum", por ejemplo, determina que la herencia del difunto la reciba el hijo, pero no la hija, y no existiendo hijo determina que a la hija vaya el dinero y los esclavos, pero la tierra permanezca a la más próxima generación consanguínea por parte del padre. Lo mismo se observa habiendo hermana solamente, pues ésta sólo hereda el dinero y los esclavos, mientras la tierra va a la más próxima generación paterna, y asimismo si sólo queda la madre, la cual hereda lo mismo que heredaba la hermana. El criterio es terminante, en el sentido de que todas estas mujeres ligadas por vínculos estrechos al difunto pueden suceder en los bienes muebles, en tanto los inmuebles permanecen en los varones de los mismos grados (hijos, hermanos, etc.), pudiendo ir a los más inmediatos consanguíneos por la vía paterna, aunque estos sean de grado más lejano que la hija, hermana, madre, etc. Esto sucede hasta la quinta generación, momento en el cual el principio decae, y la herencia puede pasar de la familia paterna a la familia materna, o de la lanza al huso, como gráficamente dice la ley¹⁸. Obsérvese que no se trata propiamente de un principio de troncalidad, pues en éste los bienes van a parar al lugar de donde proceden, en tanto entre los turingios, los bienes inmuebles, procedieran de la familia paterna, procedieran de la familia materna o procedieran de adquisición por el mismo difunto, iban a recaer en la familia paterna. Es, sin embargo, un intento tosco, mediante un privilegio de masculinidad, de conseguir que los bienes inmuebles, como fundamentales, no se dispersen. En la Ley Sállica se excluye en todo caso al sexo femenino en la sucesión de las tierras¹⁹.

A la vista de este criterio de los principales pueblos bárbaros o germánicos, y el godo es uno de ellos, se comprende que la posición de Eurico sea favorable a la mujer, no respecto al sistema romano, sino respecto a la posición que esos pueblos bárbaros adoptasen en relación con la transmisión de las tierras. Eurico, actuando

18. "usque ad quintam generationem paterna generatio... et tunc demum hereditas ad fusum a lancea transeat." *L. Thuring*, tit. VI, "De alodibus". Cfr. Francesco SCHUPFER, *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, tomo IV, 1909, pág. 70 y ss.

19. *L. Salica*, tit. LIX, "De alodis" o "De alode".

dentro del marco del derecho romano y con asesores conocedores de los principios técnicos superiores de éste, pero que al mismo tiempo tiene que considerar el criterio natural de su pueblo en relación con las tierras en las que se han asentado, recurre a soluciones mucho más suaves que las de otros pueblos. Si la hija se casa normalmente, es decir, con el consentimiento paternal o con el asentimiento parental, el destino de los bienes es, en cierta manera, el deseado, o, por lo menos, el no repudiado, por parte de los padres y de los parientes, pues ellos han aceptado el marido de la hija. Si la hija se casa frente a la voluntad paterna, no será preciso prever cuál y cómo será su participación sucesoria, pues la ausencia del consentimiento paterno dará lugar a la desheredación, presente en el derecho visigodo como en el derecho de otros pueblos, según ha destacado Merêa, que la califica de concepción vulgar²⁰. Será preciso prever, sin embargo, el caso de la que no contradice la voluntad paterna por casarse después del fallecimiento de los padres, pero se opone a la voluntad de los hermanos, dada la importancia que se concede al grupo familiar en el derecho visigodo²¹, lo que hace el Código de Eurico decretando la pérdida de la porción recibida por tal hija en favor de los hermanos o de sus herederos, que significa, prácticamente, extender la desheredación por falta de consentimiento paterno al caso de ausencia de consentimiento fraterno. No debe dejar de observarse que esto sólo parece posible tratándose de fallecimiento intestado de los padres, pues si éstos hubieran dispuesto a favor de las hijas solteras es presumible que la voluntad expresamente manifestada de los padres habría de prevalecer por encima de la ausencia del consentimiento fraterno para el matrimonio.

En el supuesto de la hija que permanece virgen después del fallecimiento de los padres es donde se observa la originalidad de la solución visigoda y su falta de extremismo o de radicalismo

20. Vid. P. MERA, *Sobre o casamento "sine consensu parentum" no Direito visigótico. Estudos de Direito visigótico*. Coimbra, 1948, págs. 157-183, o *Le mariage "sine consensus parentum" dans le droit romain vulgaire occidental*, en *Mélanges Visscher*, Bruselas, IV, págs. 203-217.

21. Vid. Rafael GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español (Notas para su estudio)*, en *AHDE*, VIII, págs. 706-761.

frente a otras soluciones bárbaras. No sustrae a la mujer las tierras, como lo hacen los turingios o los francos, sino solamente la facultad de disposición o enajenación de las mismas, atribuyéndolas un usufructo vitalicio, que cohonesto perfectamente los intereses de la hija y de los hermanos, debiendo tenerse presente que el usufructo va a ser utilizado por los visigodos en más de una ocasión para superar intereses contrapuestos, como en un supuesto de "luctuosa hereditas"²².

Queda, finalmente, el caso de la ingresada en religión por voluntad de los padres, voluntad que el legislador tiene interés en que se respete, pero para lo cual, precisamente, ha de dictar normas a fin de prevenir su situación económica. Cuando los padres han dispuesto el ingreso de una hija en religión, hay que suponer que han acompañado esto de una disposición testamentaria, pues no se dispone una medida de tan gran trascendencia para una hija y una familia sin verse impulsado a prevenir la situación futura de aquélla en relación con ésta, amén de que el citado ingreso ha debido ir acompañado de donaciones o desplazamientos patrimoniales a favor del monasterio correspondiente, si se tiene en cuenta que en el derecho visigodo siempre que se habla de donar, disponer, etc., se piensa, fundamentalmente, aparte de los libertos, en la Iglesia²³. Habiendo habido, pues, testamento, como ha debido suceder en la generalidad de los casos, la ingresada en religión ha debido percibir lo dejado en aquél, sin colisión de intereses con sus hermanos, y sin que la situación haya creado ningún problema. La cuestión está en cuando los padres han muerto sin testamento o con testamento no válido, pues cabe la duda de si la religiosa debe ser equiparada con la que permaneció virgen, pero sin entrar en religión, o con la casada, en cuanto también ella ha contraído unas nupcias, aunque de género distinto. Si el caso no hubiera sido previsto especialmente, cabía que la solución deducida hubiera sido la última, en cuanto ese género especial de nupcias se había contraído, precisamente, por voluntad de los padres. Para evitar esa deducción no querida por el legislador visigodo, en los efectos sucesorios la reli-

22. *C. Eurico*, frag. 322.

23. Vid. la ley "Dum inlicita", ya citada, así como la "Quia mulieres", *Liber Iudiciorum*, IV, 5, 2.

giosa ha sido equiparada a la soltera, atribuyéndola una porción igual que la de los hermanos, pero limitando a un usufructo el derecho sobre las tierras, con plena facultad de disposición en cuanto a los restantes bienes. El legislador rechaza las dos posturas radicales o extremas, que serían: *a*) hacer cesar la situación de permanencia en castidad de la religiosa según la voluntad de los padres, para hacerla participar del régimen de las solteras, y *b*) respetar la voluntad paterna, y equipararlas entonces a las que contrajeron nupcias de acuerdo con aquella voluntad. Eurico respeta la voluntad paterna, pero equipara a la religiosa a la soltera, medida que más bien que de antiamortizadora, ya que el problema de la amortización no debía sentirse todavía, puede calificarse de protectora del grupo familiar frente a los institutos religiosos.

¿Enturbiará la presente explicación del fragmento euriciano el esquema que actualmente se ha abierto paso en la mentalidad histórico-jurídica, y al que en gran parte ha contribuido el profesor Alvaro d'Ors? Hay que contestar que la solución contraria sería la que lo haría, en cuanto es incompatible con una libertad de testar, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho romano de todos los tiempos y, en consecuencia, del denominado "vulgar". El privilegio de la masculinidad, como sucedáneo de la vieja agnación decadente, se manifiesta en el derecho sucesorio del Bajo Imperio, por ejemplo, en la famosa constitución de los emperadores Valentiniano y Valente, del año 389, en la que se registra una disminución en los derechos del nieto "ex filia"²⁴, y la utilización del usufructo, como sistema de superar intereses contrarios, no puede decirse que no responda a una técnica jurídica romanista. El Código de Eurico puede, pues, ser encuadrado dentro del pensamiento jurídico general del mundo romano del Bajo Imperio, lo que no debe ser tampoco obstáculo para que se reconozca que el pueblo visigodo y los demás pueblos bárbaros tuvieron que abordar unos problemas, quizá no totalmente exclusivos, pero que se les ofrecían en situación más aguda que a los restantes habitantes del orbe romano, y a los que tuvieron que dar soluciones, algunas veces, bastante peculiares.

24. *C. Th.* V, 1, 4.

LA SUPERACIÓN LEOVIGILDIANA DE LA FÓRMULA CIRCUNSTANCIAL

La fórmula euriciana ha tenido carácter circunstancial, al derivarse del valor que en un momento dado han adquirido las tierras para los visigodos, como consecuencia de la posesión de las mismas obtenidas por reparto para el consiguiente establecimiento. El fragmento euriciano, ya sea francamente innovador, ya sea más o menos consagrador de situaciones de hecho, ha debido estar dictado para evitar una pérdida de eficacia de las disposiciones teodoricianas sobre el indicado reparto. Si Eurico pudo no recurrir al régimen de división en las Galias y en la Península Ibérica, como opina Strohecker seguido por d'Ors²⁵, pudo, sin embargo, presionado por la opinión visigoda, el dictar una norma sucesoria que impidiera la evasión de las "sortes gothicae", si bien esa norma tuviera la nota generalizadora que, como ha observado el profesor d'Ors acertadamente, caracteriza a la legislación euriciana frente a la teodoricana²⁶. En virtud del fragmento euriciano comentado, las tierras sólo pueden cambiar de familia poseedora en el supuesto del matrimonio de las hijas efectuado con el consentimiento paternal o, en su defecto, el fraternal, el cual sólo sería dado, en la mayoría de los casos, cuando el marido elegido fuera también visigodo²⁷.

La solución euriciana pudo perder todo interés en la época de Alarico si, como opina el profesor García-Gallo, el régimen de división de tierras sólo tuvo lugar en las ocupaciones anteriores²⁸, y toda oportunidad si, como opina el mismo profesor, al ensancharse el reino por Andalucía aumentó la población romana sometida y Alarico procuró suavizar la diferencia religiosa y captar a la aristocracia ciudadana y rural²⁹. Es muy posible que la disposición euriciana haya perdido aplicación por desaparición de los presupuestos que la habían originado: los repartos de tierras, la escasez de éstas y la distanciamiento entre visigodos y romanos, y ello,

25. Cfr. A. D'ORS, op. cit., nota 537, en pág. 174.

26. Op. cit., págs. 174 y 245.

27. Esto es independiente de que la "antiqua" III, 1, 1 del *Liber Iudiciorum*, permisiva de los matrimonios mixtos, pudiera ser euriciana, lo que, por otra parte, no está decidido todavía.

tanto si el Breviario de Alarico ha sustituido al Código de Eurico, según opina el profesor García-Gallo, como si el primero ha sido fuente subsidiaria de la población hispanorromana, como insinúa el profesor Merêa, o ha tenido simple carácter didáctico, como piensa el profesor d'Ors³⁰. En consecuencia, cuando Leovigildo ha debido proceder a revisar el texto euriciano ha eliminado todas las excepciones a la sucesión igualitaria de hermanos y hermanas en los bienes de los padres, y ha hecho desaparecer en el primer párrafo toda alusión a una diferenciación de bienes de la herencia, en cuanto esta diferenciación sólo estaba justificada por servir de base para las citadas excepciones. El único testimonio de un régimen anterior distinto es el "absque aliquo objectu", con el que se ha querido vencer las últimas resistencias por parte de los que se querían amparar en aquel régimen o resucitarlo. Con el acogimiento de esta "antiqua", el "Liber Iudiciorum" ha zanjado definitivamente la cuestión en el derecho visigodo.

JESÚS LALINDE ABADÍA

28. Cfr. A. D'ORS, op. cit, nota 536 en pág. 174.

29. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda*, AHDE, XII (1936-41), págs. 168-264.

30. Rafael GIBERT, *Fuentes del derecho visigótico*, Prelección, Granada, 1960.

EL ALCALDE MAYOR DE LAS ALJAMAS DE MOROS EN CASTILLA

La historia de los mudéjares castellanos no es bien conocida, ya que sólo tenemos noticias de ellos a través de ciertas medidas generales adoptadas en Cortes, casi todas de carácter restrictivo, no siempre puestas en ejecución y menos aún mantenidas por mucho tiempo. Algo más sabemos de determinadas facetas que nos ofrecen algunos señoríos con vasallos mudéjares en Castilla, pero sin que podamos formarnos una idea clara y concreta de su desarrollo y formas de vida. En cambio, sí se reconoce en términos generales su baja condición social y su fructífera labor, especialmente en el cultivo de las tierras, que en algunas regiones descansó por entero sobre sus hombros.

La variedad impuesta en el orden legislativo particular, ya que las leyes aprobadas en Cortes con carácter general no tenían trascendencia en los señoríos locales, nos impide seguir las distintas fases de su desenvolvimiento y valorar conjuntamente las vicisitudes y evolución de la vida mudéjar en Castilla en los siglos bajo-medievales. La publicación de la abundante documentación aún inédita y, sobre todo, la necesaria distinción y estudio de los numerosos señoríos que se establecieron y bajo cuya protección y amparo se acogían los mudéjares formando sus aljamas o morerías, que en su mayor parte terminaron siendo verdaderas colonias agrícolas, nos permitiría apreciar y valorar debidamente sus diferencias, formas de establecimiento y condiciones en que se mantuvieron. Hay que tener en cuenta la diversa condición social y económica de los mudéjares, pues al depender indistintamente de ciudades o villas, Ordenes militares o Iglesia, nobles o hidalgos, y aun de los propios monarcas, su desarrollo respectivo era muy distinto. La concesión de fueros o cartas pueblas, privilegios o mercedes, que permitían redactar unas Ordenanzas, bajo cuyo articulado se desarrolló la vida de los mu-

déjares castellanos, produjo un matiz diferencial en que intervinieron, además, otras causas, que explican esta diversidad de vida y de desarrollo de las aljamas de moros.

Para ello habría que elaborar, en primer lugar, la historia y vicisitudes de estos señoríos en sus distintas clases y, conforme a su situación geográfica, densidad de población cristiana y etapas cronológicas de su desenvolvimiento, establecer después las diferencias que se puedan apreciar, para concretar posteriormente, en lo posible, unas bases suficientes que nos permitan exponer con carácter general la historia de los mudéjares castellanos. En ella habría de tenerse en cuenta la diversa condición social; su aportación a la economía castellana y lo que pudo representar su actividad; funciones y límites de sus instituciones y formas de gobierno interior; mantenimiento de su religión y legislación particular; exacciones y tributos que debían aportar a la hacienda castellana; demografía; oficios y actividades, etc.

No intentamos aquí esbozar la historia de uno de estos señoríos, como ya lo hicimos con el de Abanilla¹, o estudiar el desarrollo de la vida mudéjar en un período determinado², sino tan sólo aportar unos datos para el conocimiento de una institución mudéjar sobre la que nada o poco se ha dicho. Algún historiador ha señalado la existencia de un alcalde mayor de los moros sin dar la menor explicación de sus atribuciones y función; unos pocos la han confundido con otras instituciones jurídicas que no corresponden ni afectan a los mudéjares, como la alcaldía mayor entre moros y cristianos de la frontera. Tenemos, pues, que partir sin base alguna y abarcar un extenso período, en que forzosamente quedan amplias lagunas, y en el que los datos encontrados no son suficientes para proporcionarnos una visión completa ni extensa del desenvolvimiento de esta institución mudéjar.

1. TORRES FONTES, *El señorío de Abanilla*, Murcia, 1962, 213 págs.

2. TORRES FONTES, *Los mudéjares murcianos en el siglo XIII*, en *Murgelana*, XVII, págs. 57-90; separata de 37 págs. Murcia, 1960, y también nuestro artículo, *Moros, judíos y conversos en la regencia de don Fernando de Antequera*, en *Cuadernos de Historia de España*, Buenos Aires, 1960, XXIX, págs. 60-97.

LA ALJAMA DE MURCIA EN EL SIGLO XIII

Pocas son también las noticias que por nuestra parte podemos proporcionar, por lo que hemos de reducirnos al marco ciudadano de Murcia en los siglos XIII y XIV, para pasar al general de Castilla en el siglo XV, en el que los documentos existentes permiten conocer con mayor amplitud el desarrollo y desenvolvimiento de esta institución jurídica de los mudéjares castellanos.

La conquista de extensas áreas territoriales que efectúa Castilla en el siglo XIII y su falta de potencial humano para su total ocupación, imposibilitó la incorporación efectiva de los reinos andaluces y murcianos ganados por Fernando III y Alfonso X. En algunas comarcas y ciudades andaluzas los repobladores castellanos se vieron incrementados por la afluencia de gentes de muy diversa procedencia y condición, aunque su número fue siempre insuficiente y escaso para llevar a cabo una repoblación completa del territorio que se había anexionado. Ello explica, en parte, el protectorado de Castilla sobre el reino de Murcia en la etapa 1243 a 1264, en que la intervención castellana se redujo a la imposición de guarniciones militares en los centros más importantes, cobro de la mitad de las rentas pertenecientes a la realeza y al establecimiento de comerciantes y mercaderes —más judíos y extranjeros que castellanos— en las principales urbes y puertos.

Esta deficiencia demográfica por parte castellana se vio aún más perjudicada por la cuantiosa emigración de musulmanes hacia el reino de Granada, por lo que el problema se agravó al quedar grandes extensiones de tierras sin cultivo y abandonadas por falta de mano de obra que mantuviera su eficaz laboreo. No pudo encontrarse solución por entonces, ya que la masa repobladora cristiana acudía más a las urbes que al campo y, sobre todo, buscaba la concesión de tierras y casas por el beneficio que podían obtener en el cobro de sus rentas, y no por el propósito de asentarse para trabajarlas. Castilla hubo de limitar por ello su política repobladora a la ocupación de las más prósperas urbes y al asentamiento de pobladores cristianos en las tierras más fértiles y de mayor producción económica, aunque sus nuevos propietarios mantuvieran sus viviendas dentro de los recintos fortificados de ciudades y villas.

Esta falta de población suficiente para la total ocupación y man-

tenimiento de sus apropiados cultivos intentaron remediarla los reyes castellanos, en especial Alfonso X, con medidas proteccionistas y atractivas para la masa musulmana indígena que frenaran su continuada emigración y la sujetara a la nueva condición social de mudéjares, de súbditos musulmanes de Castilla.

Tres motivos fundamentales podemos apreciar en este empeño de Alfonso el Sabio por conservar el valioso elemento musulmán: demográfico, económico y, por entonces, cultural. La valiosa presencia de los musulmanes, tanto por su número como por su utilidad para reorganizar la vida económica de los territorios conquistados, no sólo suponía el mantener la amplitud de cultivos anteriores y de su floreciente industria, sino también la utilización de mano de obra especializada que, como en el caso de las huertas de Murcia y Orihuela, era necesaria e imprescindible. Lo mismo podríamos decir de diversas y valiosas industrias, muchas de ellas inexistentes en Castilla, o de las relaciones mercantiles que proporcionaban artículos que no producía la industria castellanas. Igual baremo podemos aplicar en lo que afecta a la demografía. Aunque nos falten los datos suficientes para poder concretarlo en cifras exactas, basta establecer la equivalencia de la superficie ocupada y el número de repobladores cristianos, no ya castellanos, en cualquiera de los Repartimientos que se efectuaron en el siglo XIII y de que nos quedan documentos suficientes, para apreciar el valor de su presencia y actividad.

A todo ello unió don Alfonso su afán cultural recogiendo el valioso tesoro del saber oriental, para, por medio de numerosas traducciones, dar a conocer a Castilla cuantos textos de la antigüedad clásico-latina y de los mismos sabios orientales llegaban a sus manos. Para llevar a efecto este propósito, creó una madrisa que, bajo la dirección de Muhammad al-Ricotí, fomentó la participación de judíos, musulmanes, conversos y cristianos en el gran ciclo cultural murciano. Los nombres de algunos de los participantes son suficiente testimonio de la obra efectuada. Las traducciones hechas por fray Pedro Gallego, primer obispo de la restaurada Sede Cartaginense; la presencia del dominico Ramón Martí y la del converso Bernardo del Arábigo, extensamente heredado en la huerta murciana, coautor de la traducción de la *Açafea* de Azarquiel, así como

la estancia y trabajo del maestro Jacobo de las Leyes, prueban la realidad de esta labor alfonsí³.

Pero aquí nos interesa en especial el elemento mudéjar en su aspecto de minoría racial y religiosa, gobernada y sometida a jueces y leyes propias. No puede cifrarse, ni aun de forma aproximada, el número de musulmanes que emigraron hacia Granada o Africa a partir de la conquista cristiana. Unicamente el abandono de propiedades rústicas y urbanas, sobre todo a partir de 1266, año en que se efectúa la reconquista de la capital murciana después de dos años de rebelión frente a Castilla y de la pérdida de su privilegiada situación anterior, nos pone de manifiesto esta emigración masiva de los musulmanes, y entre ellos de sus más valiosos elementos y de su clase más culta. Sirva como ejemplo la marcha de al-Ricotí, la acogida que se le dispensó en Granada y los vanos intentos de Alfonso el Sabio por retenerlo, para poder precisar la desaparición de la madrisa y con ello la gradual disminución del amplio círculo cultural que a su alrededor se había creado, pese a los intentos de los dominicos por mantenerlo y continuarlo.

La rebelión mudéjar murciana, sincopada con la andaluza en 1264, y sofocada en el sureste por la intervención de las armas castellano-aragonesas bajo la dirección de Jaime el Conquistador, dio lugar a que desapareciera el régimen de protectorado y se pasara al de capitulaciones. En el mismo año 1266, no conforme Alfonso X con las condiciones otorgadas por don Jaime al ocupar la ciudad de Murcia, logró la renuncia más o menos voluntaria de los musulmanes a la capitulación que les había concedido el rey de Aragón. En libertad absoluta para hacer y deshacer, pudo el rey Sabio establecer con entera independencia y sin compromiso alguno el estatuto mudéjar.

En primer lugar mantuvo la ficción de un rey musulmán porque, aparte de su "placer" en tener reyes vasallos y de incluirlos en la lista de confirmantes de sus privilegios rodados, el monarca castellano intentaba crear un artificioso estado dentro de su corona como muestra y prueba de su intención de garantizar sus ofrecimientos y promesas. El arrabal murado de la Arrixaca, independi-

3. TORRES FONTES, *La cultura murciana en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Murcia, 1960, en *Murgetana*, XIV, págs. 57-89.

zado por completo de la ciudad con la construcción de murallas interiores, destrucción de puentes de comunicación y cierre de puertas, aseguraba la vida, aislamiento y posibilidad de desenvolvimiento mudéjar sin intromisión alguna de los cristianos en sus costumbres, religión, derecho y formas de vida. El posterior establecimiento de la feria y mercados junto a los muros de la Arrixaca buscaba la convivencia y relaciones económicas de ambas razas, y la consiguiente entrega de la mitad del término concejil murciano, con sus partes correspondientes de huerta, monte y campo, facilitaba el mantenimiento de la todavía mayoría mudéjar.

Iguales concesiones podemos observar en distintos lugares del reino: concentración de la población musulmana en arrabales más o menos fortificados, pero siempre apartados de la posible intervención perjudicial de algunos cristianos; mantenimiento de su religión, usos y leyes, y continuada protección. Mayor precisión encontramos en las numerosas encomiendas santiaguistas distribuidas por una gran parte del área territorial del reino de Murcia: pequeñas guarniciones cristianas, formación de colonias agrícolas mudéjares y mantenimiento de la privilegiada condición que se les señalara por el monarca en la capital. Todo era protección, seguridad y promesas no fallidas, con el mismo objeto: el procurar su permanencia para aprovechar su útil, pacífica y barata mano de obra, a lo que se añadía una consecuencia de mayor trascendencia y era su exclusividad trabajadora, en especial en el cultivo de las tierras.

Este proteccionismo castellano, que Alfonso el Sabio extendió de forma general para toda Castilla en las Cortes de Jerez de 1268; no sería igual en todas partes ni pudo tener el mismo carácter en los años siguientes. A pesar de las formales promesas del monarca, mantenidas en términos generales, la emigración musulmana hacia Granada continuó hasta límites insospechados, y ello forzó a tener que variar las condiciones que se habían otorgado en principio. El abandono de las tierras llevó consigo un cambio muy perceptible en la economía entonces imperante, y la mayor afluencia de pobladores cristianos obligó a la ocupación gradual y sistemática del territorio que se les había adjudicado en 1266 y de parte del murado arrabal de la Arrixaca, aunque levantando nuevo muro de separación.

La pérdida de esta favorable situación gravitó también en lo que afectaba a la propiedad, y el mudéjar fue perdiendo paulatina-

mente derechos y libertades, privilegios y franquicias, pasando a convertirse en exáricos, colonos o vasallos de muy distinta condición en los señoríos donde se encontraban avecindados; o a permanecer en sus cada vez más reducidas morerías en los arrabales de las urbes murcianas, dedicados al ejercicio de sus pequeñas industrias, y sobre todo a trabajar en los oficios o servicios de más baja condición, los de simples jornaleros de variada ocupación. Pero siempre conservando sus leyes, gobernados por hombres de su misma raza y manteniendo el culto de su religión. Después, las necesidades y las circunstancias que provocaron la evolución política de Castilla y el incremento de la población cristiana, harían cambiar su situación social y económica en grado muy distinto, unas veces para mejorar y otras, las más, para empeorar.

En el reino de Murcia, antes de que termine el siglo XIII, iban a producirse una serie de acontecimientos que afectarían de forma muy diversa a los mudéjares. La pérdida de atribuciones y prestigio de los reyes moros de la Arrixaca fue rápida, y muy pronto dejó de mencionárseles en los documentos y privilegios rodados castellanos. Sus propiedades fueron también menguando por donaciones voluntarias, expropiaciones y ventas⁴, lo que redujo considerablemente su anterior patrimonio. Como remate de ello, a consecuencia del acuerdo adoptado en las Cortes de Valladolid de 1293, que prohibió a los mudéjares comprar tierras a cristianos y concedía plazo de un año para que vendieran cuantas propiedades conservaran, Fernando IV autorizaba en 1295 a don Abraham Abojac Ibn Hud, último rey que se menciona de los moros de la Arrixaca, para vender las heredades y villas que aún le quedaban. Venta de la villa y término de Fortuna que efectuaba en 3 de junio de 1295 a don Aparicio de Nompot, en nombre de su yerno Guiralt Saurin, por tres mil maravedís, y en la que intervinieron como copropietarios sus hermanos los arraeces Muhamad Abenrrobay, Aboçoltan y Abonage⁵.

4. Ejemplos de estas ventas y donaciones en *Mudéjares murcianos en el siglo XIII*, cit., págs. 15-8.

5. Vid. *Los mudéjares murcianos en el siglo XIII*, pág. 25, y a BENAVIDES, *Memorias de Fernando IV*, II, pág. 559.

EL PRIVILEGIO DE FERNANDO IV.

Las vicisitudes, variaciones y línea quebrada que podemos apreciar en el desarrollo y vivencia de las aljamas mudéjares de Castilla a lo largo del siglo XIII, y especialmente en su fase final, sufre una violenta conmoción a causa de los acontecimientos políticos que se desencadenan sobre Castilla en la menor edad de Fernando IV. Hechos que repercutieron sobre los musulmanes vasallos y que afectaron gravemente a las aljamas mudéjares del sureste castellano, y como consecuencia produjo un considerable descenso de la hasta entonces mayoría mudéjar que residía en el reino de Murcia.

La reanudación de la guerra contra Granada perjudicó a los mudéjares, ya que se renovaron las leyes restrictivas dictadas en Cortes, aunque su promulgación tendría distinto efecto en los lugares en que se aplicaron. Dependía su vigencia total, parcial o su ignorancia de la voluntad del dueño de cada señorío, del concejo de la ciudad en que estaban establecidas las aljamas o del comendador respectivo, y sobre ellas, aun en última instancia, de la decisión del monarca. Todo ello tuvo su contrapartida, especialmente en el reino de Murcia, que por su vecindad geográfica con el territorio granadino y su profusa orografía permitiría el fácil paso de uno a otro reino y, por consiguiente, la emigración hacia Granada, lo que iba a producir una cuantiosa disminución del elemento mudéjar.

Una segunda causa sería la anarquía estatal que se produjo en la menor edad de Fernando IV. A consecuencia de la debilidad del poder central, los territorios castellanos se vieron sujetos a la libre determinación de la voluntad de los más fuertes en cada comarca, cuyas tropelías o exacciones resultaban difíciles de evitar. Como tercer factor influyente, y quizá el más decisivo, hay que señalar la violenta repercusión que tuvo en todos los órdenes de vida la ocupación del reino de Murcia por las fuerzas aragonesas de Jaime II. Ello supuso un largo período de tiempo durante el cual sojuzgaron y dispusieron del territorio murciano como campo conquistado, y en que no se respetaron los pactos, convenios, acuerdos y concesiones hechas anteriormente a los mudéjares.

Al aumentar la opresión social y económica los aragoneses, a los musulmanes murcianos, para escapar del apremio laboral y tributario, no les quedó otro recurso que la migración a Granada. Así

lo prueba el hecho de que al acabar la ocupación aragonesa, el concejo de Mula, que había contado en los años anteriores con una de las más importantes morerías del reino, solicitara de Fernando IV que se le permitiera asentar sesenta casas de moros de otros lugares. A ello se añade otro grave acontecimiento, el de que por la sentencia de Torrellas se dividió el reino de Murcia, pasando su mitad septentrional a Aragón y creándose una nueva frontera castellano-aragonesa en comarcas de amplio porcentaje de viviendas de mudéjares, las cuales, por el antagonismo político de ambos reinos, se vieron durante largo tiempo separadas y con distintas condiciones de vida.

La misma causa que motivó la petición del concejo de Mula a Fernando IV, dio lugar a que el de Murcia representara a su soberano, en el mismo año 1305, el estado en que había quedado su morería y solicitara su amparo y favor para con los que habían quedado en la Arrixaca. El motivo quedaba claramente señalado al decir el concejo murciano que "por razón de las guerras e de los otros males que son acaescidos en tierra de Murcia, la mayor parte de los moros son muertos e los otros fuydos".

Bien informado de cuanto había sucedido y atento en corresponder a la petición murciana, Fernando IV otorgaba en 20 de abril de 1305 un privilegio a los mudéjares murcianos de excepcional interés. Su trascendencia y significado se nos manifiesta tanto en la valoración de las cuantiosas mercedes y franquezas que suponían tal concesión, como por lo que respecta a su intencionalidad y especialmente en tres puntos: libertad de movimientos; libertad en el nombramiento de sus oficiales y en la duración de sus cargos, y libertad también para que las querellas contra los moros fueran juzgadas por sus propios alcaldes y no por otro alguno⁶.

De esta forma nos encontramos al comenzar el siglo XIV con el siguientes estado de cosas: 1.º) Disminución del número de mudéjares: "la tierra es muy despoblada e menguada dellos". 2.º) Reconocimiento de su utilidad: "los muchos e grandes servicios que venian dellos". 3.º) Necesidad de su presencia: "porque los moros que son fuera de mi tierra ayan sabor de venir". 4.º) Confirmación de su derecho y libertad de ser juzgados por sus alcaldes y Zuna:

6. TORRES FONTES, *Los mudéjares murcianos en el siglo XIII*, págs. 32-3.

“que todos los dichos moros sean julgados por su açuna e que ningun christiano nin judio por qualquier oficio que tenga non sea ôsado de judgar entre ellos segun que los dichos moros lo han usado fasta aqui. Otrosy, porque los dichos moros sean mejor guardados en sus derechos e non resçiban tuerto nin agravamiento, tengo por bien e mando que los sus oficiales sean de los moros sus vezinos e de los de su aljama e que los pongan el aljama aquellos que entendièren que sean mas mio servicio e a pro e guarda dellos, e otrosy, que el aljama los pueda remover e poner otros en su lugar... Otrosy, tengo por bien e mando que sy algun christiano o judio oviese querella de moro, quel moro cunpla de derecho ante el alcalde moro, e sy el moro toviere querella de christiano quel faga derecho a poder del alcalde christiano, e esto sea tambien de los moros estraños como de los vezinos, segun que es acostumbrado fasta aqui”.

Otros puntos interesantes contiene este privilegio de Fernando IV, dado en fecha tan significativa como es el año 1305, esto es, entre la sentencia de Torrellas que ponía fin a la ocupación aragonesa del reino de Murcia y su revisión de Elche en el mismo año 1305. Dos de ellos atraen nuestra atención, como son encargar al concejo de Murcia la vigilancia y cumplimiento de estas concesiones y prestación de apoyo y protección a los moros de la Arrixaca, como más interesado en ello, y otro también de trascendencia, y es el que este privilegio sería confirmado en su totalidad y sucesivamente por Enrique II, Juan I, Enrique III, Juan II y Reyes Católicos, lo que indica su vigencia y permanencia.

Lo que fundamentalmente nos pone de manifiesto este privilegio y consiguiente protección del concejo de Murcia y de Fernando IV hacia los mudéjares, ateniéndose a una realidad concreta, es su necesidad. Por otra parte, la supresión del oficioso poder que tenían los descendientes de Ibn Hud, quienes con la venta de sus últimas propiedades desaparecen del escenario mudéjar murciano, hace que la reconstrucción de la aljama de la Arrixaca adquiera un carácter propio y con una función determinada. Desaparecido el poder de los reyes mudéjares y acabada la ocupación aragonesa, los moros murcianos logran el reconocimiento de su aljama, de sus derechos tradicionales, legislación, usos, costumbres, religión, separación, inviolabilidad del arrabal y cuantas medidas se consideraron oportunas para protegerlos y para fomentar su incremento. Protección, segu-

ridad y mercedes encaminadas no sólo a fijar su asentamiento y permanencia, sino a aumentarlo con moros extraños, y por ello, junto a las franquicias concedidas a las viudas y alfaquíes, se indica que "todos los moros que vinieren fasta quatro años sean francos e quitos de las cabeças e dalfaquí".

Otro dato nos aclara el desarrollo de las aljamas y su debilidad, y es la falta de un poder superior, como en los comienzos había existido con Ibn Hud, "el rey moro de la Arrixaca", quien, asistido de los alguaciles mayores y viejos de las aljamas, imponía su autoridad a todas las morerías del reino de Murcia. Jefatura que al mismo tiempo que controlaba la actividad de los mudéjares, servía de nexo, de relación de unas y otras morerías, lo que proporcionaba una cierta igualdad entre ellas y el común mantenimiento y defensa de sus privilegios y concesiones. Con la desaparición de este poder las aljamas se individualizan, pierden la correspondencia y contacto, y cada morería queda al arbitrio de los municipios, Ordenes, Iglesia o señores a quienes se encuentran sometidos por vínculos de vecindad o vasallaje, pese a las decisiones superiores de los reyes de Castilla o acuerdos de Cortes, que no siempre se acatan y menos aún se cumplen.

Esta falta de un poder superior, capaz de unir y defender a todas las morerías del reino en la conservación de sus derechos y concesiones otorgadas, llevó consigo la desigualdad que en adelante iba a existir entre ellas, y el que los mudéjares quedaran sujetos a las coyunturas del tiempo, de la voluntad o capricho de sus dueños o señores y de los acontecimientos políticos castellanos. Frente a este factor negativo, cambiante y caprichoso, nos encontramos como contraposición en los dos siglos siguientes otro enteramente positivo, pues esta minoría indefensa, sin muchos derechos y no siempre mantenidos o reconocidos y sí con obligaciones por lo general exigidas, por su utilidad, necesidad y escasez demográfica castellana, se convierte en elemento precioso, por el que se rivaliza y procura atraer su asentamiento y avicinamiento.

Al disfrutar oficialmente los mudéjares de libertad de movimiento, aunque con ciertas restricciones y con los inconvenientes que los señores solían poner para el disfrute de este privilegio, y por faltar el trabajador cristiano, siempre escaso, más costoso y de menor rendimiento, las ofertas a los mudéjares para su asentamiento

se multiplicaron. Tanto las ciudades, como Ordenes militares, Iglesia o particulares procuraron su atracción mediante la concesión de fueros, cartas pueblas o convenios colectivos en que se disminuían las prestaciones en dinero, especie y trabajos, para procurar con su asistencia el laboreo de sus tierras, acrecentamiento de sus industrias o incremento de la ganadería. Todo ello daría lugar a la creación de verdaderas colonias agrícolas al amparo de las fortalezas o en los arrabales murados de las ciudades; morerías que eran protegidas por su valiosa prestación laboral, como elemento indispensable para el cultivo de las propiedades y señoríos o en el desenvolvimiento cotidiano de la vida ciudadana.

Hemos señalado la falta de unidad entre las aljamas mudéjares de los reinos castellanos, y más en particular en el de Murcia al desaparecer el vínculo unitivo que suponía la soberanía de Ibn Hud. Por ello todas quedan sujetas a las leyes generales del reino, disposiciones cambiantes de los monarcas y de los acuerdos adoptados en Cortes, aunque en realidad su dependencia era más de carácter local, de ciudades, villas, Iglesia, comendadores o señores, que ofrecían su protección por ser indispensables sus servicios. Pero, por valiosos que fueran, esta protección no proporcionaba mucho más de una vida de escasas posibilidades económicas, y que se limitaba a su aislamiento, mantenimiento de su religión, usos, ciertos derechos y costumbres, así como concesiones laborales de no mucho alcance. Fuera de ello, son contados los casos en que los mudéjares pueden desempeñar puestos de mayor trascendencia, como podían ser en la recaudación de las rentas reales o concejiles, donde predominaban los judíos o conversos, por lo que su vida transcurre casi siempre en precario y con escasas posibilidades de auge. Tampoco podemos engañarnos en cuanto a su nivel cultural, ya que con la emigración hacia Granada y Africa primero, y después con la ocupación aragonesa, la cultura musulmana en el reino de Murcia experimenta un retroceso alarmante, sin que en los comienzos del siglo XIV pueda señalarse ni solo nombre mudéjar de valor reconocido, ni siquiera ocupando cargo o desempeñando oficio de mediana importancia.

Hay sólo una necesidad material de su presencia, y esta utilidad de su permanencia, perfectamente apreciada por el rey Sabio, se intenta garantizar con la promesa formal, reiterada y pocas veces

incumplida, de mantenerles su religión y jueces propios. A este fin dispuso Alfonso X el nombramiento de un juez superior, encargado de resolver las discrepancias que pudieran surgir entre ellos en el orden judicial. Y así vemos en *El Espéculo* y en las *Partidas* una disposición referente a las cantidades que debían abonarse por la expedición de títulos en la Cancillería castellana: "E quando fezier viejo mayor, que es segunt los judios e los moros como adelantado, e le pussiere sobre alguna tierra para oir las alzadas, e para librar pleytos, debe dar a tales como este cien maravedis. Mas sil pusiere en alguna aljama señalada, de veinte maravedis" ⁷.

LA EVOLUCIÓN DEL SIGLO XIV

En el siglo XIV no encontramos documento alguno que señale la actividad de un poder superior sobre las aljamas mudéjares, y cuyas atribuciones en el orden judicial abarque a distintas regiones. Tan sólo un Ordenamiento de Enrique II, fechado en Toro a 6 de noviembre de 1369, repite la misma cláusula que ya encontramos en las *Partidas*, referente al pago en Chancillería por el título de distintos oficios, y de ellos el que "Sy fiziere alcalle mayor de los moros de todos los mis rregnos, pague de Chançelleria DC maravedis. Sy fuere para lugar sennalado, pague de Chançelleria LX maravedis" ⁸.

Como puede apreciarse, si bien se mantiene redacción similar a la de Alfonso el Sabio, se modifican dos extremos: uno, el correspondiente a la cantidad a pagar por ambos conceptos, que se triplica, pero que en realidad no supone aumento alguno si se tiene en cuenta la depreciación de la moneda; y otro, más interesante, es la continuación de un juez mayor para alzadas, así como otros menores para determinados lugares, exteriorización de la autoridad real de designación libre, cuando así lo estimare conveniente, de juez mayor o jueces menores entre los mudéjares. Al lado de ello debemos destacar también que el título que se expresa es más significativo y casi definitivo: "alcalle mayor de los moros de todos los mis rregnos".

Otras dos consecuencias podemos deducir de esta decisión real. La duda que implica ese "sy fiziere" de Enrique II, frente al "quan-

7. *Espéculo*, lib. IV, tit. XII, ley 55. *Partida* III, tit. XX, ley VIII.

8. *Cortes de León y Castilla*, II, pág. 233.

do fezier" de Alfonso X, lo que puede significar una indecisión momentánea del primer Trastámara, sólo explicable por su actitud política en los comienzos de su reinado, antagónica de la mantenida por su hermano Pedro I; pero, por otro lado, tenemos también que considerar las profundas reformas que llevaron a cabo en las instituciones los reyes de la Casa de Trastámara.

No se conoce bien la labor de Enrique II y sus sucesores, ni la actividad con que llevaron a cabo la reforma de los organismos estatales, porque un evidente prejuicio ha hecho que sólo se preste atención a su intervención en asuntos políticos, desconociendo una palpable realidad como es el cambio y transformación, en algunos casos casi total, que gradualmente fueron realizando en las Instituciones castellanas; unas veces con la creación de nuevos órganos de mayor eficacia, y otros con la adecuada modificación, atemperándolos a los nuevos tiempos y nuevas necesidades. Reformas que muy pronto cambiarían el derrotero castellano en direcciones muy diferentes, con otra orientación, y que darían lugar al desarrollo de una nueva etapa en la vida castellana, aunque la preponderancia oficial de la nobleza y las cuantiosas, pero obligadas mercedes enriqueñas, oculten esta gradual transformación. Otra cosa es el posible origen e influencia que en esta reorganización hubieran podido tener las instituciones aragonesas, bien conocidas por Enrique II. Pero de lo que no hay duda es de la realidad de este profundo cambio que experimenta Castilla desde mediados del siglo XIV, al superar un período histórico que tiene su fin en el reinado de Alfonso XI, aunque en él se inicia ya el nuevo giro, todavía indeciso y con confusas, pero efectivas manifestaciones, en el de su hijo Pedro I.

Y en este aspecto es también el reinado de Enrique II cuando encontramos por vez primera y de forma concreta la existencia y atribuciones del alcalde mayor de la frontera entre moros y cristianos, aunque sus antecedentes podamos apreciarlos de una forma un tanto vaga en reinados anteriores⁹. De igual forma es legítimo pensar que es en el reinado de este monarca cuando se perfilan las atribuciones y cometido de los alcaldes mayores de las aljamas moras sujetas al señorío castellano, aunque su origen, sin duda, tengamos

9. TORRES FONTES, *El alcalde, entre moros y cristianos del reino de Murcia*, en *Hispania*, 1960, LXXXVIII, págs. 255-280.

que buscarlo en Al-Andalus, y aparezca mencionado por primera vez en el de Alfonso el Sabio. Modificación y actividad que responden a un modo de obrar y a una realidad, ya que el reino de Granada había dejado de ser un objetivo inmediato en la política de Castilla y al mismo tiempo un peligro, por lo que los esfuerzos castellanos se dirigen con preferencia a otras cuestiones exteriores de mayor trascendencia e importancia, olvidando la frontera granadina y su posible influencia y contacto con las aljamas de mudéjares. Lo cual, por el contrario, obligaba a atender, orientar y contentar a la minoría mudéjar, cuya utilidad a nadie se ocultaba, por lo que era preciso asegurar su permanencia y pacífico laborar.

Otra consecuencia de ambas disposiciones reales sobre el juez mayor de los moros de Castilla es que, tanto Alfonso X como Enrique II, mantenían el principio de la soberanía real al conservar la facultad regia de poder nombrar y deponer a los alcaldes mayores, encargados de oír en alzada las sentencias dictadas en los pleitos entre musulmanes. Igual disposición adoptaron para los alcaldes menores en lugares señalados, lo que viene a significar que si bien mantenían el principio de la libre elección de alcaldes menores por las aljamas o por el alcalde mayor, conforme se había reconocido y otorgado por el rey Sabio y sus sucesores en diversas capitulaciones y confirmado repetidas veces en el transcurso del tiempo, esta concesión no anulaba la prerrogativa regia de poder designar libremente otros alcaldes cuando las circunstancias así lo aconsejaran.

Manifestación de estas modificaciones introducidas por Enrique II respecto a la actitud de la realeza con los mudéjares, podemos observarla en la desaparición de las medidas restrictivas adoptadas en tiempos de Sancho IV y confirmadas por Alfonso XI, como fue, entre otras, la de levantar la prohibición decretada por don Sancho acerca de la intervención de jueces separados en las cuestiones entre cristianos y moros. Igual significación tiene otra disposición de Enrique II al conceder a los musulmanes libertad para la adquisición de tierras y sin más obligación que pagar iguales pechos que abonaban a los cristianos. Medidas que se complementarían con el hecho de que los tributos que debían abonar los musulmanes, especialmente la capitación y azaque, fueran recaudados por mudéjares, lo que impedía la intervención de oficiales castellanos y los excesos que con ello se habrían producido; y el mismo fin tuvo el estableci-

miento permanente de una aduana mora, donde los mudéjares hacían efectivo el obligado almojarifazgo independientemente de los cristianos¹⁰.

La disposición alfonsí de que las cuestiones judiciales entre mudéjares fueran juzgadas por alcaldes propios, sería confirmada por todos los reyes posteriores. Valga, por otras muchas, la orden dada por don Alfonso al concejo de Cartagena en 1257, pues si concedió “que los alcaldes de Carthagená ayan poder de judgar todos los pleytos que acayeren entre christianos e moros”, en cambio dispuso que “los pleytos que acayeren de moro a moro de los que fueren moradores en la uilla de Carthagená, que los judgue su alcalde moro, et si los non quisiere judgar, que los alcalles que lo costringan que los judgue segunt su ley”¹¹.

Curioso ejemplo de esta intervención judicial la tenemos en una sentencia dada por el alcalde moro de Alguazas y Alcantarilla, lugares del Obispo y Cabildo de Cartagena, contra el moro Ali Abiza, autor de la muerte de otro moro del mismo lugar de Alcantarilla. El homicida fue preso y puesto bajo poder de Juan García, alcaide cristiano de las torres de Alguazas y Alcantarilla, por orden del Vicario general del Obispado, como representante del Prelado y Cabildo, señores de dichos lugares. En virtud de las disposiciones reales, el Vicario ordenó que el alcaide moro de Alguazas y alcalde moro de ambos lugares inquirieran la verdad de cuanto había sucedido y lo juzgaran conforme a Derecho musulmán. Para este juicio el Vicario designó como representante suyo a Juan Fernández de Madrid, almojarife de Alguazas y Alcantarilla, para que ante su presencia se celebrara el interrogatorio y se dictase sentencia.

En cumplimiento de dicho mandato, el alcaide cristiano entregó el preso a sus jueces, quienes ante un notario y testigos de distintas razas, interrogaron al acusado. El homicida volvió a confesar su crimen, aunque alegando que se encontraba bebido la noche en que lo realizó. Los jueces moros, cumpliendo lo articulado en sus leyes propias, le condenaron a ser decapitado, pero no habiendo encon-

10. FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ, *Estado social de los mudéjares de Castilla*, páginas 208 y 211. Con referencia a *Ord. Real*, lib. VIII, tít. III, ley 31 y tít. I, ley 6.

11. TORRES FONTES, *Los mudéjares murcianos en el siglo XIII*, pág. 31.

trado a ningún moro que supiera hacerlo, ordenaron que fuera ahorcado en la torre de Alcantarilla. Sentencia que ejecutó seguidamente el alcaide moro en presencia del notario, jueces y testigos asistentes. De todo ello el escribano levantó la correspondiente acta para certificar todo cuanto se había dicho y hecho¹².

De esta y otras noticias que conocemos y pueden recogerse del desarrollo de la vida mudéjar murciana en los siglos XIII y XIV, apreciamos que frente a la actitud oficiosa de las Cortes, en donde continuamente se suplicó de los monarcas la imposición de leyes restrictivas para los mudéjares y en las que se equipara en numerosas ocasiones y de forma injusta a judíos y moros, se extrema el proteccionismo de los reyes, ciudades, Ordenes y señores que tenían bajo su jurisdicción aljamas moras. Leyes restrictivas de no mucho alcance y, en general, de corta duración, no por haber sido derogadas, sino por haber caído muy pronto en desuso o no haberse puesto en ejecución. Por el contrario, puede valorarse la decidida protección que se dispensa a las morerías en toda Castilla y, en especial, en aquellos territorios que, como en el reino de Murcia, su actividad no sólo era útil sino indispensable.

Hemos podido también apreciar la benevolencia e interés que Fernando IV mostró hacia los moros de la Arrixaca murciana, atendiendo a una petición del concejo de dicha ciudad. Protección y privilegiadas concesiones que confirmarían los monarcas posteriores, incluso los Reyes Católicos. Pero no se conformó con ello la ciudad de Murcia, pues sus medidas protectoras y de seguridad tuvieron mayor amplitud y largueza. Señala Frutos Baeza¹³, que el alcalde moro de la Arrixaca era favorecido por el concejo cuando tenía que ir a la Corte a reclamar contra algún tributo excesivo o disposición que lesionaba sus legítimos intereses o privilegios. En

12. Apéndice, documento número 1.

13. FRUTOS BAEZA, José, *Bosquejo histórico del Concejo murciano*, pág. 49. Así, por ejemplo, en 2-V-1465 se concedieron mil maravedís a los moros de la Arrixaca para ayuda de los cinco mil que tenían que pagar al Corregidor por orden real, "porque la dicha morería non se acabe de despoblar por la grand quantia que les fue repartida... non aviendo en la dicha morería veynte vezinos". Y en 5-III-1463 el Concejo les concedió una ayuda de seis mil maravedís, "porque son pobres menesterosos e non se vayan a vivir a ctras partes".

igual forma eran atendidos cuando los representantes mudéjares reclamaban contra actos injustos cometidos por cristianos, imponiendo a éstos graves penas. Y acuerdo del mismo concejo, y de gran trascendencia para el mantenimiento de la aljama de la Arrixaca, con objeto de impedir que marcharan a vecinarse a otros lugares o señoríos, sería el de sufragar de los propios municipales el derecho real de capitación y el de azaque que pesaba sobre los mudéjares.

Pero todas estas medidas y acuerdos para mantener su vecindad, no pueden inducirnos a error y deducir por ello una cooperación extremadamente valiosa. Tan sólo puede advertirse en los acuerdos concejiles la necesidad de su trabajo corporal a causa de la baja demografía imperante en todo el reino. Fueron en su mayor parte hortelanos, campesinos y pastores, que pernoctaban en los arrabales murados bajo seguridad de las fortalezas cristianas, y otros grupos menos numerosos, que dedicaban su actividad a bajos oficios menestrales, en que destacaban especialmente los que trabajaban en las industrias de hierro, cerámica, esparto y construcción.

Junto a ellos apreciamos también que la decadencia espiritual y cultural de los mudéjares murcianos, y en general de todos los castellanos, es un hecho concreto, y tan conocido que no puede ponerse en duda. Sólo hallamos en este siglo XIV a unos pocos individuos que, en menor grado que los judíos, practicaban los oficios de físicos, herbolarios, cirujanos y recaudadores de rentas; pero, antes de que acabe el siglo, los mudéjares serían también sustituidos por cristianos en estas actividades. Se mantienen, aunque también en reducido número, los dedicados a la industria de la piel, y se señalan individualidades, un tanto destacadas por sus obras, en la encuadernación de libros concejiles, con repujados de estilo mudéjar, de que nos quedan valiosos testimonios. Por lo demás, sin menospreciar su aportación física y sus conocimientos hortícolas, ninguna intervención de valor puede encontrarse que merezca tenerse en cuenta.

EL SIGLO XV Y LOS ALCALDES MAYORES

El siglo XV nos ofrece otras perspectivas, tanto por el aumento de la documentación existente, como porque en ella encontramos ya menciones concretas y específicas sobre los alcaldes mayores de

las aljamas moras de Castilla. Se mantienen los alcaldes propios al frente de cada aljama local, a quienes sigue correspondiendo su función peculiar de juzgar los pleitos entre moros. Pero en el traslado de una carta real de 1418, en que se mandaba guardar las Ordenes dictadas por Enrique III para moros y judíos, hallamos entre los solicitantes de dicho traslado a Muhammad Alfajar, "alcalde mayor que se dice de las aljamas de los dichos moros" ¹⁴.

Así, de forma indirecta, encontramos por primera vez noticias concretas de la existencia y actividad de un alcalde mayor de los moros, que hasta entonces sólo habíamos visto anunciada en leyes de Alfonso X y Enrique II, sin que podamos saber si se efectuaron nombramientos o se ejerciera esta función. Esta falta de noticias no supone que no los hubiera, sino tan sólo que carecemos de datos, aunque el desenvolvimiento mudéjar presupone su ineficacia o inexistencia, porque si bien se anuncia la necesidad de su efectividad oficial y se incluye en la organización estatal, quizá por el desenvolvimiento histórico de Castilla no tuvo lugar su designación y actividad.

Sin intentar argumentar en el sentido de que debemos considerar a Muhammad Alfajar como el primer alcalde mayor efectivo de los moros, sí podemos valorar las circunstancias políticas anteriores en estos primeros años del siglo xv y últimos del xiv, para deducir su necesidad. En estos años había tenido lugar la cruenta persecución contra judíos y moros por un lado, y por otro en la menor edad de Juan II se dictaron las célebres Ordenanzas de doña Catalina, aunque por las distintas tendencias de los regentes no tuvieron efectividad total en Castilla, ni aun después de la muerte de don Fernando, hasta 1418, en que fallece la reina madre. Es este año una fecha crucial para judíos y moros, puesto que varía la política real de restricciones y persecuciones más o menos encubiertas, por una política de amplia tolerancia. Año en que encontramos el primer nombre conocido de un alcalde mayor de los moros y en que se denota su intervención y actividad en favor de sus hermanos de raza y religión.

Conviene también tener en cuenta que el siglo xv lleva consigo un nuevo factor favorable al desenvolvimiento mudéjar. Existe una

14. Arch. Mun. Murcia. Actas Capitulares, sesión de 5-XII-1418.

tendencia, cada vez más amplia, hacia la adquisición de tierras y a su explotación, ocasionada en gran parte por el aumento de los precios agrícolas. Son muchos los pequeños señoríos que vuelven a repoblarse o que se constituyen de nuevo, y en ambos casos la puesta en marcha de la explotación sólo puede realizarse con el asentamiento en ellos de familias mudéjares. Esta revalorización de los precios agrícolas, concentración de la propiedad y formación de señoríos, que es en suma la renovación de la olvidada o descuidada explotación del suelo, iba a ser posible por el trabajo de los mudéjares, que acudían a ellos por las mayores facilidades y privilegios que encontraban, así como por la tendencia existente entre los musulmanes de alejarse de las grandes poblaciones después de las persecuciones sufridas y las restricciones impuestas en los años finales del siglo XIV y comienzos del XV.

Este deseo de volver a poner en cultivo las abandonadas tierras y de formar señoríos en virtud de las tendencias histórico-sociales que imperan en este siglo, tanto por la multiplicación en la institución de mayorazgos como por el aumento de los precios agrícolas, que son los factores preponderantes en este orden de cosas, produjo la competencia, la demanda del elemento preciso para sostener el señorío, para hacerlo productivo, que sólo podría encontrarse en el mudéjar. Al disfrutar los musulmanes de libertad de movimiento, no ya por territorio castellano, sino peninsular, puesto que son frecuentes los traslados de las aljamas aragonesas a las murcianas, naturalmente acudían a avecindarse en aquellos señoríos, villas o ciudades que mejores perspectivas en todo orden de cosas podían ofrecerles. De ello nace otra consecuencia y es la cuantiosa serie de fueros, cartas pueblas y privilegios que se otorgan en estos años, que no son otra cosa que formales ofertas para atraer a este elemento valioso e indispensable y procurar su asentamiento.

Son numerosos los ejemplos que podríamos ofrecer de constitución de señoríos o de repoblación de ellos a todo lo largo del siglo XV en el reino de Murcia. Entre ellos es decisivo el de Abanilla, abandonado y despoblado en los últimos años del siglo XIV y que en 1422 se repuebla en virtud de un fuero que otorga su señor Rodrigo de Avellaneda, cuyas cláusulas se renuevan casi por igual en 1483 por la Orden de Calatrava, al pasar a sus propiedades Aba-

nilla y firmarse un contrato, concordia u ordenanza que concertaron el comendador Diego López de Padilla y el concejo de Abanilla ¹⁵.

Lo mismo podemos ver en otros poblados murcianos, pero preferimos detenernos momentáneamente en Fortuna, aldea de la ciudad de Murcia, que por su dependencia de la capital tuvo que regularse con mayor orden y al tanto de las disposiciones reales y concejiles, y que en sí tiene un carácter mixto. Abandonada también en el siglo XIV, la antigua posesión de los reyes moros de Murcia fue entregada a censo en 1404 al vecino Lope García de Zafra. Entre otras cláusulas, cabe destacar: el que en un plazo de tres años levantara torre y fortaleza y condujera el agua de los baños a la huerta; cosa que antes de que se cumpliera el plazo previsto había efectuado. Dos años después, ante el auge y semindependencia en que vivía Fortuna, el concejo murciano envió a varios representantes suyos para efectuar actos de jurisdicción y para informarse de su situación. Presentados en Fortuna los delegados concejiles, efectuaron la designación de un alcalde, alguacil y almotacén entre los cristianos que vivían en el lugar, como representantes de los de igual cargo en la capital; al mismo tiempo, nombraron un alcalde moro para librar los pleitos entre moros, así como entre moros y cristianos, y un alcalde también musulmán. Pero lo más interesante es que en el concierto de concesión de Fortuna a censo enfitéutico se estipulaba que en plazo no superior a quince años debería contar con un mínimo de quince vecinos, y obligadamente que más de la mitad de este número tendrían que ser cristianos. Seis años después, el censatario, titulándose señor de Fortuna, probó que en ella estaban asentados trece cristianos y veinticinco mudéjares con sus respectivas familias, por lo que la ciudad hizo contar en sus actas el cumplimiento de su compromiso.

Diferencia de número entre cristianos y mudéjares y explicación del momentáneo auge de Fortuna, que son buen ejemplo de estos años de prosperidad de los señoríos. También resulta significativo que el nombramiento de alcalde moro lo realicen los delegados del municipio murciano, sin que intervenga el alcalde moro de la Arrixaca, ni lo efectúen los propios mudéjares conforme estaba ordenado por las disposiciones reales. Usurpación de funciones que se

15. TORRES FONTES, *El señorío de Abanilla*, Murcia, 1962, *passim*.

repetiría regularmente en todo el ámbito castellano, y que en este caso no tiene trascendencia a causa del corto número de mudéjares avencidados en Fortuna, donde es más que seguro que no se habían constituido en aljama ¹⁶.

A esta revalorización de la aportación mudéjar, de lo que significa su presencia y trabajo en el aspecto económico, se une también una ordenación de su vida, de sus derechos y deberes, no siempre respetados por los propietarios de los señoríos. Tras el impacto de las persecuciones y matanzas de los últimos años del siglo XIV, de las predicaciones y conversiones logradas por San Vicente Ferrer y de las leyes discriminatorias y restrictivas de doña Catalina, las medidas fueron suavizándose a la muerte de la reina madre, y este año 1418 puede servir de hito para señalar el comienzo de un nuevo período en la vida de los mudéjares castellanos. Se regulariza su actividad, se les protege y asegura por escrito y de manera oficial y se procura su asentamiento en los señoríos de muy diversas formas. Las concesiones son copiosas y de distinta graduación, en que indudablemente influye la situación geográfica, política, económica y demográfica de cada comarca y de cada región.

A esta reorganización responde la compilación de las *Leyes de Moros*, que a sentir de sus editores fueron confeccionadas en los comienzos del siglo XV y de la que fue autor Muhammad el Xartosí. Leyes ordenadas, según parece, para servir y regir los pleitos que se entablaran en las aljamas ¹⁷.

16. Arch. Mun. Murcia, Actas Capitulares, 1.406 y 1.410.

17. *Memorial Histórico Español*, t. V. Es forzoso insistir en la trascendencia que el año 1418 representa para la evolución político-social de los mudéjares. La Ordenanza de doña Catalina de 1412 les suprimía el privilegio que hasta entonces habían tenido de nombrar alcaldes propios que librarán sus pleitos. El apartado 7.º de la Ordenanza disponía que en adelante serían los alcaldes cristianos los encargados de juzgarles, aunque conforme a sus leyes propias. También se coartaba la libertad de movimiento o el traslado de vecindad, y se les vedaba el ejercicio de numerosos oficios. Ordenamiento tan riguroso, sobre todo, para los mudéjares, que don Fernando no permitió su vigencia en la provincia que administraba. Y no sólo fue el Infante, pues la ciudad de Murcia, cuyo Concejo intentó mantener la Ordenanza de doña Catalina, tuvo que dejar sin efecto algunos de sus artículos ante la apremiante necesidad de resolver distintos problemas. Temeroso de incurrir en las posibles represalias de algunos señores, el alcalde moro de la Arrixaca dejó

LOS PRIMEROS ALCALDES

A este casi desconocido Muhammad Alfajar, también en el reinado de Juan II, iba a sucederle probablemente don Yahya de Belvís, alcalde mayor de las aljamas de moros en Castilla, en su misión de juzgar las apelaciones de las sentencias dictadas por los alcaldes moros locales. Pero a igual que con Muhammad Alfajar, de don Yahya sólo conocemos su existencia y usufructo del cargo por una referencia que de él hacían los Reyes Católicos al designar años más adelante para el mismo cargo a su hijo don Farax de Belvís.

Mayores conocimientos nos quedan de un tercer alcalde mayor, quien es muy posible que su actividad se desarrollara igualmente en los años que reina Juan II en Castilla. Una carta de don Muhammad ibn Yusuf al-Qasy de Toledo, alcalde mayor de las aljamas de Castilla, publicada por el Dr. Sáez¹⁸, es la única fuente que tenemos, pero suficiente para conocer con mayor detenimiento no sólo su ejercicio del cargo, sino también algunas de sus atribuciones y cometido. Su editor sitúa cronológicamente la redacción de esta carta entre los años 1414-1440, basándose para ello en las referencias que se hacen de un Pedro Carrillo, puesto que no aparece otra datación que la fecha 7 de noviembre, si bien es posible ampliar este período por las causas que indicamos más adelante. La carta está dirigida al concejo de Sepúlveda y en ella don Muhammad ibn Yusuf al-Qasy manifiesta que, atendiendo sus reclamaciones, había dejado sin efecto el nombramiento que anteriormente había efectuado de don Alí de Montejo como alcalde de los moros de dicha villa, y ordenaba que acudieran en sus querellas ante don Içam, su alcalde en la ciudad de Segovia.

Explicaba don Muhammad que el nombramiento de don Alí de

de intervenir en los asuntos concernientes a su oficio, y ello ocasionó perturbaciones de todas clases. El arrendador real del almojarifazgo se quejó ante el Concejo de que por esta causa no cobraba las rentas reales, y en especial hacía mención de que no se tramitaba la sucesión de los moros fallecidos, responsabilizando a los regidores por ello. El Concejo dio orden a Ahmed, alcalde de la Arrixaca, para que volviera a ejercer su oficio, como en efecto lo hizo, aunque pidiendo testimonio notarial de esta disposición concejil (*Moros, judíos y conversos*, cit., págs. 68-70).

18. SÁEZ SÁNCHEZ, Emilio, *Colección diplomática de Sepúlveda*, Pamplona, 1956, págs. 536-8, doc. núm. 161.

Montejo como alcalde de los moros de Sepúlveda y de algunos otros lugares de su comarca, lo había efectuado atendiendo la recomendación de algunos nobles, entre ellos de Pedro Carrillo, por habersele dicho que no tenían alcalde moro. Y que por esta causa, cuando fallecían algunos moros o moras y dejaban hijos menores de edad, no existiendo juez moro que se preocupara de repartir la herencia entre el cónyuge viudo y los hijos, el supérstite tomaba todo para sí y lo daba al nuevo cónyuge en su posterior matrimonio, lo que ocasionaba que los hijos del anterior matrimonio, cuando alcanzaban la mayoría de edad, quedaban sin recibir su legítima herencia¹⁹. Al mismo tiempo, la falta de alcalde motivaba que las pequeñas deudas no se satisficieran, pues por su escasa cuantía nadie intentaba reclamarlas judicialmente por no tener que desplazarse a lugares lejanos, ya que los gastos que ello hubiera ocasionado serían mayores que la cantidad no cobrada. Como ejemplo de ello, don Muhammad citaba el caso de una mora viuda que vivía en Sepúlveda, de quien entendía que sus hijos no heredarían nada de lo que había sido de su padre cuando fueran mayores.

Terminaba el alcalde mayor su larga misiva justificando la designación de don Alí, porque al enviarle para resolver los asuntos pendientes y ser obedecido, entendió conveniente efectuar su nombramiento como alcalde de la aljama de dicha villa. Por último, manifestaba que atendiendo la petición de que querían tener como juez al que él había puesto en Segovia, sin tener en cuenta los requerimientos de muchos nobles, acordaba satisfacer su solicitud y ordenaba que resolvieran sus cuestiones ante el alfaquí don Içam, su alcalde de Segovia, y anunciando su intención de dar otro cargo a don Alí de Montejo.

Ninguna otra noticia directa tenemos de don Muhammed ibn Yusuf al-Qasy de Toledo, pero otros datos podemos añadir como ampliación al conocimiento de su actividad jurídica entre los mudéjares castellanos en este tiempo. Por una parte, ampliar el período

19. LÓPEZ ORTIZ, José, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, "Col. Labor" 322, pág. 69, señala que las atribuciones del cadí se extendían no sólo al conocimiento y resolución de los litigios planteados ante su tribunal, sino que incluida en su jurisdicción otras actividades voluntarias, tanto de gobierno como administrativas, y entre ellas el "proveer de tutela a los menores e incapacitados".

cronológico en que se puede incluir la redacción de esta carta, toda vez que si el Pedro Carrillo que en ella se menciona se refiere a Pedro Carrillo de Huete, el cronista de Juan II y su halconero mayor, nos consta documentalmente que todavía vivía en el año 1447²⁰, e incluso algunos años después²¹. Esta ampliación cronológica está acorde con la también posible identificación de don Içam, el alcalde moro de Segovia. Se trata probablemente de don Iça Gébir o Gedih (Isa Benchébir para González Palencia), el alfaquí de Segovia, autor del *Alquiteb segoviano, breviario suni*, que es un resumen de moral y de derecho, compendio de la Sunna, y que abarca al mismo tiempo la parte religiosa y civil del Corán²².

Este *Breviario Cunní*, que debió tener gran difusión, conforme puede deducirse de las distintas copias existentes, fue puesto en castellano para su uso por todos los mudéjares castellanos por don Iça, quien se titula "muftí, alfaquí mayor de los muçilimes de Castilla, alimen de la muy onrrada alchama de Segobia en l'almazchid de la dicha ciudad, en el año de mill quatrocientos y sessenta y dos"²².

También en el reinado de Enrique IV hubo otros alcaldes mayores de las aljamas de mudéjares, aunque no tengamos testimonio documental directo de ello, pero cuya existencia nos la confirman varias cartas de los Reyes Católicos. Concretamente, sólo podemos referirnos a uno llamado Lope Carpintero, o Lope, carpintero, vecino de Madrid, que fue alcalde mayor de las aljamas moras de Toledo. Igualmente, nos consta que Enrique IV efectuó este nombramiento a causa de que el Municipio toledano, alegando una supuesta renuncia hecha voluntariamente por los mudéjares en su favor, se había hecho cargo de la alcaldía mayor, no respetando las

20. SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, *Un libro de asientos de Juan II, en Hispania*, LXVIII, pág. 364.

21. TORRES FONTES, *El halconero y los halcones de Juan II, de Castilla*, en *Murgetana*, 1961, XV, págs. 9-20.

22. GONZÁLEZ PALENCIA, *Historia de la Literatura arábigo-española*, Barcelona, 1928, "Col. Labor", núms. 164-5, pág. 279.

23. Publicado en *Memorial Histórico Español*, t. V. Conforme indica el P. López Ortiz, muftí es el alfaquí que asesora en el orden jurídico imparcialmente al juez, interesado no en defender a las partes, sino en el cumplimiento de la Ley divina.

disposiciones reales, reiteradas veces confirmadas, en que se ordenaba que los pleitos entre moros sólo pudieran ser juzgados por sus propios alcaldes. Actitud concejil que se mantuvo durante algunos años al no acatar la designación hecha por Enrique IV a favor de Lope Carpintero, como alcalde mayor de todas las aljamas mudéjares de Toledo.

BAJO EL GOBIERNO DE LOS REYES CATÓLICOS

En 17 de enero de 1475, a los muy pocos días de subir al trono castellano, los Reyes Católicos nombraban a don Abraham Xarafi como alcalde mayor de todas las aljamas moras de Castilla. Esta designación, que realizaban los Reyes en días en que tantos otros asuntos y de mayor trascendencia tenían que resolver para asegurarse la sucesión de Enrique IV, no tiene otra justificación que la de la importancia de la persona que había intervenido en su favor. En su carta los Reyes manifestaban que atendiendo la petición de don Alfonso Carrillo, su tío, arzobispo de Toledo, primado de las Españas y chanciller mayor de Castilla, y al mismo tiempo en recompensa de los servicios prestados por don Abraham, alfaquí, físico y criado de dicho arzobispo, le otorgaban la alcaldía mayor de las aljamas de moros de Castilla y la escribanía perteneciente a dicho oficio. Resulta, por tanto, este nombramiento una atención inmediata de los Reyes hacia el arzobispo de Toledo, a quien tanto debían, y que efectuaban sin concederle mayor trascendencia que la de atender a su fervoroso valedor. No puede significar otra cosa, y no podemos encontrar en este nombramiento una decisión, un propósito firme y meditado hacia el mantenimiento de la justicia entre los mudéjares, ni intención de efectuar por entonces la reforma o adecuada organización de esta institución mudéjar²⁴.

Son también escasos los datos que nos proporciona esta carta para enjuiciar la personalidad del nuevo alcalde mayor. Es posible pensar que don Abraham no era un advenedizo más, que aprovechara la favorable coyuntura de la poderosa influencia de su protector para lograr tan alto como codiciado puesto. Sin duda alguna, don Abraham debía tener estrecha relación familiar con el Alí Xarafi ibn

24. Apéndice, doc. núm. 2.

Muhammad, vecino de Alcalá, —el centro residencial del arzobispo de Toledo—, a quien el Cabildo toledano concedía en 12 de junio de 1351 un censo sobre una casa que Alí tenía en Alcalá. En esta carta de concesión se menciona que dicha casa lindaba con otras de don Ahmed Xaraffi, “moro allcall de los moros”, y se inserta también la licencia del arzobispo don Gonzalo al Cabildo toledano para hacer la cesión de dicho censo. Nombres, residencia, cargo y valedor que señalan la continuidad familiar y justifican los favorables antecedentes de don Abraham Xarafi para el nombramiento y desempeño de la alcaldía mayor de las aljamas de moros de Castilla ²⁵.

Esta carta real tiene para nosotros indudable interés, pues junto a proporcionarnos el nombre del primer alcalde mayor de las aljamas moras de Castilla bajo el gobierno de Fernando e Isabel, nos facilita también el conocimiento de algunas de sus prerrogativas. Al concederse a don Abraham la escribanía adjunta a dicha alcaldía mayor, nos hace pensar que la aspiración del alfaquí, físico y criado del arzobispo de Toledo no se conformaba con la continuidad familiar en el desempeño de dicha magistratura, sino que lograba, junto a la autoridad, exenciones y representación que podía ofrecerle dicho cargo, los cuantiosos ingresos que en el aspecto económico podían reportar ambos oficios.

Esta alcaldía mayor, tribunal de alzada de las sentencias dictadas por los jueces locales, abarcaba tanto los asuntos civiles como criminales, en los juicios mantenidos entre moros y juzgados según Derecho musulmán, por su Xara y Zuna, como dicen los documentos. Al mismo tiempo se especificaba en el nombramiento de don Abraham que las sentencias pronunciadas por el alcalde mayor o sus lugartenientes, deberían ser llevadas a debido cumplimiento y

25. FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ, Francisco, *Estado social y político de los mudéjares de Castilla*, Madrid, 1886, pág. 383. No podemos incluir a don Ahmed Xarafi como alcalde mayor, puesto que falta este adjetivo a su título en el documento. Si efectivamente lo fue, resultaría entonces el primer alcalde mayor de Castilla, de quien nos quedan noticias. Debemos tener en cuenta que tanto antes, como poco después, esto es, con Alfonso X y Enrique II, se hace mención de la existencia de este oficio al cifrar la cantidad que debían abonar en la Chancillería por su obtención.

efecto, incluso por los alguaciles y ejecutores cristianos, así como su derecho a exigir el pago de sus haberes y costas judiciales.

Otra de las prerrogativas anejas a dicho oficio, conforme se expresa en esta carta, era la facultad que tenían los alcaldes mayores para nombrar alcaldes locales en cada villa, ciudad o comarca, sujetos siempre a su autoridad. Igualmente, insistían los Reyes en que todas las sentencias dictadas o pronunciadas por los jueces menores no podían ser vistas en alzada nada más que por alcalde mayor, prohibiendo la intervención de los jueces cristianos, cualquiera que fuese su cargo o atribuciones. Por otro lado, también se especificaba que contra el fallo de una sentencia dada por el alcalde mayor en grado de apelación, no quedaba otro recurso a los disconformes que la vía de suplicación ante los propios monarcas o ante su Consejo real.

Los Reyes, como afirmación de su deseo de favorecer a don Abraham y de proporcionarle la adecuada seguridad, hacían constar que anulaban cualquier sentencia pronunciada por jueces moros o cristianos en grado de apelación que no hubiera sido autorizado su estudio y enjuiciamiento por don Abraham. Al mismo tiempo, los Reyes dejaban sin efecto los nombramientos que ellos o sus antecesores hubieran hecho anteriormente de alcaldes mayores.

Esta autoridad del alcalde mayor alcanzaba a poder designar lugartenientes para oír los recursos de alzada, para inspeccionar o trasladarse a cualquier comarca o villa y para destituir o cambiar a los jueces menores. Y no deja de ser curioso la importancia que en el orden económico debía tener la escribanía aneja a dicho cargo, cuya exclusividad permitiría obtener saneados ingresos.

Pero la designación de don Abraham Xarafí no iba a tener efectos muy duraderos, pues enemistado el arzobispo de Toledo con los Reyes, al tomar partido por la facción que defendía la candidatura de la hija de Enrique IV, los monarcas revocaron su anterior merced, otorgada tan sólo por los impetuosos ruegos de don Alfonso Carrillo, en momentos en que nada podían negarle.

En carta de 20 de octubre de 1475²⁶, los Reyes Católicos, sin hacer expresa mención de la anterior concesión otorgada a don Abraham Xarafí ocho meses atrás, pero sí del desempeño de dicho

26. Apéndice, doc. núm. 3.

oficio y de la existencia de otros alcaldes mayores en los reinados de Juan II, Enrique IV y en el suyo mismo, manifestaban que reconociendo los justos derechos de don Farax de Belvís, moro vecino de Guadalajara, al desempeño y título de alcalde mayor de las aljamas de moros de Castilla, habían acordado designarle para tal cargo. Como justificación de los derechos alegados por don Farax, los monarcas castellanos recordaban que su padre, don Yahya de Belvís, había sido nombrado por disposición de Juan II y desempeñado dicho oficio hasta su muerte.

Lo mismo que don Abraham Xarafi había obtenido la alcaldía mayor por solicitud y ruego del arzobispo de Toledo, ahora don Farax de Belvís lograba su designación por la efectiva recomendación de don Diego Hurtado de Mendoza, duque del Infantado, marqués de Santillana y conde del Real de Manzanares, también deudo de los Reyes, del su Consejo y fiel defensor de sus derechos al trono castellano. Por muchas causas, indicándolo así, los Reyes exponían que considerando a don Farax con capacidad suficiente para el desempeño de dicho oficio, efectuaban su nombramiento y le otorgaban plena autoridad y todas las atribuciones propias del cargo.

Esta concesión tenía mayor alcance que las anteriores, pues no sólo se otorgaba el cargo a don Farax en forma igual a como lo había disfrutado su padre en el reinado de Juan II, sino que los Reyes le aseguraban la sucesión en dicho oficio a su muerte en su hijo don Yahya de Belvís, y con iguales prerrogativas que había tenido su padre y se le otorgaban a él mismo.

Pero no todo fue fácil para don Farax, porque no sería obedecido en toda Castilla. Este hecho motivó que en 31 de agosto de 1476 la reina Isabel escribiera a la ciudad de Toledo para exigir el cumplimiento de la merced que había hecho a don Farax. El municipio toledano no reconoció la autoridad de don Farax, y bajo el pretexto de una supuesta renuncia de las aljamas moras de dicha ciudad, que ellos denominaban voluntaria, usurpó las atribuciones del alcalde mayor y no permitiría que Farax ejerciera su cargo ni pudiera lograr que se reconociera su derecho y autoridad. Contra esta intromisión concejil protestó don Farax ante los Reyes, exponiendo que si era verdad que las aljamas de moros de Toledo habían hecho semejante renuncia, ésta no tendría valor, ya que nun-

ca lo pudieron hacer legalmente por no tener derecho a ello. Así lo reconocían los soberanos castellanos, pues la alcaldía mayor de Toledo pertenecía al alcalde mayor de todas las aljamas, por lo que la supuesta dejación hecha a favor del municipio toledano no podía tener efecto legal.

En esta sobrecarta la reina Isabel ordenaba el cumplimiento de la merced que anteriormente había hecho a favor de don Farax, a la vez que ratificaba su nombramiento como alcalde mayor de las aljamas de moros en Castilla. Motivos más que suficientes para no tomar en consideración las razones expuestas por los regidores de Toledo, por la ilegalidad de semejante renuncia. También rechazaba la Reina Católica otra alegación toledana para justificar su negativa a la aceptación de don Farax. Señalaban que Enrique IV había nombrado a un Lope Carpintero, moro vecino de Madrid, como alcalde mayor de las aljamas de moros de Toledo, con posterioridad a dicha renuncia de las aljamas, por lo que no le habían reconocido. Revocó la reina tal nombramiento por los mismos motivos, e insistió en que se cumpliera su orden de que acataran la autoridad única de don Farax de Belvís.

Todas estas justificaciones y promesas de los Reyes para don Farax y en un futuro inmediato para su hijo Yahya de Belvís, quedaron sin fuerza legal poco después. En un plazo inferior a cinco años, don Farax perdió su alcaldía mayor. Los Reyes, olvidando su promesa, designaron por tercera vez a un nuevo alcalde mayor de las aljamas moras de Castilla. Esta vez el beneficiario fue maestro Lope, vecino de Madrid, y "obrero mayor de nuestras obras"²⁷. Nombramiento que había sido realizado con anterioridad a 9 de febrero de 1480, toda vez que la carta de doña Isabel en esta fecha estaba motivada por una queja de maestro Lope, quien le había expuesto que las aljamas de Segovia no habían querido reconocer su autoridad bajo diversas excusas, entre ellas el que no tuvieron alcalde mayor en el reinado de Enrique IV. La disposición real fue la de ordenar a las autoridades segovianas que apremiaran a las aljamas de la ciudad para que acataran y obedecieran a maestro Lope como su alcalde mayor.

Con este maestro Lope se acaban las noticias que tenemos de

27. Apéndice, doc. núm 4.

los alcaldes mayores de las aljamas de moros de Castilla. También carecemos de datos en lo que afecta a su personalidad y al desempeño de su cargo, ya que al parecer no puede identificarse con el Lope, carpintero, a quien Enrique IV otorgó años antes la alcaldía mayor de las aljamas de Toledo.

Frente a esta carencia de datos podemos observar, en cambio, cómo los Reyes Católicos, a igual que sus antecesores y algunas ciudades y señores, no respetaron sus propias disposiciones ni las atribuciones concedidas a estos alcaldes mayores. La manifestación más concreta de este intervencionismo real se muestra en la libre y directa designación que repetidas veces hicieron de alcaldes mayores para algunas poblaciones, comarcas o señoríos. Tal es, por ejemplo, la merced que en 1480 hicieron a Ahmed de Torre, herrador, vecino de Aranda, como alcalde de la aljama de moros de dicha villa, en la vacante producida por fallecimiento de Abd Allah Nuño. Merced que confirmaron seis años más tarde al tener que insistir en que se le recibiera en dicho oficio²⁸. Igual decisión mostrarían los Reyes al confirmar la merced otorgada por Enrique IV a don Gutierre de Solís, conde de Coria, de la alcaldía de moros, judíos y cristianos de la villa de Cáceres²⁹. Al lado de éstas encontramos una carta real de 1476, en la que se tenía en cuenta las repetidas disposiciones dadas en este sentido; es la suspensión a Diego Pizarro, vecino de Trujillo, en el desempeño de la alcaldía de judíos y moros de dicha villa, atendiendo a la protesta de las aljamas, y encargando al Consejo real su estudio y decisión sobre la validez o nulidad de dicho nombramiento³⁰.

Distinto significado tienen otros nombramientos efectuados años después. Cuando el julio de 1488 la reina Isabel se dirigía al corregidor de Ronda y al pesquisidor de Marbella para ordenarles que partiesen los derechos que percibían por la administración de la justicia con Alí Dordux, alcalde de los moros mudéjares de ambas po-

28. El nombramiento en Córdoba, 16-V-1480. La sobrecarta en Valladolid, 3-VI-1486 (Arch. G. Simancas, Registro G. del Sello, IV, fol. 148).

29. La carta de Enrique IV en Trujillo, 29-IX-1469, y la confirmación de los Reyes Católicos en Valladolid, 4-IV-1475 (Arch. G. Simancas, Registro G. del Sello, I, pág. 388).

30. En Valladolid, 25-V-1476 (A. G. Simancas, Registro G. Sello, I, página 346).

blaciones, en su carta nos da a conocer una división de la administración de la justicia, pues en tanto que Alí Dordux se ocupaba de todos los asuntos civiles referentes a los musulmanes, las justicias cristianas resolvían los asuntos penales concernientes a los mudéjares. La autoridad de Alí Dordux se extendía también a Málaga y Vélez-Málaga, y su actuación estuvo directamente relacionada con la capitulación de Málaga; de ella nos proporciona valioso testimonio Andrés Bernáldez en su Crónica. También hay que tener en cuenta que eran territorios que acababan de conquistarse, y el régimen y medidas que hubo que adoptar eran muy diferentes de los que se mantuvieron durante siglos con los mudéjares de Castilla³¹.

Este mismo sentido tienen los nombramientos de Muhammad y Alí Abduladín como alguacil y alcalde mayor, respectivamente, en los lugares de los Vélez, Sierra de Filabres, comarca del río Almanzora y Hoya de Baza, con autoridad para entender en los pleitos y causas civiles que se promovieran entre moros³². La conquista de estos lugares se había efectuado en el mismo año 1488, por lo que los nombramientos fueron inmediatos a la ocupación de estos lugares. Y como podemos observar antes con Málaga y su comarca, y ahora en toda esta región almeriense, los nombramientos de alcaldes se realizaban para poder juzgar tan sólo los asuntos civiles, quedando los criminales sometidos a la autoridad de las justicias cristianas. En cambio, en los anteriores nombramientos de alcaldes mayores de las aljamas de moros de Castilla, las atribuciones que se les concedían abarcaban por entero los asuntos civiles y criminales. El tiempo, las circunstancias y la situación geográfica de dichas comarcas forzaron a introducir estas modificaciones³³.

31. Ambas cartas en Murcia, 22-VII-1488 (A. G. Simancas, Registro G. del Sello, V, fols. 200-1).

32. La carta en Murcia, 22-VII-1488 (Arch. G. Simancas, Registro G. del Sello, V, fols. 217 y 222).

33. La ocupación de numerosas poblaciones granadinas en las campañas que ininterrumpidamente sostuvieron los Reyes Católicos hasta la total conquista del reino de Granada, forzaron a otorgar capitulaciones y adoptar nuevas medidas, tanto por asegurar la posesión de las plazas conquistadas y que se incorporaban a Castilla, como por la influencia y ejemplo que estas concesiones podían tener en los territorios que aún quedaban en poder de los granadinos. De aquí las variaciones impuestas y la diferencia de trato, de concesiones o de evacuación de poblaciones, conforme al desarrollo de los

Hechos y necesidades que explican el que la jurisdicción del alcalde mayor de las aljamas moras de Castilla no se extendiera a estos territorios. Aún más, no volvemos a encontrar mención alguna de esta institución mudéjar, y no sería de extrañar su desaparición. Los acontecimientos, y en especial la guerra de Granada, habían puesto de manifiesto la superioridad castellana y al mismo tiempo públicamente se expuso el propósito de acabar definitivamente con los últimos vestigios de independencia de los musulmanes andaluces. No había, pues, motivo para mantener este estado de cosas, y los mudéjares, como tales, desaparecerían en los comienzos del siglo XVI bajo el imperativo de marchar fuera de la Península o de conversión, de su paso a moriscos, con lo que el trato, los privilegios, las concesiones otorgadas anteriormente como minoría racial, oficialmente reconocida y privilegiada, desaparecen.

No es exclusiva de Castilla esta institución, pues nos consta su existencia en la Corona de Aragón, donde también abundaban las morerías, tanto en el reino de Aragón como en el de Valencia, y, especialmente, por su alejamiento de los cristianos, son de destacar las existentes en la gobernación de Orihuela. Francisco Macho nos testimonia que en Aragón había un "tribunal del alcadí general de los reinos de Aragón, Valencia y Cataluña", cargo vitalicio, nombrado por el rey, y que entendía en las apelaciones³⁴.

Estas son las noticias que hemos podido recoger respecto a los alcaldes mayores de las aljamas de mudéjares en Castilla. Indudablemente, su introducción en Castilla, ya reconocida su existencia por Alfonso X en al *Espéculo* y en las *Partidas*, responde a la misma institución existente en los territorios de dominación musulmana. Su origen se encuentra en el *cadi al coda*, el *cadi* de los *cadíes* o *cadi* de la aljama, título que, como indica el P. López Ortiz, acontecimientos. Ejemplo de ello es la constitución de la aljama granadina a poco de la conquista de la capital de conformidad con las capitulaciones. Por cierto que en la lista de sus componentes encontramos nombres como los muftíes Muhammad el Pequenni, Farax el Bastí y Muhammad Abenfar, lo mismo que el intérprete llamado el Xarafí, que nos dejan en la duda de si algunos de ellos pudieran identificarse con los que anteriormente habían ocupado la alcaldía mayor de Castilla (*Codoín*, XI, 181).

34. MACHO Y ORTEGA, Francisco, *Condición social de los mudéjares aragoneses (siglo XV)*. "Memorias de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza", 1922-3, I, págs. 137-320, vid, pág. 178.

era el que llevaban los jueces de Córdoba en tiempos del Califato y que en igual forma fue introducido en los reinos de Castilla y Aragón.

CAPITACIÓN, SERVICIO Y MEDIO SERVICIO Y SUS RECAUDADORES MAYORES

La reiteración que hemos podido observar en los nombramientos de alcaldes mayores y en las órdenes reales para que fueran obedecidos, muestran que tal institución no alcanzó mucho prestigio y que la autoridad de los jueces mayores no siempre se vio reconocida. La disparidad que puede apreciarse en cuanto a sus intervenciones y la corta duración en el ejercicio del cargo, son síntomas del poco ascendente logrado sobre las aljamas. Pero la poca vitalidad de esta institución, pese a las amplias atribuciones concedidas por la realeza, estuvo motivada más que nada por el estrecho control que los concejos ejercieron sobre las aljamas y su enemiga a cualquier intervención extralocal.

Poca efectividad del oficio, pero numerosos los aspirantes a gozar de tan alto cargo, no por el ejercicio de la función para el que había sido creado, sino por el disfrute de una prebenda bien retribuida y que a la vez permitía otros cuantiosos beneficios económicos. Por ello no resulta extraño que en alguna de las designaciones hechas por los Reyes Católicos se haga patente que tales nombramientos se efectuaban atendiendo las recomendaciones de personas poderosas, como lo fueron el arzobispo de Toledo o el duque del Infantado.

Se agrega a todo ello el que conforme avanza el siglo xv y las circunstancias históricas impusieron nuevos modos de pensar y actuar, las atribuciones de estos alcaldes mayores fueran difuminándose, hasta llegar a su desaparición al faltarle una realidad imperante y activa.

En cambio, existen otros cargos, igualmente relacionados con los mudéjares, que adquieren cierta preponderancia, acordes también con el desarrollo histórico de los reinos castellanos. Nos referimos a los repartidores mayores del servicio y medio servicio con que las aljamas contribuían anualmente a la corona. Función que en algunos momentos parece confundirse con la de los propios alcaldes mayores, ya que en un documento de distribución de este

servicio se llegan a intitular los repartidores como "juezes mayores de las aljamas de los moros de los regnos de Castilla".

La capitación, servicio y medio servicio eran tributos que anualmente tenían que abonar los mudéjares, a igual que los judíos, por su condición de minoría extraña en raza y religión, con autorización oficial para mantenerse como tales dentro de los arrabales y lugares en que vivían, y de acuerdo con las condiciones fijadas por las disposiciones reales y acuerdos de las Cortes. Si bien estos servicios y medio servicios se debían distribuir anualmente, en la práctica no era así, pues se fueron repitiendo año tras año, aunque en algunas ocasiones se introdujeran pequeñas rectificaciones al tenerse en cuenta las justificadas quejas de algunas aljamas. Protestas que se producían por el exceso tributario que se les imponía, a causa de que no correspondía a la realidad del número de individuos que las componían y que estaban obligados a pagar estas contribuciones.

Pero también debemos tener en cuenta que estas variaciones fueron casi siempre en beneficio de los mudéjares, pues nunca se elevó la cantidad total exigida por los monarcas, y la distribución se efectuaba conforme al empadronamiento de vecinos de las distintas aljamas. Reparto que si en algunos momentos pudo ocasionar perjuicio a un corto número de morerías a causa de la disminución de la población pechera, en general no fue impuesto excesivo. Aún más, la cifra total exigida por los reyes fue disminuyendo en el transcurso del tiempo. Unas veces porque se tuvo en cuenta las numerosas conversiones, otras porque se atendieron quejas y se fijaron las cantidades conforme al número real de vecinos, y en tercer lugar por la probada política proteccionista de los monarcas castellanos hacia los mudéjares.

Cifras totales que tuvieron frecuentes cambios por causas muy diversas. Señala Amador de los Ríos que cada vecino o cabeza de familia judía pagaba anualmente cuarenta y cinco maravedís por capitación y medio servicio, capitación en que no entraban las mujeres ni los varones menores de veinte años³⁵.

35. Conviene señalar aquí la propagación equivocada en algunos de considerar como tributo similar, que otros con mayor error suponen sea el mismo, de que el diezmo y medio diezmo de lo morisco fuera un tributo impuesto sobre las mudéjares, cuando en realidad era un gravamen sobre los ganados, mercancías, etc., que entraban o salían al reino de Granada y que

El conocimiento de la evolución de estas contribuciones en Castilla podemos precisarlo a través de las vicisitudes de la aljama murciana. Ya hemos indicado la decidida actitud proteccionista del concejo murciano y su consecución del privilegio de Fernando IV, que confirmarían los monarcas posteriores. En 1326 ordenaba Alfonso XI a don García Martínez y a don Yahuda Atalaví, recaudadores de los cinco servicios, que le informasen de la queja que los regidores murcianos habían elevado ante su Consejo. La protesta murciana estuvo ocasionada porque habiendo impedido que efectuaran su recaudación en las aljamas de Lorca, Arrixaca de Murcia y otras morerías del obispado de Cartagena, porque los moros "se non fuesen nin se ermasen de la mi tierra e las rentas que me han a dar por las retenencias de los mios castillos non menguasen, que non consintieron que vos las diesen e por esta razon que los emplazaredes" ⁸⁶.

Años después hubo de atender Enrique II otra queja del concejo de Murcia, y como consecuencia de ella dispuso que las morerías tributaran en los servicios con arreglo a los moros que en ellas vivían ⁸⁷. De resultas de este empadronamiento de los vecinos pecheros que constituían cada aljama, Juan I fijó en el año 1388 para toda Castilla el servicio anual de 150.000 maravedís, de los cuales correspondieron a la morería de la Arrixaca la cantidad de 2.000 maravedís ⁸⁸. Cifra que nos indica la considerable disminución de los mudéjares murcianos y causa por la que el concejo adoptaría el acuerdo de abonar de sus propios recursos parte de esta cantidad, y a lo que añadieron otras exenciones y franquezas municipales, siempre con el propósito de mantener a los que aún quedaban y de procurar su incremento.

Esta proporción varió tres años después, ya que Enrique III, en carta fechada en Segovia a 28 de abril de 1391, decía: "Al aljama de los moros de Murcia, salud e gracia. Sepades que fue mi merçet

se recaudaban en los puertos secos anticipadamente fijados entre ambas Cortes y que, naturalmente, desapareció en la época de los Reyes Católicos.

36. Petición hecha por el Obispo, Cabildo, Comendador de Ricote, Concejo de Murcia y Caydi Almiçi, alcaide de la Arrixaca. La carta real en Coca, 4-VII-1326 (A. M. Murcia, libro 43, fols. 51-2).

37. En Illescas, 3-XI. (Arch. Mun. Murcia, Cart. 1.405-8, Eras, fol. 133 r.)

38. En 18-II-1388 (A. M. Murcia, Cart. 1.384-91, fol. 1 v.)

de me servir de vos e de las otras aljamas de los mis moros de los mis regnos para los mis menesteres en este año en que estamos de la data desta mi carta, çient mill maravedis, e que me los paguedes en moneda de oro e de plata; en los quales çient mill maravedis copo a vos la dicha aljama de los dichos moros dos mill e ochoçientos e sesenta e un maravedis”³⁹.

Otras variaciones se introdujeron en los reinados siguientes, ocasionadas en parte por las persecuciones y conversiones, que hicieron disminuir la población mudéjar. Un resumen de los cambios efectuados en el transcurso del siglo xv en la prestación de estos servicios por las aljamas de moros de Castilla, nos permite apreciar una disminución, y que sólo tendrá un aparente aumento a partir de 1477. Pero esta subida no es otra cosa que la inclusión de las aljamas dependientes de las encomiendas santiaguistas y la adición de las cantidades destinadas para el gobierno de dichas aljamas y para los recaudadores de estos servicios. La Orden de Santiago fue beneficiada por Fernando IV con la concesión de todos los tributos que debían abonar los moros avecindados en sus encomiendas, y aunque el maestrazgo de dicha Orden aún no se había reintegrado a la Corona en 1477, fecha en que se comienza a incluir a los moros de estas encomiendas en los repartos, la intervención de los reyes en la Orden es ya decisiva.

Resumen de estos cambios, que tienen alzas y bajas en fechas no siempre conocidas, nos lo ofrece el repartimiento efectuado por jueces mayores en 1477. En Cáceres, a 9 de julio de 1477, mestre Lope, mestre Eça, vecinos de Madrid, y mestre Ahmed Carrero, Eça de Talavera y mestre Muhammad, repartidores mayores de los reyes, llevaron a cabo la distribución del servicio, haciendo constar que la cantidad a repartir era la de 118.750 maravedis, que se incrementaban por otros conceptos a 224.750 maravedis. Las bajas y aumentos eran los siguientes:

Impuso el rey don Juan	150.000
Veinte mil que se descontaron por el rey don Juan, quedan	130.000
Otro descuento del rey don Juan a ciertas aljamas santiaguistas de trece mil doscientos cincuenta, quedan	116.750

39. Arch. M. Murcia, Cart. 1.391-1.412, fol. 1 r.

Dos mil que ordenó don Enrique pagar a los moros de Alcalá de Henares, lo que sube a	118.750
Sesenta y tres mil, impuestos por los Reyes Católicos a las aljamas de las encomiendas de la Orden de Santiago, sube a	181.750
Treinta mil para las necesidades de las aljamas	211.750
Aumento de trece mil para los gastos de los receptores.	224.750 ⁴⁰

Nada sabemos de estos repartidores, que se intitulan también alcaldes mayores, aunque algunos de sus nombres nos recuerdan los de otros que desempeñaron singularmente la alcaldía mayor por nombramiento real. De uno de ellos nos consta su fallecimiento y sustitución, pues los Reyes Católicos por carta fechada en Tarazona a 10 de marzo de 1484, designaba a Zafo Andalo, vecino de Valladolid, como repartidor mayor de las aljamas de moros de Castilla y como alcalde de la aljama de Valladolid, por muerte de su antecesor Ahmed Carrero ⁴¹.

En lo que respecta a la inamovilidad de la cifra total exigida a

40. De esta cifra total correspondieron al reino de Murcia, conjuntamente con algunas encomiendas santiaguistas, la cantidad de 49.000. Resulta extraño en la lista murciana la omisión de algunas aljamas, tanto de las existentes en encomiendas santiaguistas, que no pueden incluirse en las tres que se mencionan: Ricote, Socobos y Montiel, como de algunas ciudades y villas. Lorca gozaba exención total por su posición fronteriza y por ello debe ser el que no se mencione. Correspondieron al R. de Murcia y Ob. de Cartagena: Aljama de Murcia con la Arrixaca, 3.000; Alcantarilla, 5.000; Puebla Nueva del doctor Cascales, 2.000; Abanilla, 4.000; Archena, 2.000; Molina Seca, 6.000; Ceutí, 2.000; La Ñora, 1.000; Hellín con Socobos, 3.000; Puebla de Fajardo, 2.000; Monteagudo, 1.000; Valle de Ricote, 15.000; Montiel, 3.000. Cantidades que responden a la imposición de cuarenta y cinco maravedís por vecino, puesto que sabemos que la Puebla del doctor Cascales contaba en 1484 con cuarenta vecinos, y que Alcantarilla y Alguazas, señoríos del Obispo y Cabildo de Cartagena tenía un número equivalente de vecinos, pues antes de que finalizara el siglo XV los Reyes Católicos tomaron bajo su amparo y protección a los ciento diez vecinos de ambos lugares, suma total de su población, por haber sido bautizados y convertidos a la fe católica. Si la cifra asignada a Murcia puede parecer exagerada, sabiendo que en 1459 la morería de la Arrixaca sólo contaba con veinte vecinos, es debido a que se aúnan la aljama de la Arrixaca y otras existentes en el término municipal de Murcia, como la del Palomar y Puebla de Juan Vicente.

41. A. G. Simancas, Registro G. del Sello, III, fol. 190.

los mudéjares por estos conceptos, puesto que los incrementos que se adicionan por orden de los Reyes Católicos son independientes de aquéllos, responde sin duda a ese sentido proteccionista que de forma continua se puede apreciar en los reyes castellanos a todo lo largo de los siglos XIV y XV, así como de ciudades, encomiendas y señores con las aljamas de sus jurisdicciones, al valorar debidamente la beneficiosa aportación de esta minoría trabajadora. También resulta curioso apreciar que los mudéjares del reino de Murcia, sin la inclusión de la aljama de Montiel que caía fuera de su jurisdicción, representaban más del veinte por ciento del total de los mudéjares castellanos en estos años. Pero todo ello teniendo en cuenta que las cifras tributarias no responden a la realidad de la población mudéjar de Castilla, debido probablemente a las causas indicadas; en cambio, no hay motivos para rechazar esta proporción de la población mudéjar del reino de Murcia respecto al total de Castilla.

Algo más debió incrementarse este tributo, por cuanto al año siguiente, el de 1478, la cifra que correspondió a Murcia fue la de 17.500 maravedís, aunque en esta cantidad se incluía, sin distinción alguna, por igual a moros y judíos⁴². Capitación, servicio y medio servicio, que se repite en 1479, y que aumenta a 26.000 maravedís en los años 1480-1483, últimos de que tenemos noticias y en los que don David Abenalfahar fue recaudador mayor del obispado de Cartagena y reino de Murcia. Aumento que sigue sin responder a la realidad de la población de ambas minorías en el reino de Murcia.

JUAN TORRES FONTES

42. También contaban los judíos con un juez y repartidor mayor, que en 1474 era Rabí Aben Núñez. La cifra exigida a los judíos en este año por el "juez mayor y repartidor de los servicios e medios servicios que las aljamas", judías habían de dar anualmente al rey, en lo que afecta a Murcia fue de 8.500 maravedís, y doscientos la de Mula, en el total de 450.000 para toda Castilla. Cifra que no nos sirve para saber lo que les correspondió en los 17.500 que por "cabeza de pecho e servicio e medio servicio" se impuso a los judíos y moros murcianos en 1478. También hay que señalar la creación del cargo de mayoral y juez de todos los negros de Sevilla y su arrabal, para el que fue designado en 1475 el negro Juan de Valladolid, portero de cámara.

APENDICE DOCUMENTAL

I

1374-VI-14, ALCANTARILLA.—SENTENCIA DICTADA CONTRA EL MORO ALÍ ABIZA POR HOMICIDIO Y CUMPLIMIENTO DE ELLA.

(Arch. Catedral de Murcia, *Compulsa de privilegios*, fols. 454-7, de Ascensio de Morales. Traslado del s. XVIII.)

Sepan todos que miercoles catorze dias de junio, era de mill e quatrozientos e doce años, este día siendo Johan Garcia, alcaide de la torre de las Alguazas, lugar del Obispo y Cabildo de la Iglesia de Cartagena, en vno con Abdalla Alferret, alcaide, e Amet Zeli, alcalde de los moros de las morerías del dicho lugar de Alguaza e del Alcantarilla, lugares del dicho señor Obispo y Cabildo, en el dicho lugar de Alcantarilla, habiendo traído presso al dicho lugar a Ahabiza, moro del dicho lugar del Alcantarilla, el qual venia presso sobre la muerte que fue fecha a Zad Nogalt, parezio y Juan Ferrandez de Madrit, almoxarife del dicho lugar del Alcantarilla, en vno con Thomas del Mozo, notario publico de la cibdat de Murcia e escrivano de la Iglesia de Cartagena e en todo su Obispado, e mostro e presento ante el dicho Juan Garcia, alcayde, vna carta del honrrado e discreto varon mosen Juan Morison, vicario general en todo el dicho Obispado por el honrrado padre señor don Guillen, por la gracia de Dios y de la Santa Romana Eglessia, obispo de Cartagena, escrita en papel, avierta e seellada con su seello e confirmada de su nombre, que dize asi:

De mí, mosen Juan Morison, vicario general en todo el Obispado por el honrrado padre señor don Guillen, por la gracia de Dios e de la Santa Iglesia de Roma, obispo de Cartagena, a vos, Juan Garcia, alcaide de la torre de las Alguazas, lugar del dicho señor Obispo, salut en Jhesuchristo. Bien sabedes en como por mi mandado tenedes presso a Habiza sobre la muerte que fue fecha a Zad Nogalt, moro de Alcantarilla, lugar, otrossi, del dicho Obispo; et agora sabed que Abdalla Alfered, alcaide del dicho lugar de las Alguazas, e Hamet Azeli, alcalde de los moros de las morerías de los dichos lugares del Alguaza e del Alcantarilla, me embiaron dezir que habia fecha e acabada la inquisicion de la dicha muerte, et segun cartas de los reyes pasados, que Paraiso habian e confirmadas del rey nuestro señor, a quien Dios mantenga muchos años e buenos al su servicio, quel dicho señor Obispo e Cabildo an en razon de la juredizion e libertades de los dichos lugares, es contenido que quando tales muertes e otros excessos e qualesquier acaeszen entre los moros de los dichos lugares, que sean juzgados por el alcaide e alcalde del dicho lugar de las Alguazas, siendo a ello presente el almoxarife de los dichos lugares; sobre lo qual va alla Juan Ferrandez de Madrit, escudero del dicho señor Obispo e almoxarife por mi puesto en los dichos logares. Porque vos mando de parte del dicho señor Obispo e mia, que luego vista esta mi carta, levedes al dicho Ali Albiza que tenedes presso por la

dicha razon, al dicho lugar del Alcantarilla, e lo dedes e entreguedes a poder de los dichos almoxarife e alcaide e alcalle de los dichos lugares, porque los dichos alcaide e alcalle en presencia del dicho almoxarife juzguen al dicho Ali segund su Zuna e Xara e falleren por Derecho, et non fagades ende al. Dada en la cibdad de Murcia, treze de junio, era de mill e quatrocientos e doze años. Johan Morison.

Et leida et publicada la carta del dicho Vicario ante el dicho Juan Garcia, alcaide, et publicada aquella, el dicho Juan Garcia, alcaide, por complin la dicha carta e mandado del dicho Vicario, dio e entrego presso al dicho Ali Albiza, vnas esposas en las manos e los pies en el zepo, a poder de los dichos Juan Ferrandez, almoxerif, e a Adballa Alfered, alcaide, et de Hamet Zeli, alcalle de los moros de las morerias del Alguaza e del Alcantarilla, et de presente el dicho Juan Ferrandez, almoxarife, requirio a los dichos alcaide e alcalle moros de parte de los dichos señor Obispo e Cabillo, que pues la inquisición tenían fecha e acabada sobre la dicha muerte que fue fecha al dicho Azat Nogalt e tenían en su poder al dicho Ali Albiza que la dicha muerte fiziera, que librasen en ello aquello que fallasen de Derecho et segund su Çuna et Xara manda, porque justicia fuesse complida et otros moros de los dichos logares non se atreviesen fazer semexantes muertes et malefizios et los buenos viessen en paz e los malos fuessen destroidos e derraigados. Los quales dichos alcaide e alcalle moros dixeron que eran presto de lo fazer. Et de como passo en presencia de mi el dicho notario, el dicho Juan Ferrandez, almoxarife, pidiome que dello le diesse testimonio: de que fueron presentes testigos Juan Grandes, racionero de la dicha Iglesia, e Domingo Dalcorisa e Gonzalo Martinez e Domingo Caparros de Librilla e Zad Abenbital et Mahomad Abital, su fixo. E luego de presente los dichos alcaide e alcalle moros en presencia de mi, el dicho notario, e del dicho Juan Ferrandez, almoxarife, e de Martin Corbera, e de Domingo de Alcoriza, e de Gonzalo Martinez, e de Guillen Carbonell, christianos, e de Zad Alfered, e de Hamet Abenhicum, e de Ali Zale, moros del dicho lugar de las Alguazas, et de Mahomat Ratal, et de Zat Abital e de Mahomat Abital, moros del dicho lugar del Alcantarilla, que fueron llamados por testigos por enantar este fecho, recorrieron en confesión al dicho Ali Albiza sobre jura que de aquel fue rezevida segund su ley, estando aquel de cara en tal Alquibla, et le dixeron que bien savia en como por confesion que del recibieron en el dicho lugar de las Alguazas en presencia de Zad Alfered et de Mahomat Abelbe et Muza Xecuri et Zacin Ubeit moros de los dichos lugares de las Alguazas, que a esto fueron llamados por testigos, havia otorgado que havia muerto al dicho Zat Nogalt. Por lo qual, aun como de cabo, le preguntaron el sy otorgara lo que dicho es, et si firiera al dicho Zat la noche que aquel fue muerto, et si fiziera la dicha muerte. El qual dicho Ali Albiza en respondiendo dixo que verdat era que el fiziera el dicho otorgamiento a los dichos alcalle e alcaide en el dicho lugar de las Alguazas en presencia de los testigos, pero que

era verdat que la noche quel matara al dicho Zat que estaba bevido, e con el vino que tenia lo habia muerto. Et esto dixo e manifiesto el dicho Ali en presencia de los dichos alcaide e alcalde e de mi el dicho notario et de los sobredichos testigos, seiendo y presente el dicho Juan Ferrandez, almoxarife. Et luego de presente los dichos alcaide e alcalde moros, visto la confesión et otorgamiento fecho por el dicho Ali Albiza et en como habia otorgado que habia muerto al dicho Zat Nogalt, et como su Çunna e Xara manda que qualquier moro que matare a otro moro que le cuerten la caveza et muera por ello; et por esta razón, por fazer derecho e complir justicia, por quanto en el dicho lugar del Alcantarilla non habia moro que le supiese cortar la cabeza, condenaron al dicho Ali Albiza en recibir pena de muerte en tal manera que fuere aforcado de encima de la torre del dicho lugar et muriesse y. La qual sentencia mandaron complir a Zad Abital, alcaide del dicho lugar del Alcantarilla que presente era, et mandaronle que al dicho Ali aforcase de la dicha torre de como dicho habia, et que estoviesse aforcado que lo non descendiesse fasta que por ellos o por el Vicario e Cabildo de la Iglesia de Cartagena fuese demandado desenforçar, porque fuesse escarmiento que otros non se atreviesen fazer semexantes muertes e malefizios. Et luego el dicho Zab Abital, alcaide del dicho lugar del Alcantarilla, por complir mandado de los dichos alcaide e alcalde, fizo aforçar al dicho Ali de encima de la dicha torre, una sogá atada a la garganta del dicho Ali, e atada a las almenas de la dicha torre; el qual fue ay afogado e muerto por justicia; de que fueron a ello presentes testigos los sobredichos Martin Corbera et Domingo Dalcórisa e Gonzalo Martinez e Domingo Caparros de Librilla et Guillen Carbonell et Zad Alfered et Hamet Aben Haicunis et Ali Zale, moros de las Alguazas et Mahomat Axatal et Mahomat Abital et todos los otros moros et moras del dicho lugar del Alcantarilla. Et yo, el dicho Thomas de Meco, notario sobredicho que a todo lo sobredicho en uno con los testigos, presente fui e a requerimiento e mandamiento de los dichos señor Obispo e Cabildo de la dicha Iglesia de Cartagena porque dixeron que se entendian dello ajudar en su derecho, lo fiz escribir e cerrelo, con sobrepuesto en el segundo renglon o dize alcaide, e con sobrepuesto en el veinteno renglon o dize e cavildo, et non le empesca. Et en testimonio fiz aqui este mio acostumbrado signo.

II

1475-I-17, SEGOVIA.—REYES CATÓLICOS A D. ABRAHIM XARAFÍ, ALFAQUÍ Y FÍSICO DEL ARZOBISPO DE TOLEDO. DESIGNÁNDOLE ALCALDE MAYOR DE LAS ALJAMAS DE MOROS DE CASTILLA.

(A. G. Simancas. Registro General del Sello, I, 362).

Don Fernando e doña Ysabel, por la gracia de Dios, rey e reyna de Castilla, de Leon, de Toledo, de Gallizia, de Sevilla, de Cordova, de

Murçia, de Jahen, del Algarbe, de Algezira, de Gibraltar, principes de Aragon e señores de Vizcaya e de Molina. Acatando la ydoneydad e suficiençia e abilidad de vos, don Abraham Xarafi, alfaqui e fisycó, criado del muy reverendo in Christo padre don Alfonso Carrillo, arçobispo de Toledo, primado de las Españas, chançiller mayor de Castilla, nuestro muy caro e muy amado tyo, e los muchos e buenos serviçios que vos, el dicho don Abraham, nos avedes fecho e fazedes de cada dia e en alguna hemienda e remuneracion dellos, queremos e es nuestra merçed e voluntad que agora e de aqui adelante para en toda vuestra vida seades nuestro alcalde mayor de todas las aljamas de los moros e moras de todas las çibdades e villas e lugares de los nuestros regnos e señorios, e ayades e tengades el uso e exeçio del dicho ofiçio con la escrivania al dicho ofiçio de alcaidia mayor anexa e pertenesçiente, e podades usar e usedes del dicho ofiçio de alcaidia por vos e por vuestros logares tenientes, asy en los casos çeviles como en los criminales, e por esta nuestra carta mandamos a los duques, condes, marqueses, ricos omes, maestros de las hordenes, priores, comendadores e subcomendadores, alcaydes de los castillos e casas fuertes e llanas, e a los del nuestro consejo e oydores de la nuestra abdiencia e alcaldes e notarios e alguaziles e otras justiçias e ofiçiales qualesquier de la nuestra casa e corte e chancilleria, e a todos los conçejos, corregidores, alcaldes, alguaziles, regidores, cavalleros, escuderos, ofiçiales e omes buenos de todas las çibdades e villas e logares de los dichos nuestros regnos e señorios, e a las aljamas de los moros dellos que agora son e seran de aqui adelante e a otras qualesquier personas, nuestros vasallos e subditos e naturales de qualquier estado e condiçion, preheminençia e dignidad que sean, e a cada uno dellos a quien esta nuestra carta fuere mostrada o el treslado della sygnado de escrivano publico, que vos ayan e tengan e reçiban por nuestro alcalde mayor de las dichas aljamas de los dichos moros de los dichos nuestros regnos e señorios, e usen con vos e con vuestros logares tenientes en el dicho ofiçio de alcaidia en todos los casos e cabsas e cosas, asy çeviles como criminales, que acaesçieren e se movieren entre qualesquier moros de las dichas aljamas e non con otra presona alguna; los quales podades librar e determinar vos e los dichos vuestros logares tenientes por vuestra sentençia o sentençias segund ley e Açunna de moros, e que la sentençia o sentençias que sobrello dieredes e pronunçiaredes las llevades e fagades levar a efecto e devida esecuçion quanto e como devades segund la dicha ley e Açuna de moros, e vos den e recudan e fagan dar e recudir en todos los derechos e salarios e otras cosas al dicho ofiçio de alcaidia mayor anexas e pertenesçientes que por razon del podades e devades aver e levar, segund que mejor e mas conplidamente usaron e recudieron e acostunbraron usar e recudir a los otros alcaldes mayores que han seydo de las dichas aljamas en los tienpos pasados, ca nos por la presente vos resçibimos e avemos por resçibido al dicho ofiçio de alcalde mayor de los dichos moros e al uso e eserçio del, e vos damos poder e abtoridad e facultad

para usar del e lo eserçer en todas las cosas tocantes e conçernientes al dicho ofiçio de alcaldia como quier que por los sobredichos o por alguno o algunos dellos non seades rescibido al dicho ofiçio que vos guarden e fagan guardar todas las honrras e gracias e merçedes e franquezas e libertades, prerrogativas, esençiones, preheminençias e todas las otras cosas e cada una dellas que por razon del dicho ofiçio de alcaldia podedes e devedes aver e gozar e vos deven ser guardadas, segund que las guardaron a los otros alcaldes mayores que fueron de las dichas aljamas e a cada uno dellos, e que vos non pongan nin consyentan poner en ello nin en parte dello embargo nin contrario alguno, e por esta dicha nuestra carta o por el dicho su traslado sygnado como dicho es, mandamos a todos los moros e moras de las dichas aljamas de los dichos nuestros regnos e señorios e a cada uno dellos que vayan e parescan ante vos, el dicho don Abraham Xarafi, como ante nuestro alcalde mayor e ante vuestros logares tenientes, a vuestros llamamientos e enplazamientos e abdiençias a los plazos e so las penas que les posyeredes e mandaredes poner de nuestra parte, las quales nos por la presente les ponemos e avemos por puestas; ca para todo lo susodicho e para cada cosa e parte dello vos damos poder conplido por esta nuestra carta con todas sus ynçidençias e dependençias, emergençias e conexidades, e mandamos a los nuestros alguaziles e esecutores que cunplan e esecuten realmente e con efecto e fagan cunplir e esecutar las sentençias e cartas e mandamientos que dieredes e pronunçiaredes sobre razon de los dichos pleitos e cabsas, asi vos el dicho don Abraham, nuestro alcalde mayor, como los dichos vuestros logares tenientes entre los dichos moros e moras de las dichas aljamas de los dichos nuestros regnos e señorios. E otrosi, es nuestra merçed e voluntad que todas las apelaciones que se ynterpusyeren e de los mandamientos e sentençias que dieren o fizieren qualquier de los alcaldes que por vos posyeredes en las dichas aljamas o en qualquier dellas, vengan e sean para ante vos, el dicho don Abraham Xarafi, nuestro alcalde mayor, e non para ante otra persona alguna, para que vos conoscades dello en grado de apelacion e lo libredes e determinedes segund la dicha vuestra ley e Açuna de moros como dicho es; e queremos e es nuestra merçed que la sentençia o sentençias, mandamiento o mandamientos, que de vos el dicho don Abraham Xafari, nuestro alcalde mayor de las dichas aljamas, fueran apeladas, que la dicha apelacion sea para ante nos e para ante los del nuestro consejo, e non para ante otro juez nin persona alguna, e mandamos e defendemos a qualesquier juezes e justiçias de los dichos nuestros regnos e señorios de qualquier juridiçion que sean, que non conoscan nin entiendan de conocer de pleitos algunos çeviles nin criminales que tocaren de moro a moro de que a vos el dicho don Abrehem Xarafi, nuestro alcalde mayor e a los dichos vuestros logares tenientes, pertenesçan oyr e librar e determinar e conocer, ca nos por la presente los ynibimos e avemos por ynibidos del conocimiento e esecucion de todo ello, e mandamos a todos los sobredichos e a cada

uno dellos que vos guarden e cunplan e fagan guardar e conplir esta dicha merçed que vos fazemos del dicho ofiçio de alcaldia mayor segund que en esta nuestra carta se contyene, e vos non vayan nin pasen nin vos consyentan yr nin pasar contra ella nin contra parte della en algund tienpo nin por alguna manera nin cabsa nin razon nin color que sea o ser pueda, e que cada e quando por vos o por vuestra parte fueren requeridos vos den e fagan dar todo el favor e ayuda que les pedieredes e menester ovieredes para usar e esecutar dicho ofiçio de alcaldia por vos o por los dichos vuestros logares tenientes, e que lo asy fagan e cunplan non enbargantes otras qualesquier nuestras cartas que nos o qualquier de nos ayamos dado o dieremos a qualesquier persona o personas, aljama o aljamas, de los dichos nuestros regnos e señorios que sean o ser puedan quier en vuestro agravio e perjuizio del dicho vuestro ofiçio de alcaldia mayor e contra el thenor e forma desta nuestra carta e en quebrantamiento e derogación della nin de qualquier cosa o parte della, canos por esta nuestra carta los revocamos e damos por ningunos e de ningund valor e todo lo en ellas contenido e cada cosa e parte dello, por quanto nuestra merçed e voluntad deliberada e determinada es que vos, el dicho don Abraham Xarafi, en toda vuestra vida seades nuestro alcalde mayor de las dichas aljamas e gozedes enteramente desta dicha merçed que vos fazemos en todos los dichos nuestros regnos e señorios. E los unos nin los otros non fagan ende al por alguna manera so pena de la nuestra merçed e de privaçion de los ofiços y confiscaçion de los bienes de los que lo contrario fezieren para la nuestra camara, e de mas por qualquier e qualesquier por quien fyncare de lo asy fazer e conplir mandamos al ome que vos esta nuestra carta mostrare o el dicho su traslado sygnado como dicho es, que los enplaze que parescan ante nos en la nuestra corte del dia que los enplazare fasta quince dias primeros siguientes, e mandamos so la dicha pena a qualquier escrivano publico que para esto fuere llamado que de ende al que la mostrare testimonio sygnado con su sygno porque nos sepamos en como se cunple nuestro mandado. Dada en la muy noble e leal çibdad de Segovia a diez e syete dias de enero, año del Nasçimiento del Nuestro Señor Jhesuchristo de mill e quatroçientos e setenta e çinco años. Yo el rey, yo la reyna. Yo Alfonso de Avila, secretario del rey e de la reyna nuestros señores, la fize escribir por su mandado. Registrada. Diego Sanchez.

III

1476-VIII-31, SEGOVIA. SOBRECARTA DE ISABEL LA CATÓLICA, EN QUE SE INSERTA OTRA DE 20-X-1475, CONFIRMANDO EL NOMBRAMIENTO DE D. FARAX DE BELBIS COMO ALCALDE MAYOR DE LAS ALJAMAS DE MOROS DE SUS REINOS.

(Arch. Mun. Murcia, Cartulario real 1453-78, fols. 263-264).

Doña Ysabel, por la gracia de Dios, reyna de Castilla, de Leon, de Toledo, de Çeçilia, de Portogal, de Gallizia, de Sevilla, de Cordova, de

Murçia, de Jaen, de los Algarbes, de Aljezira, de Gibraltar, princesa de Aragón e señora de Vizcaya e de Molina, a los conçejos e alguaziles e regidores, jurados, cavalleros, escuderos, ofiçiales e omes buenos de la muy noble y muy leal çibdad de Toledo, e a las aljamas de los moros, asy de la dicha çibdad de Toledo como de todas las çibdades e villas e lugares de los mis regnos e señorios, y a cada uno y qualquier de vos a quien esta mi carta fuere mostrada o su traslado signado de escrivano público, salud e grãcia. Bien sabedes o devedes saber como el rey mi señor e yo mandamos dar y dimos una de nuestra carta firmada de nuestros nonbres y sellada con nuestro sello, fecha en esta guisa:

Don Ferrando y doña Ysabel, por la gracia de Dios, rey e reyna de Castilla, etc. Por quanto el rey don Juan nuestro padre, de gloriosa memoria, cuya anima Dios aya, por los muchos y buenos servicios que don Yahraya de Belvis, moro, vezino de la çibdad de Guadalajara, ovo fecho le fizo merçed para que en toda su vida fuese su alcalde mayor de todas las aljamas de los moros de sus reynos y señorios de Castilla, de lo qual le dio su carta de previllejo firmada de su nonbre y sellada con su sello. El qual dicho don Yaya de Belvis vso del dicho ofiçio paçificamente fasta que murio. E porque vos, don Farax de Belvis, su fiijo, vezino de la dicha çibdad, soys persona abille, ydonia y suficiete y pertenesçiente para vsar del dicho ofiçio, e por muchos, buenos e leales serviçios que fezistes al dicho rey don Juan nuestro padre y al señor don Enrrique nuestro hermano, cuyas animas Dios aya, y aveys fecho y fazedes de cada dia, e por vos fazer bien y merçed e asy mismo porque nos lo suplico e pidio por merçed don Diego Hurtado de Mendoça, duque del Infantadgo, marques de Santillana, conde del Real, nuestro tio y del nuestro consejo, por la presente vos fazemos merçed del dicho ofiçio de alcaldia mayor de todas las aljamas de los moros de todos nuestros regnos e señorios, y segund e por la forma e manera que lo fue el dicho don Yaya de Belvis, vuestro padre, e con aquellas mismas prerrogativas y franquezas y libertades e facultades e ynmunidades que se contienen en la carta de previllejo quel dicho señor rey don Juan nuestro padre dio al dicho don Yaya de Belvis vuestro padre, non enbargante qualquier merçed o merçedes quel del dicho ofiçio ovo fecho el dicho señor rey don Enrrique nuestro hermano, e ayamos nosotros fecho, e qualquier posesyon o posesyones que del tengan, que nos por la presente como reyes y señores revocamos y anulamos e damos por ninguna las tales merçedes, y qualquier cartas e privilejos que dello tengan queremos que non valan nin consygan en sy ningund efecto e valor, salvo esta merçed que vos nos fazemos a vos el dicho don Farax de Belvis; e queremos e es nuestra voluntad que despues de vuestros dias aya el dicho ofiçio de alcaldia mayor de las dichas aljamas de los dichos moros Yahya de Belvis, vuestro fiijo, con las mismas fuerças, firmezas, prerrogativas, facultades que en el dicho privilejo del dicho don Yaya de Belvis vuestro padre se contiene. E por esta nuestra carta o por su traslado signado de escrivano

publico, mandamos a todas las aljamas de los moros de los dichos nuestros reynos y señorios, y a los viejos, veedores e regidores e otras cualesquier personas dellas, que vos ayan y resciban por su alcalde mayor de las dichas aljamas, segund que lo hera el dicho don Yaya de Belvis vuestro padre, e despues de vuestros dias don Yahya de Belvis vuestro fijo, y usen con vos en el dicho ofiçio y despues de vos con el dicho Yahya de Belvis vuestro fijo, e non con otra persona nin personas algunas, e vengan ante vos asy como ante alcalde mayor dellos y despues de vuestros dias ante el dicho Yaya de Belvis vuestro fijo, con sus quere-llas y demandas y apelaciones y suplicaciones e con todas las otras cosas segund que venian ante el dicho don Yaya de Belvis vuestro padre e ante los otros alcaldes mayores que despues del fueron, y vos guarden e fagan guardar todas las cosas y cada una dellas en el dicho previllejo del dicho don Yaya de Belvis vuestro padre contenidas, e despues de vuestros dias al dicho Yaya de Belvis vuestro fijo. El qual queremos que vos vala e sea guardado asy e tan conplidamente como si a vos mismo y al dicho vuestro fijo se dirigiere, y asy como si aqui fuere yn-xerto e incorporado, ca nos vos rescebimos e avemos por rescebido al dicho ofiçio y al uso y exerciçio del, non enbargante que por ellos o por alguno dellos non seades rescibido, e mandamos a qualquier persona o personas que despues de la muerte del dicho señor rey don Juan nuestro padre e del señor rey don Enrrique nuestro hermano lo han tenido y tienen, que non vsen del so las penas en que cahen los que vsan de ofiços que non son suyos, ca nos les revocamos qualesquier merçedes que dello tengan como dicho es. E por esta dicha nuestra carta o por el dicho su traslado signado de escrivano publico como dicho es, mandamos a los duques, marqueses, condes, ricos omes, maestros de las hordenes, priores, comendadores e subcomendadores e alcaydes de los castillos y casas fuertes y llanas e a todos los concejos, corregidores, alcaldes, alguaziles, regidores, cavalleros, escuderos, ofiçiales y omes buenos de todas las çibdades y villas y lugares de los nuetros reynos y señorios que vos den y fagan dar todo el favor e ayuda que les pidieredes y menester ovieredes; e sy quisyeredes nuestra carta de previllejo de lo que dicho es, mandamos al nuestro mayordomo y chançiller y a los otros nuestros ofiçiales que estan en la tabla de los nuestros sellos, que vos la den y libren y pasen y sellen con las facultades y prerrogativas y senciones e ynmunidades que se contienen en la carta de previllejo quel dicho don Yahya de Belvis vuestro padre tenia y en esta nuestra carta se contiene, para que vos en vuestra vida gozedes della e despues de vuestros dias el dicho Yahya de Belvis vuestro fijo. E los unos nin los otros non fagades nin fagan ende al por alguna manera, so pena de la nuestra merçed y de diez mil maravedis a cada uno por quien fincare de lo asy fazer e cunplir para la nuestra camara, e de mas mandamos al ome que vos esta nuestra carta mostrare que vos enplaze que parescades ante nos o ante qualquier de nos del dia que vos enplazare fasta quinze dias primeros siguientes

a dezir por qual razon non cunplides nuestro mandado, so la qual dicha pena mandamos a qualquier escrivano publico que para eso fuere llamado que de endè al que la mostrare testimonio signado con su signo porque nos sepamos en como se cunple nuestro mandado. Dada en la muy noble villa de Valladolid veynte dias de octubre, año del Nasçimiento del Nuestro Salvador Jhesuchristo de mill e quatroçientos y setenta y çinco años. Yo el rey, yo la reyna. Yo Alfonso de Avila, secretario del rey e de la reyna nuestros señores, la fiz escrivir por su mandado. Registrada, Chanciller.

E agora por el dicho don Farax de Belvis me fue fecha relacion que como quier que la dicha carta vos fue por el presentada en el ayuntamiento de la dicha e pedido que la conpliesedes en todo e por todo segund en ella se contenia, e en cunpliendola lo recibistes por mi alcalde mayor de los moros de la dicha çibdad de Toledo, e por el requeridos que por quanto vosotros vsavades del dicho su oficio de alcaldia mayor de los moros desa dicha çibdad en su grande agravio e perjuizio, que de aquí adelante non vsedes del dicho ofiçio de alcaldia mayor e que cunpliesedes mi carta e non apremiasedes a los dichos moros de la dicha çibdad que viniesen y paresciesen ante vosotros a vuestros llamamientos y enplazamientos nin ante otra justiçia desa dicha çibdad, salvo ante el dicho don Farax de Belvis, mi alcalde mayor de los dichos moros; e por vosotros diz que fue obedescido e en quanto al enplazamiento della que por vosotros fue respondido aquello ser en perjuizio desa dicha çibdad de Toledo e de la justiçia della, diziendo que los moros desa dicha çibdad avian renunciado en vosotros su previllejo e juredicion en este caso e quel dicho don Farax non podia tener el dicho ofiçio; e porque caso que los dichos moros en vosotros renunciassen la dicha jurediccion, por el dicho don Farax de Belvis me fue dicho que los dichos moros desa çibdad non lo pudieron fazer por ser en grande agravio e perjuizio de las aljamas de los moros destos dichos mis regnos e de los previllejos y vsos y costumbres que dello tiene e en perjuizio del dicho don Farax, mi alcalde mayor e del dicho su ofiçio, e caso que en vosotros renunciassen la dicha jurediccion non la pudieron fazer porque primeramente avia de ser fecho saber a las dichas aljamas de mis regnos y el dicho don Farax ser primeramente sobre ello llamado e oydo y vencido por fuero e por derecho. E por el dicho don Farax me fue suplicado y pedido por merçed, que mi merçed fuese de mandar guardar y cunplir la dicha mi carta suso incorporada e todo lo en ella contenido por manera que pudiese bien y cunplidamente y sin embargo alguno gozar de la dicha merçed de alcaldia mayor e que sobre ello le mandase proveer de remedio con justiçia o como la mi merçed fuese. E porque mi merçed e voluntad es que el dicho don Farax sea mi alcalde mayor de los dichos moros destos dichos mis regnos y desa dicha çibdad de Toledo e non otro alguno, tovelo por bien y mande dar esta mi sobrecarta en la dicha razón, por la qual vos mando a vos el dicho conçejo, justiçia ofiçiales e omes buenos de la dicha çibdad de Toledo, que

veades la dicha mi carta suso encorporada e todo lo en ella contenido e cada cosa e parte dello e la cunplades en todo e por todo segund que en ella se contiene, e en cunpliendola rescibades por mi alcalde mayor de los moros desa dicha çibdad al dicho don Farax e le dexedes e consyntades usar del, por el o por quien su poder oviere, e de aqui adelante non conosciades mas de pleitos nin cabsas algunas que los dichos moros ayan e tengan nin los conpelades nin apremiedes a que vengan nin parescan ante vos las dichas mis justicias a vuestros llamamientos nin enplazamientos, e le guardedes y fagades guardar los previllejos e cartas e alvalaes que sobre razon de la dicha su jurediçion tiene, e non consintades nin dedes lugar que agora nin de aqui adelante para sienpre jamas nin en ningund tiempo que sea nin por alguna manera les sea quebrantado nin perturbado non enbargante la dicha renunciacion que asy en vosotros fue fecha por la dicha aljama y moros de la dicha çibdad de Toledo, ca yo por esta dicha mi carta la do por ninguna e de ningund efecto y valor en quanto a esto atañe o atañer puede, e mando a la dicha aljama de la dicha çibdad de Toledo e a todas las otras aljamas de los dichos mis reynos y señorios e a los viejos y veedores e regidores e a otros qualesquier personas dellas, que vean asy mismo la dicha mi carta suso encorporada o el traslado della signado, e la guarden e cunplan y la fagan guardar e cunplir en todo e por todo segund que en ella se contiene, e en cunpliendola sin aver de esperar para ello otra mi carta nin mandamiento nin segunda nin tercera juzion, le ayan e resciban por mi alcalde mayor de las dichas aljamas al dicho don Farax de Belvis y le dexen e consientan usar del por sy e por quien su poder oviere segund que lo hera el dicho su padre, y despues del usen en el dicho ofiçio con el dicho su fijo y non con otra persona nin personas algunas, e vayan ante el asy como ante su alcalde mayor con sus querellas y demandas y apellaciones e suplicaciones, asy ceviles como criminales, e con todas las otras cosas segund que yvan ante el dicho su padre e ante los otros alcaldes mayores que ante del fueron de las dichas aljamas, e le fagan acudir con todos los derechos y salarios al dicho ofiçio pertenesçientes, e le guarden y fagan guardar todas las honrras y franquezas e libertades y otras cosas que por razon del dicho ofiçio de alcalde mayor de las dichas aljamas le deven ser guardadas, segund que recudieron e guardaron al dicho su padre e a cada uno de los otros alcaldes mayores que han seydo fasta aqui del todo bien e cunplidamente de guisa que non mengue ende cosa alguna. Lo qual vos mando e es mi merçed e determinada voluntad que fagades e cunplades non enbargante qualesquier carta o cartas, alvala o alvalaes, de merçed o merçedes que en contrario aya dado el dicho señor rey don Enrrique mi hermano, o el rey mi señor o yo ayamos dado o dieremos de aqui adelante en qualquier manera, e syn embargo de la dicha renunciacion que asy fizieron en esa dicha çibdad de Toledo los moros della, asy a suplicacion como syn ella como dicho es; y aun porque despues que por vosotros e en vosotros fue fecha la dicha renunciacion rescibistes por carta e

mandado del dicho señor rey don Enrrique mi señor hermano que santa gloria aya por alcalde mayor de los moros desa dicha çibdad de Toledo a un Lope Carpintero, vezino de la villa de Madrid, la dicha carta de merçed que el dicho Lope tenia y las otras susodichas yo las revoco por esta mi carta e las anulo y do por ningunas e de ningund efecto y valor, e quiero e es mi merçed e voluntad quel dicho don Farax de Belvis por vosotros e por los otros moros de mis regnos y señorios sin embargo nin contrario alguno sea rescibido por mi alcalde mayor e use del e non otro alguno o quien su poder oviere, e sy necesario es por esta mi carta le fago nueva merçed e al dicho su fijo para despues de sus dias como dicho es e en esta mi carta se contiene e declara. E los unos nin los otros non fagades nin fagan ende al por alguna manera so pena de la mi merçed e de privacion de los officios e de confiscacion de los bienes de los que lo contrario fizieren para mi camara, e de mas por qualquier o qualesquier por quien fincare de lo asy fazer e cunplir, mando al ome que vos esta mi carta mostrare que vos enplaze que parescades ante nos en la mi corte do quier que yo sea, del dia que vos enplazare a quinze dias primeros siguientes so la dicha pena, so la qual mando a qualquier escrivano publico que para esto fuere llamado que de ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo porque yo sepa en como se cunple mi mandado. Dada en la muy noble çibdad de Segovia, treynta e un dias del mes de agosto, año del Nasçimiento del Nuestro Salvador Jhesuchristo de mill e quatroçientos e setenta y seys años. Yo la reyna. Yo Alfonso de Avila, secretario de nuestra señora la reyna, la fiz escribir por su mandado. Registrada. Juan de Uria, chanciller. Fecho y sacado fue este traslado de la dicha carta original de la dicha señora reyna en la çibdad de Guadalajara, cinco dias del mes de enero, año del Nasçimiento de Nuestro Salvador Jhesuchristo de mill y quatroçientos y setenta y siete años. Testigos que fueron presentes a lo que dicho es, Miguel Sanchez, despensero del señor duque, y Francisco de Yllescas, e Anton de Madrid, criados de su merçed. E yo Gabriel de Villante, escrivano de nuestra señora la reyna y su notario publico en la su corte e en todos los sus regnos y señorios, fuy presente a lo que dicho es con los dichos testigos y saque este traslado de la dicha carta e lo concerte y va cierto uno non mas que otro, e por ende fiz aqui este mio signo en testimonio de verdad. Gabriel Ferrandez (sic), escrivano.

IV

1480-II-9, TOLEDO.—REYES CATÓLICOS A LA CIUDAD DE SEGOVIA. COMUNICANDO LA LA CONFIRMACIÓN QUE HACÍAN A MAESTRE LOPE COMO ALCALDE MAYOR DE LAS ALJAMAS DE MOROS, Y ORDENANDO QUE FUERA RECIBIDO COMO TAL EN SEGOVIA.

(A. G. de Simancas. Registro G. del Sello, II, 259).

Don Fernando e doña Ysabel, *etc.* a vos, el corregidor, alcaldes e otras justicias qualesquier de la muy noble çibdad de Segovia e a cada uno de vos a quien esta nuestra carta fuere mostrada, salud e graçia. Sepades, que maestro Lope, moro, vezino de la villa de Madrid, nuestro alcalde mayor de las aljamas de los moros destos nuestros regnos e nuestro obreiro mayor de nuestras obras, nos fizo relaçion por su peticion que ante nos, en el nuestro consejo presento, diziendo que nos por le fazer bien e merçed acatando ser cosa conplidera a nuestro servicio, le proveyemos e fizimos merçed del dicho ofiçio de la dicha alcaldia de todas las aljamas de los dichos moros destos nuestros regnos. La qual dicha nuestra carta de merçed el diz que presento en las aljamas de los moros desa dicha çibdad, con la qual diz que les requirio que la obedeciesen e guardasen e cunpliesen so las penas en ellas contenidas, e en guardandola e cunpliendola le recibiesen e oviesen por alcalde mayor de las dichas aljamas de los moros de los dichos nuestros regnos, segund que en la dicha nuestra carta de merçed se contiene e nos por ella enbiamos mandar. La qual dicha aljama de los dichos moros diz que le non quisieron recibir por alcalde segund que en ella se contiene, diziendo e alegando que en vida del rey don Enrrique nuestro hermano de gloriosa memoria que aya santa gloria, non tovieron alcalde mayor, e asy mesmo diziendo e alegando otras escusas e dilaciones ynvedidas por donde non la devian conplir; en lo qual diz que sy asy pasase, diz que el reçibiria en ello mucho agravio e daño e non gozaria de la dicha merçed por nos a el fecha; por ende que nos suplicava e pedia por merçed que cerça dello le proveyese de remedio con justia, de guisa que la dicha nuestra carta de merçed oviese e consiguiese su devido efecto, o como la nuestra merçed fuese. E nos tovimoslo por bien, porque vos mandamos a todos e a cada uno de vos que costringades e apremiedes por todo rigor de derecho a las dichas aljamas de los dichos moros desa dicha çibdad, que luego vista la dicha nuestra carta de merçed, syn otra luenga nin dilacion alguna e syn embargo de las razones en contrario por ellos dichas e alegadas e syn sobre ello mas nos requerir nin consultar nin esperar otra nuestra carta nin mandamiento, resçiban e ayan e tengan al dicho maestro Lope por alcalde mayor de las aljamas de los moros de los dichos nuestros regnos e usen con el en el dicho ofiçio segund que en la dicha nuestra carta de merçed se contiene, e non consyntades nin dedes lugar que contra el thenor e fuerça de la dicha carta nin contra cosa alguna

de lo en ella contenido le vayan nin pasen nin consientan yr nin pasar
E los unos nin los otros non fagades nin fagan ende al por alguna ma-
nera so pena de la nuestra merçed e de diez mill maravedis a cada uno
que lo contrario fiziere para la nuestra camara, e de más mandamos al
ome que vos esta nuestra carta mostrare que vos enplaze que parescades
ante non en la nuestra corte doquier que nos seamos del dia que vos en-
plazare fasta quinze dias primeros syguientes so la dicha pena, so la
qual mandamos a qualquier escrivano publico que para esto fuere lla-
mado que de ende al que vos la mostrare testimonio sygnado con su
sygno porque nos sepamos en como conplides nuestro mandado. Dada
en la muy noble çibdad de Toledo a nueve dias del mes de febrero, año
del Nasçimiento de Nuestro Señor Jhesuchristo de mill e quatroçientos
e ochenta años. Yo el rey, yo la reyna. Yo Alfonso de Avila, secretario
del rey e de la reyna nuestros señores, la fiz escribir por su mandado.
Don Sancho, Andreas, doctor, Petrus, doctor. Registrada, Diego Sanchez.

EL PRINCIPADO JULIO-CLAUDIO

I. EL PRINCIPADO HASTA LOS FLAVIOS

“Con la victoria de Vespasiano sobre Vitelio terminó la orgía de la guerra civil, evidentemente bajo la presión de la opinión pública de Italia y porque los soldados tenían la convicción de haber alcanzado su objetivo. Habían mostrado que el emperador debía ser, no una hechura de los pretorianos, sino el hombre más calificado del Imperio, reconocido como tal por el Ejército, el Senado y el pueblo de Roma, independientemente de su parentesco con la familia de Augusto. De este modo, el año de los cuatro emperadores, aunque sólo fuera un episodio, tuvo importantes consecuencias para el futuro del Imperio y condujo a una nueva fase de la historia del Principado”.

Anteponemos este juicio de Rostovtzeff¹ para incoar una mirada retrospectiva a algunos aspectos del Principado desde Tiberio hasta Vespasiano, bajo cuyo gobierno parece consolidarse de manera creciente la influencia provincial frente al anterior predominio romano e itálico.

Dice Freyer² que Italia está plenamente abierta a los ataques exteriores por la extremada dificultad de la defensa contra las incursiones marítimas y porque la cadena alpina nunca pudo constituir una verdadera defensa. Y ahí radica uno de los problemas decisivos de toda la historia de Italia. Estrabón —sigue Freyer— que redactaba su descripción de Italia bajo la impresión de la *Pax Romana* en vías de plenitud (murió el 25 p. C.), ve con acierto que esta peligrosa situación en el centro del mundo conocido ha sido factor importante en las victorias de Roma porque contribuyó a hacerlas necesarias. “Italia no está en el medio en el sentido en que

1. ROSTOVITZEFF, *Historia social y económica del Imperio Romano*, 1 (trad. esp. 1937), 219.

2. FREYER, *Historia universal de Europa* (tra. esp. 1958), 375.

lo está Egipto, sino que es un trampolín: si no se salta desde él, es sólo un trozo de madera. Italia no es centro sino que debe ser convertida en centro: entonces es cuando es centro". Y el mantener las consecuencias de las victorias exigió tener aguerridos ejércitos permanentes en los territorios conquistados que llegaron a desplazar primero el centro de gravedad y después la sede más importante del Imperio.

* * *

Parece admitido que la obra política de Augusto presenta un rostro bifronte con una cara dirigida a la ciudad de Roma y la otra al Imperio extendido por el orbe de la tierra³. En la literatura sobre el tema es muy discutido el espíritu de la renovación política de Augusto. Una tendencia histórico-jurídica⁴, en la que se incluyen Siber y Kunkel, parece estar más próxima al objetivo perseguido, al menos formalmente, por Augusto: la continuidad constitucional de la *libera res publica*, a la que mediante sus *auctoritas* y sin precisar de más fuerza jurídica que la atribuida a un magistrado fue capaz de guiar, y de ahí que estos autores lleguen a afirmar que la posición de Augusto no es un cargo constitucional ni una Monarquía constitucional en ningún sentido, sino una posición predominante que una personalidad eminente puede alcanzar incluso en el marco de un régimen republicano. Y desde el ángulo iuspublicista creemos acertada esta opinión sobre Augusto.

Otra tendencia interpretativa, sostenida principalmente por historiadores de la Antigüedad y filólogos —von Premerstein, Syme, Wickert, Béranger—, acentúa los rasgos innovadores y cree que hasta cierto punto, la degeneración del Principado en absolutismo, está ya implícita en Augusto. Un historiador norteamericano, Hammond, cree que sobrevino por circunstancias militares⁵. Vittinghoff llega a decir que, "por supuesto, el Principado augusteo, teniendo en cuenta los fundamentos de su poder, era una solapada Monarquía militar"⁶.

3. WIEACKER, *Der römische Staat als Rechtsordnung*, en *Vom römischen Recht* (1961), 38.

4. WIEACKER, *Der römische Staat*, cit. supra, n. 3, 38 n. 10.

5. HAMMOND, *The Antonine Monarchy* (1959).

6. VITTINGHOFF, *Kaiser Augustus* (1959), 54. Mantiene la misma opi-

Esta *duplex interpretatio* no es necesariamente contradictoria⁷, puesto que Augusto para la fundación de su revolucionario régimen se sirve de la continuidad o restauración de instituciones republicanas. Con gran habilidad en el manejo de los medios existentes logra consolidar un proceso revolucionario⁸ iniciado en la época de los Gracos, basado en la idea que, aunque con avances y retrocesos, gana terreno paulatinamente, de sustituir la antigua forma de gobierno por un régimen personal e ilimitado, como Tácito⁹ declara sin ambages: “después de la batalla de Actium el gobierno de uno sólo se convirtió en condición de la paz”. Después de diversos intentos fallidos se dedujo que lo único posible sería la llamada por algunos monocracia militar, porque la multitud de peligros sólo podía afrontarse mediante la concesión de poderes excepcionales a un general muy experto, con el fin de conseguir de modo perdurable el objetivo que César formuló ocasionalmente durante la guerra civil¹⁰: *quietem Italiae, pacem provinciarum, salutem imperii*. Estos eran los anhelos de la época, imposibles de alcanzar por la agotada República y logrados, al menos durante largos períodos, por la forma de gobierno instaurada por Augusto. Suetonio¹¹ pone en boca de César, padre adoptivo de Augusto, aquella declaración incitante: *nihil esse rem publicam, appellationem modo sine corpore ac specie*. Y el Principado viene a colmar este vacío¹².

De ahí que la gran aportación histórica de Augusto radique en unir, de un modo cauto, pero decidido, la idea autocrática con la de la República romana, creando un tipo de gobierno que ha sido calificado de imperial por los historiadores, que determina la organización de Roma durante varios siglos. Esta mudanza no es consecuencia de un hecho constitucional aislado, ni de ley fundamental.

nión PARSY, Blanche, *Désignation et investiture de l'empereur romain* (1963), 205.

7. WIEACKER, *Der römische Staat*, cit. supra n. 3, 38 n. 10.

8. SYME, *The Roman Revolution* (1960), VII.

9. Tac. *hist.* 1, 1: ... *postquam bellatum apud Actium atque omnem potentiam ad anum conferri pacis interfuit*, ...

10. Caes. *bell. civ.* 3, 57, 4.

11. Suet. *div. Jul.* 77.

12. GELZER, rec. a F. B. MARSH, *The Founding of the Roman Empire* (1922), en *Kleine Schriften*, 1 (1962), 269.

alguna, sino que adquiere su configuración a lo largo de los cuarenta y cuatro años de actuación política de Augusto¹³. Se trata de un problema de orden político y social¹⁴.

Wieacker¹⁵ dice acertadamente que ninguno de los poderes especiales y títulos de Augusto es ilegal, puesto que correspondían a los medios con los cuales, desde Sila, se intenta dominar la crisis constitucional; pero ninguno de ellos es legítimo en el sentido de sus funciones en la intacta *res publica* antes de la crisis. Por ello no es de extrañar que un "romano antiguo" como Tácito describa los acontecimientos durante los gobiernos de los primeros príncipes sin paliar las crueldades y con trazos sombríos, evidenciando la decadencia de la República. El epílogo de la misma historia de las instituciones jurídicas romanas demuestra que gran parte del diseño constitucional augusteo encerraba una clara intuición del futuro y que otra gran parte no era más que un anhelo, entre romántico y reaccionario, de conservar artificiosamente un pasado irreversible¹⁶.

* * *

Como la condición fundamental de la ética política son sus hombres, veremos que cuando esta falla, cuando la sociedad de la Urbe deja de proporcionar grandes contingentes militares y equipos de expertos funcionarios, comienzan a reclutarse en las provincias más romanizadas aquellos que han de asumir el peso de la responsabilidad del Imperio. Y en este sentido marca una pauta el primer emperador Flavio que, también bajo una fachada de continuidad, imprime rumbos nuevos en la transformación del gobierno imperial que desde la idea augustea de *res publica restituta* tutelada por un *princeps* camina hacia un declarado monocratismo bajo la custodia de un *imperator*. Y vale la pena observar que este desarrollo se intensifica especialmente en los períodos de máximo respeto a la tra-

13. VITTINGHOFF, *Kaiser Augustus* (1959), 47.

14. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana. IV Parte prima* (1962), 270.

15. WIEACKER, *Der römische Staat, cit. supra* n. 3, 39.

16. FREZZA, *Corso di Storia del Diritto romano* (1954), 264.

dición augustea, bajo Vespasiano, Trajano o Marco Aurelio¹⁷. El mismo Augusto, cuya personalidad influye de modo decisivo en el carácter eminentemente romano del Principado que instaura, está más ligado a la tradición romana que César y otros políticos de la República tardía y sus afanes de tradicionalismo quizá radiquen en que él no pertenecía a ninguna de las familias de la nobleza más rancia¹⁸. Este fenómeno se reitera en Vespasiano que, por lo modesto de su linaje, intenta conectar lo más estrechamente posible con los emperadores Julio-Claudios.

El actuar de Augusto aparece retrospectivamente como obediente a un sistema preconcebido y bien equilibrado. Las oscilaciones de algunos de sus sucesores ponen en graves peligros la estabilidad que él logra y a veces cosechan frutos funestos. Augusto tenía un tacto muy fino y era un experimentador precavido que sabía captar las necesidades y posibilidades del momento y cuya característica quizá no sea tanto la agudeza de sus planes como la tenacidad por alcanzar sus aspiraciones. Precisamente por su cautela se guarda muy bien de imponer a priori los medios constitucionales que introduce como fundamento de un orden duradero. No quiere aterrorizar a sus contrarios con la idea de un destino definitivo, sino que se reserva la posibilidad de intentar algo distinto si las circunstancias lo aconsejaban. De ahí que todas las innovaciones importantes estuvieran temporalmente limitadas a cinco o diez años, con eventual prórroga¹⁹. A diferencia de Augusto, el fragmento que se conserva de la llamada *lex de imperio Vespasiani* dice en su párrafo 6: *utique quaecumque ex usu rei publicae maiestateque divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse conserbit, ei agere ius potestasque sit...* Esta amplitud de poderes que la inscripción constata es una muestra evidente del cambio ocurrido en el Principado cuarenta años después de la muerte del fundador que no habría declarado formalmente tal amplitud de poderes aunque fuera realmente su detentador. Hay que observar además que en la *lex de imperio Vespasiani* no aparece una limitación tempo-

17. HAMMOND, *The Antoine Monarchy*, cit. supra n. 5, X.

18. KUNKEL, *Bericht über neuere Arbeiten zur römischen Verfassungsgeschichte* II, en ZSS, 73 (1956), 310.

19. HEUSS, *Römische Geschichte* (1960), 271.

ral como ocurre con Augusto e incluso, veinte siglos después, con la *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933, cuya vigencia fue prorrogada por decisión del Reichstag en 1937 y 1939, y el 10 de mayo de 1943 por Hitler mismo en atención al estado de guerra ²⁰.

Es evidente que la persistencia del Imperio romano durante más de dos centurias en la forma constitucional de Augusto es la mejor prueba a favor de la aportación política de su fundador. Incluso después hubo de transcurrir mucho tiempo hasta que la configuración del Principado augusteo fuera sustituida por otra. Los cimientos de este edificio cuyas piedras angulares son los dos poderes masivos del *imperium*, que tiene subordinados al resto de los magistrados, y la *tribunicia potestas* a la que también estaba subordinada la *intercessio* de los tribunos de la plebe ²¹, es decir la absoluta prepotencia militar y política de Augusto ²², estaban tan seguros que en nada cambian hasta la gran crisis militar del s. III. No sólo fueron capaces de sostener la construcción elevada por Augusto, sino que su resistencia aguantó las ulteriores estructuras internas exigidas por los tiempos. Ningún otro emperador se vio forzado a cambios esenciales, pues los que los nuevos tiempos exigían podían insertarse sin esfuerzo en la armazón originaria. Sus sucesores sólo tenían que recorrer un camino ya trazado y cumplir un programa delineado en sus trazos fundamentales, ya que, en general, no fue precisa mucha más iniciativa creadora que la exigida por una cierta capacidad de gestión, porque los asuntos se solucionaban muchas veces por sí mismos y encontraban salida por su enfoque inicial.

Tiberio (14-37) formalizaba su elevación ²³ imitando el acto del 13 de enero del 27 a. C. cuando su antecesor comienza a fundar

20. SCHMITT, *Der Zugang zum Machthaber, ein zentrales verfassungsrechtliches Problem* (1947), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1958), 453. El "último cultivador del *ius publicum europaeum*", paseando por La Alameda en un mediodía soleado de Santiago de Compostela en marzo de 1962, me decía después de exhibirme yo el texto de la *lex de imperio Vespasiani* que era la "tollste Ermächtigungsgesetz" que jamás había visto.

21. GELZER, *Aufstieg und Untergang der alten Rom und des römischen Imperiums*, en *Kleine Schriften*, 1 (1926), 255.

22. GELZER, *ob. cit. supra*, n. 12, 269.

23. Sobre Tiberio vid. últimamente SATTLER, *Studien aus dem Gebiet der Alten Geschichte* (1962), y la rec. por KIESSLING, en *ZSS*, 80 (1963), 428 y ss.

el Principado. Aunque Tácito describe la escena como reveladora de la hipocresía de Tiberio y del servilismo del Senado²⁴, Tiberio deja que el Senado le ruegue la aceptación del poder y en su actuar parece que se mueve con resistencias visibles y una cierta apatía, quizá motivada entre otras causas, por lo avanzado de su edad. En el trato personal con los senadores se preocupa de acortar distancias y suprimir cualquier diferencia de rango. Es contrario a que le veneren, incluso en las provincias. Se preocupa de los derechos de la antigua *res publica* y en ello va más lejos que Augusto. Se acuñan monedas con los símbolos del Senado, venerado como divinidad en Oriente junto con el emperador, lo cual se debe al deseo de Tiberio de que el Senado, como víscera central de la *res publica* funcione todavía realmente y goce de auténtica efectividad, hasta tal punto que presenta a su consideración asuntos de índole militar, hasta entonces de privativa competencia del príncipe. Además le inviste de prerrogativas, que nunca tuvo bajo Augusto, con el fin de atribuirle una posición aproximada a su rango anterior teniendo en cuenta las modificaciones circunstanciales del Imperio.

Calígula (37-41), hijo de Germánico y Agripina y nieto adoptivo de Tiberio, es elevado al trono por el Senado como solución oportunista, porque en este príncipe, siguiendo el proyecto de Augusto, aparecía la figura de su padre Germánico por quien Augusto había tenido clara predilección, y aunque carente de cualidades, sin haber desempeñado magistratura alguna y con la edad de veinticinco años, era, sin embargo, el único hombre emparentado en línea recta con Augusto. Lo desastroso de su breve gobierno no fue más que el símbolo de lo que podía llegar a ser una Monarquía descarada. Fue asesinado por la guardia pretoriana.

Le sucede Claudio (41-54), tío de Calígula por ser hermano de su padre Germánico. En el Senado se levantaron voces en pro de la restauración de la República, lo cual era comprensible después de Calígula, y entre tanto los pretorianos, antes que el Senado adoptase un acuerdo que consolidase la situación, le proclaman emperador y el Senado lo acepta. El motivo de su elevación radica asimismo

24. Tac. ann. 1, 11: *Versae ad Tiberium preces. et ille varie disserebat, de magnitudine imperii, sua modestia. solam divi Augusti mentem tantae molis capacem...*

en su parentesco con Augusto y no en sus relevantes cualidades humanas aunque era trabajador ordenado y supo rodearse de un equipo eficaz al mismo tiempo que restaura hasta cierto punto el prestigio de los magistrados y del Senado y logra crear la provincia de *Britannia*. Accediendo a las presiones de su segunda mujer Julia Agripina, hija de Germánico, adopta a Nerón, hijo que ella tenía de su anterior matrimonio con Domicio Ahenobardo, soslayando a Británico hijo de su matrimonio con Valeria Mesalina.

Nerón (54-68) es recibido con grandes esperanzas. Estaba emparentado con Augusto por línea paterna y materna. En su proclamación imperial se dice de modo expreso que el Senado funcionará auténticamente en contraposición al gobierno de gabinete preferido por Claudio, y la jurisdicción imperial es cercenada en favor del Senado. Pero todo esto fue cierto únicamente durante los primeros años de la juventud de Nerón porque después parece que pretende convertir al Imperio en una Monarquía helenística y surge de las provincias el *vindex a Nerone libertatis*. La rebelión comienza el 68 en las Galias, al frente de C. Julio Vindex, gobernador de la Lugdunense. Nerón no acierta a emprender un contraataque y espera hasta ser abandonado por Roma y el Senado. La indignidad de su vida es coronada por la ignominia de su muerte por suicidio.

Muerto el último emperador de la familia Julio-Claudia surge la gran crisis político-militar del s. I en el año 69 caracterizado por Tácito como *annus rei publicae prope supremus*²⁵, cuyo desenlace viene a demostrar otras palabras puestas por Tácito en boca de Tiberio: *principes mortales, rem publicam aeternam esse*²⁶.

* * *

El Principado se va consolidando como institución que, obediente a la exigencia que lo hace naturalmente portador de un ordenamiento especial no puede menos de continuar simultáneamente el ordenamiento republicano. Y esta es la ley de la evolución histórica del ordenamiento constitucional del Principado: "el desarrollo

25. Tac. *hist.* 1, 11.

26. Tac. *ann.* 3, 6.

de las formas jurídicas de un poder que niega los principios de la constitución republicana y que sin embargo encuentra en el mantenimiento de las formas republicanas la estabilidad necesaria para la continuidad del propio desarrollo”²⁷, porque es evidente que los cargos por el solo hecho de acumularse en la misma persona y por su prórroga al principio por un cierto número de años y después vitaliciamente, no son más que empréstitos inevitables del viejo vocabulario republicano para designar, con las instituciones de un envejecido ordenamiento el contenido de un poder sustancialmente inconmensurable²⁸.

Kunkel²⁹ al enumerar las conclusiones de una de las partes del libro de Béranger³⁰ dice que todas las relaciones del *princeps* y su poder tienen solamente un valor aproximativo y se refieren a instituciones “al margen de las cuales vivía el Principado”. Y dice Béranger³¹ que por perder de vista esta marginalidad a veces se ha creado una terminología y unos módulos seudocientíficos, juicio, que a pesar de su dureza, Kunkel estima adecuado³², al menos en gran medida, y precisamente por este error de apreciación Siber considera al Principado como la última parte de la historia constitucional republicana y, conscientemente no penetra en el ámbito metajurídico de la ideología del Principado³³. Wickert³⁴ acentúa también los rasgos absolutistas del Principado pero ya inicialmente, y coincidiendo con Béranger, rechaza la diferencia periódica entre Principado y Dominado porque desde Augusto hasta la época tardía ve no sólo continuidad, sino identidad tanto en la ideología como en la realidad política³⁵. El desarrollo histórico es, para estos autores, poco más o menos que un proceso de subida de telón que ocurrió con gran rapidez, al menos para los ojos perspicaces. Y

27. FREZZA, *Corso*, cit. supra n. 16, 238.

28. FREZZA, *Corso*, cit. supra n. 16 230 y s.

29. KUNKEL, *Bericht über neuere Arbeiten zur römischen Verfassungsgeschichte* III, en *ZSS*, 75 (1958) 303.

30. BÉRANGER, *Recherches sur l'aspect idéologique du Principat* (1953).

31. BÉRANGER, *Recherches*, cit., 132 y s.

32. KUNKEL, *Bericht*, I, en *ZSS*, 72 (1955), 303.

33. KUNKEL, *Bericht*, I, cit. supra, n. 32, 294.

34. WICKERT, s. v. *Princeps*, en *PW* (1954), 2131 y ss.

35. KUNKEL, *Bericht*, III, cit. supra, n. 29 324.

son bastante convincentes los argumentos que Wickert presenta³⁶ a favor de la tesis que considera al *princeps* como *dominus*. En efecto escribe: Cuando Tácito³⁷ dice *Africa ac legiones in ea interfecto Clodio Macro contenta qualicumque principe post experimentum domini minoris...* (el *dominus* es aquí Clodio Macer), puede deducirse que para Tácito todo *princeps* es un *dominus*. Otón se rebaja al principio por la voluntad de *dominatio*: *omnia serviliter pro dominatione*, como dice Tácito³⁸, con afilada expresión antitética; después de renunciar a luchar por la *dominatio* como narra Suetonio³⁹: *ne tantum rerum hominumque periculo dominationem sibi asserere perseveraret*. Vitelio fue *inrepentibus dominationis magistris* (= τυραννοδιδάσκαλοι) *superbior et atrocior*⁴⁰. Y escribe asimismo Wickert⁴¹ que desde los comienzos del Principado se usa la denominación de *princeps* como *dominus*, y ya en tiempo de los emperadores adoptivos, cuando la idea del príncipe se realiza más puramente, está tan incrustada que indica unívocamente tanto el carácter del Principado temprano como el del tardío. Y a la inversa: el término *princeps* persiste hasta la época del Dominado como la más frecuente designación del emperador.

Béranger, como filólogo, corrige el hecho de que una parte de la literatura moderna considere al régimen imperial como la transformación lenta y progresiva de una atemperada Monarquía en el absolutismo real del Bajo Imperio, y dice que esta oposición descansa por una parte en la interpretación arbitraria de *principatus* y por otra parte en el empleo abusivo de *dominatus* (*dominatio*). “El Principado ha sido sustituido paulatinamente por un régimen quimérico producto de la especulación moderna”⁴². Y junto con Kunkel⁴³ estamos de acuerdo con Béranger en este modo de ver respecto a la pura división de poderes, aunque el poder no es la única realidad política, primordialmente en Roma, cuyo orden social

36. WICKERT, s. v. *Princeps*, cit., VIII. B. 8.

37. Tac. *hist.* 1, 11.

38. Tac. *hist.* 1, 36.

39. Suet. *Otho* 9, 3.

40. Tac. *hist.* 2, 63.

41. WICKERT, s. v. *Princeps*, cit., 2135.

42. BÉRANGER, *Recherches*, cit. 61.

43. KUNKEL, *Bericht*, cit. *supra*, n. 29, 324.

y jurídico se caracteriza por el reconocimiento de relaciones de poder limitadas en su ejercicio por otras fuerzas orientadas por la tradición y la moral. Sin embargo, aunque esta constatación de Kunkel sea cierta, también lo es el hecho de que Tácito designe al Principado como un mal necesario aunque no por ello pequeño y que en contradicción con la terminología oficial, lo caracterice de *dominatio*. Tácito niega la existencia de la *libertas* y sobre todo de la *res publica* bajo el Principado. Y no puede negarse que Tácito fuera un historiador perspicaz. Wickert s. v. Princeps en la RE no tiene inconveniente en titular un epigrafe, el VIII B 9: Conclusión: el *princeps* "Herr des Staates".

Está admitido que ya en el s. II existe un poderoso gobierno central muy consolidado que rige las relaciones exteriores, el ejército y las finanzas. En nombre de este gobierno central actúan sus agentes militares y civiles. Se tenía una cierta consideración al Senado en cuanto que teóricamente transmitía el poder supremo al nuevo emperador, aunque en realidad sus funciones de gobierno son secundarias y actúa más bien como consejo y como tribunal⁴⁴. Debido a esta discrepancia entre apariencia y realidad, la terminología del Principado es imprecisa⁴⁵ porque en su conjunto no se distingue de la republicana que se adapta al nuevo régimen en cuanto que éste pretende perpetuar y restaurar las antiguas instituciones. Béranger estudia⁴⁶ los términos *princeps*, ἡγεμών, *dux*, αὐτοκράτωρ, *imperator*, *principatus*, *dominatus*, *imperium maius*, *tribunicia potestas*, *consulare imperium*, *tribunado consular*, *auctoritas*, y concluye que ninguna de estas expresiones conviene al Principado propiamente dicho en cuanto que son vagas y en cuanto que existían igualmente en la República. El romano confunde prácticamente *princeps-imperator-principatus-imperium-dominatio* y la sinonimia aparece desde tiempos de Augusto. Por otra parte del copioso material que Wickert aporta e interpreta se deduce, como creemos, que no ha existido un concepto unívoco del *princeps* o un "Principado" en la

44. ROSTOVITZEFF, *Historia*, cit. supra, n. 1, 266.

45. BÉRANGER, *Recherches*, cit. 132.

46. BÉRANGER, *Recherches*, cit. 31-136.

época republicana⁴⁷. Esta imprecisión terminológica ayudaría a mantener entre celajes, al menos teóricos, la realidad íntima del Principado que no es órgano surgido de las magistraturas republicanas que continuaron funcionando a través suyo, sino que es la Monarquía moral, ideal, de un particular al que sus méritos personales han elevado sobre sus conciudadanos y acercado a los dioses⁴⁸. El Principado era, prácticamente, el absolutismo en cuanto esto significa que el poder del príncipe era ilimitado. Acertadamente lo expresa Kunkel⁴⁹: "En realidad esta "restauración de la República significaba la creación de un nuevo poder monárquico, pero no incrustado propiamente en la constitución, sino colocado a su vera". El mismo término *dominatus* (*dominatio*) que en el lenguaje político de la República tardía, e incluso en la ideología augustea, significaba, con su cariz muy negativo, cualquier poder que aplastase la libertad, ya sea de un individuo, ya de un grupo, algo más tarde, especialmente en los historiadores a partir de Tácito y Suetonio, se usa cada vez más en el sentido natural de "gobierno"⁵⁰.

Observa asimismo Wickert⁵¹ que analizando las concepciones de la propiedad del príncipe puede apreciarse claramente cómo la forma del Principado se llena con un contenido monárquico-absolutista y la libertad de la época republicana se va extinguiendo: Estas concepciones de la propiedad descansan en gran parte en los lazos de clientela que hacen hablar a Augusto de *exercitus meus* en el monumento Ancirano. En Dion Casio⁵² dice Tiberio en su discurso sobre Augusto que éste gastó su patrimonio privado para fines políticos, pero que el patrimonio público lo ha tratado como si fuera suyo propio aunque sin invertirlo para fines privados: Esto pudo corresponder a la realidad, pero sólo hasta cierto punto, como lo demuestra el hecho de que Vespasiano, hombre muy pru-

47. KUNKEL, *Bericht, cit. supra*, n. 29, 313.

48. BÉRANGER, *Recherches, cit.* 283.

49. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* (1960), 33.

50. KUNKEL, *Bericht, cit. supra*, n. 29, 351.

51. WICKERT, s. v. *Princeps, cit.*, 2100.

52. WICKERT, s. v. *Princeps, cit.*, 2107.

dente en asuntos económicos, suscite hilaridad al afirmar que los gastos que hace los sufraga con su propio patrimonio⁵³.

En fin de cuentas el Principado quiere ser un gobierno eficaz frente al régimen anterior. La continuidad del poder descansa primero en la continuidad de la tradición familiar de los Césares. El gobierno de Claudio significa el paulatino tránsito de la familia a la institución; Claudio ya no es Julio, pero asume el nombre de César y la tradición augustea de gobierno. Claudio, Nerón y después los cuatro emperadores de la crisis pueden distanciarse cada vez más de la persona de su predecesor sin destruir con ello la continuidad de la institución. Cuanto más independiente es el poder de la tradición familiar de los Césares será tanto más fácil su traspaso a otra familia. Después del final de la familia Julio-Claudia, se cumple el desarrollo iniciado bajo Claudio y Nerón. El poder se hace independiente como institución, pero asume como fósil el nombre y tradición de los Césares⁵⁴. Y la atribución de este poder, una vez que el Principado se ha institucionalizado, compete teóricamente al Senado que lo atribuye formalmente, pero de hecho parte de la aclamación de los soldados. Esta situación hace que en ocasiones el emperador ya elegido por las tropas se excuse cortésmente ante el Senado con el gesto de la *refutatio imperii* que, espontáneo o tradicional, sincero o hipócrita, tenía cierto sentido por estilizar un diálogo convencional entre el pueblo; o la fracción que lo representaba, y el nuevo jefe elegido. Afectando ceder a la voz pública, el nuevo príncipe afirmaba bien alto que el poder le era impuesto. Las etapas del *cursus honorum* son quemadas o teóricas; lo que interesa es ponerse en situación de actuar, lo que importa es la eficacia. Y como el príncipe sigue siendo, en sentido estricto, un particular, un *privatus*, insiste él mismo en su cualidad de simple ciudadano. Este era el mejor medio de afirmar su fidelidad a la República que ha implorado su auxilio... *ad tuendam plebem*.

Sin embargo, a pesar de su complejidad, el Principado presenta una cierta unidad cuando es considerado desde la lejanía. A poca

53. WICKERT, s. v. *Princeps*, cit., 2107.

54. TIMPE, *Untersuchungen zur Kontinuität des frühen Prinzipats*, en *Historia Einzelschriften* (1962), 125 ss.

distancia no es más que una sucesión de intervalos irregulares⁵⁵, un desfile de personajes sumamente variado y vistoso, de los que unos alcanzaron el poder por un golpe de mano, otros subieron forzados por las circunstancias y otros, por fin, lo heredaron de un padre real o adoptivo. La misma elasticidad de la cronología impide señalar con certeza una demarcación entre la actividad privada y la actividad del príncipe. Los antiguos muestran una sorprendente indiferencia respecto al advenimiento oficial, lo cual es comprensible si tenemos en cuenta que el *dies imperii* era desplazable ya que realmente era el día de las primeras manifestaciones de poder, momento en el que intervienen la superstición, el misticismo, la credulidad, sinceros o explotables con fines políticos, y no exactamente el día en que el príncipe recibía formalmente los poderes del Senado. Lo importante no era una situación jurídica que habría paralizado los esfuerzos, sino la eficacia de su intervención. Y esta forma de poder, amalgama de realismo y especulación —en expresión feliz de Béranger⁵⁶— asegura la paz y el gobierno del mundo mediterráneo durante siglos. Nacida de las necesidades y obediente a ellas, era flexible, libre de la letra, accesible a las diversas mentalidades, respetuosa del genio local. Es cierto que sancionaba la fuerza bruta, pero los príncipes comprendieron que la fuerza destruye a la fuerza y de ahí el preponderante papel del ejército a lo largo del Principado.

II. EL SENADO Y LAS ELECCIONES

En un hecho histórico evidente que en la evolución del Principado en el s. I de su existencia juega un papel predominante *de facto* el ejército y *de iure* el Senado bajo cuyo control habían caído las elecciones como tendremos ocasión de apreciar más adelante.

En la Roma republicana la fuerza política descansa en la pertenencia al Senado conformado por los magistrados elegidos por el pueblo. Es decir, es más poderoso aquel que merced a sus clientes y amigos puede movilizar mayor número de electores. De la

55. BÉRANGER, *Recherches*, cit. 278 ss.

56. BÉRANGER, *Recherches*, cit., 284.

esencia de la *nobilitas*, entendiéndolo por tal con Gelzer⁵⁷ la descendencia de los políticos más afortunados, se sigue la heredabilidad de la fuerza política en las grandes casas nobiliarias. Este predominio de la nobleza es paulatinamente sustituido por el del príncipe, aunque éste no cree nuevos nobles, sino que acepte los existentes y los reconozca como tales. Según la interpretación de Gelzer⁵⁸, Plinio entiende por *nobilitas* sólo los nobles republicanos, concepto que sufre una limitación durante el Imperio. En la *libera res publica* se consideraban nobles aquellos cuyos antecesores hubieran sido cónsules. En el Imperio también se tenía en cuenta el árbol genealógico por parte de madre. Conviene aclarar, sin embargo, que el concepto *nobilitas* nada tuvo que ver ni en la República ni en el Principado con lo que hoy llamamos derecho constitucional, ya que no otorga privilegios jurídicos, sino que sólo es una caracterización cualitativa de importancia senatorial⁵⁹. Por otra parte en el Principado hay que distinguir la *nobilitas* antigua del otro tipo de "nobleza" que el emperador otorga mediante atribución del patriciado. Así, por ejemplo, Galba pertenecía a la antigua nobleza⁶⁰ mientras que Otón era patricio⁶¹, pero no *nobilis*⁶².

Cuando cae el "perturbador" de la nobleza, Cayo Julio César, ya es imposible restaurar la situación anterior. Los miembros de la antigua nobleza que lograron sobrevivir hacen formalmente las paces con el Principado pero, con acendrado exclusivismo mantienen su rango libre de intromisiones monárquicas y cortesanas⁶³ y sigue formando, lo mismo que en los mejores tiempos, el estrato social superior al que el príncipe podía pertenecer, pero no estaba

57. GELZER, *Die Nobilität der römischen Republik* (1912), en *Kleine Schriften*, 1 (1962), 134.

58. GELZER, *Die Nobilität der Kaiserzeit* (1915), en *Kleine Schriften*, 1 (1962), 137.

59. GELZER, *Die Nobilität der Kaiserzeit*, cit., 145.

60. Suet. *Galba*, 2: *Neroni Galba successit nullo gradu contingens Caesarem domum, sed haud dubie nobilissimus magnaue et vetere prosapia...*

61. Suet. *Otho*, 1, 3: *... prosecutus est eum Claudius adlectum inter patricios...*

62. Tac. *hist.* 2, 48: *... post Julios Claudios Servios se primum in familiam novam imperium intulisse...*

63. GELZER, *Die Nobilität der Kaiserzeit*, cit., 148.

sobre él. En época de Augusto, Tiberio y Claudio la nobleza goza de grandes prerrogativas, pero, sin embargo, la hace peligrar la extendida opinión de que únicamente a la *nobilitas* competía la designación del príncipe. Nerón elimina a muchos nobles por participar en conspiraciones, por parecer sospechosos... de modo que durante su gobierno son muy disminuidas las filas nobiliarias. Galba y Otón en cambio, intentan indemnizar a los nobles sobrevivientes y restaurarles sus antiguas prerrogativas⁶⁴, mientras que bajo Domiciano vuelven a vivir tiempos duros⁶⁵.

El ascenso de Otón y los Flavios termina con la idea de que los emperadores habían de ser proporcionados por la nobleza. Sin embargo, el *odium regni* y la idea de que sólo el Senado y el *ordo senatorial* estaban llamados a regir la *res publica* estaban muy arraigados en los ciudadanos y tras los linajes senatoriales existían grandes clientelas en Roma, en Italia y en las provincias⁶⁶.

Como observa Freyer⁶⁷, aunque Tácito diga que el emperador es elegido por la decisión del Senado y la aprobación de la milicia, para hacer honor a la verdad es preciso invertir esta fórmula, como lo demuestra la historia de las primeras elecciones imperiales. Pero a pesar de todo, *de iure*, el Senado otorga al nuevo príncipe los poderes que Octavio Augusto tuvo y este derecho es observado por ambas partes. Aunque Calígula, Vespasiano y Domiciano opriman al Senado, la dignidad de éste se mantiene y constituye una parte esencial de la dignidad imperial el mantener como el más noble entre los nobles, como *primus inter pares* la plenitud de su poder, pero dentro estrictamente de las viejas formas. No hay duda de que después de los nombramientos senatoriales que hace Vespasiano poco queda del antiguo Senado. Las familias de la antigua nobleza se han extinguido o han sido extirpadas, y es trágico, como dice Gelzer⁶⁸, que la decadencia de la nobleza bajo cuya dirección se incrementó el poderío y la expansión de Roma, fuera fundamentalmente un problema económico. El mismo

64. Suet. *Galba*, 10, 1; Tac. *hist.* 1, 77; 2, 92.

65. Tac. *Agrícola*, 45.

66. KUNKEL, *Bericht*, cit. *supra*, n. 29, 340.

67. FREYER, *Historia*, cit. *supra*, n. 2, 415.

68. GELZER, *Die Nobilität der Kaiserzeit*, cit. 153.

Tácito llega a llamar a la nobleza del año de los cuatro emperadores *segnis et oblita bellorum nobilitas*⁶⁹, cuando no *flebilis et egens nobilium turba*⁷⁰.

La nueva nobleza senatorial⁷¹ creada por los emperadores mediante atribución del patriciado echando mano de la aristocracia de las ciudades itálicas y de las provincias occidentales más romanizadas llega a sustituir enteramente a la antigua nobleza republicana, de tal manera que en el siglo II el Senado sólo nominalmente equivale al que Augusto halló y modificó con múltiples ennoblecimientos. Es latino todavía, pero apenas es romano en cuanto a su origen, aunque lo sea en su espíritu y orientación: una corporación de funcionarios experimentados y de hábiles generales con años de práctica en la administración del Imperio.

En el siglo I el Senado parece que tiene un papel preponderante en la atribución formal de los poderes imperiales y Tácito, como es comprensible dada su situación personal lo pone de relieve con meridiana nitidez. Respecto a Otón dice: *vocat senatum praetor urbanus, certant adulationibus ceteri magistratus, adcurrunt patres: decernitur Othoni tribunicia potestas et nomen Augusti et omnes principum honores*⁷². Respecto a Vitelio: *in senatu cuncta longis aliorum principatibus composita statim decernuntur*⁷³. Respecto a Vespasiano: *at Romae senatus cuncta principibus solita Vespasiano decernit*⁷⁴. En lo tocante a Vespasiano se conserva también la llamada *lex de imperio Vespasiani* de la que trataremos en otra sede.

Decía hace años Madvig⁷⁵ que con ocasión de los ascensos al trono posiblemente se daría a los senadoconsultos la apariencia y el valor de una *lex*, añadiendo quizás ciertas formalidades ex-

69. Tac. *hist.* 1, 88.

70. Tac. *hist.* 2, 92.

71. DE MARTINO, *Storia*, cit. *supra*, n. 14, p. 338.

72. Tac. *hist.* 1, 47.

73. Tac. *hist.* 2, 55.

74. Tac. *hist.* 4, 3.

75. MADVIG, *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates*, 1 (1881), 546.

76. Cfr. MADVIG, *Die Verfassung*, cit. Sobre la *lex curiata* vid. LÜBTOW, *Die lex de imperio*, en *ZSS*, 69 (1962), 154 ss.

ternas lo mismo que vemos cómo los cónsules elegidos en el Senado eran proclamados en un simulacro de comicios y que quizá esta hipótesis explicase las expresiones de los juristas relativas a una *lex* con ocasión de las transmisiones de poder. Madvig rechaza la analogía entre esta posible *lex* de transmisión de poderes y la *lex curiata de imperio* de la época republicana⁷⁶. Otro tratadista del derecho público romano, Willems, sostiene una opinión muy parecida a la de Madvig, ya que tras constatar que a falta de sucesor designado, el candidato al poder imperial era proclamado ordinariamente por los pretorianos o por las legiones, aclara que fuera cual fuese el modo de designación del emperador, sus títulos y sus poderes le eran conferidos por senadoconsulto⁷⁷, y concreta dos referencias de los historiadores de la Antigüedad: “A Augusto estos poderes le fueron conferidos sucesivamente y la mayoría de ellos renovados cada diez años (Dión Casio 53, 16, 18). Bajo Tiberio las fiestas decenales (*vota decennialia*) habían reemplazado esta renovación decenal (Dión Casio 47, 29; 48, 24; cfr. 53, 16) y muy poco después (al menos después de Otón y Vespasiano) el conjunto de los poderes imperiales fue acordado en el momento del ascenso al trono por un solo senado consulto (Tácito, *hist.* I, 47; 2, 55; 4, 3; Dión Casio 63, 29; 64, 8; cfr. 53, 16, 18; 59, 3) que sometido a la aclamación del pueblo en el campo de Marte se llamaba *lex de imperio* (Gayo I, 5; D. I, 4, 1; Dión Casio 53, 32) Más tarde la intervención del pueblo cesó completamente”.

Y estos autores estaban bastante en lo cierto, siendo mayor su mérito por desconocer la *Tabula Hebana* a la que pronto nos referiremos.

Aunque sea verdad que el Senado intervenía en la atribución formal de los poderes, también lo es que el emperador no sólo controlaba los puestos que cualificaban para la carrera senatorial, sino que ejercía, asimismo, una inspección directa o indirecta sobre la elección de los magistrados. De ahí que si esto es exacto y es también cierto que las elecciones de los magistrados pasaron a ser de competencia del Senado, hay que admitir lo formal de la intervención de este ilustre estamento en la elección imperial.

⁷⁷. WILLEMS, *Le droit publique romain*⁸ (1874), 308 y s. Existe una 7.^a ed. que no pudimos consultar.

Ya en la República la posibilidad de que el ciudadano corriente llegase a participar de modo directo en la vida política era francamente limitada. El ciudadano tenía derecho a escuchar en una *contio*; tal vez podría expresar su anuencia o desacuerdo masivamente; de vez en cuando entregaba las tablillas con su voto en los comicios de la plebe y antes de la votación recibía el apretón de manos de los candidatos aprovechando la oportunidad para aceptar el precio del soborno. El acceso al plano de la influencia política real sólo era accesible a los muy pocos que además de linaje gozaban de patrimonio y de una tupida red de relaciones⁷⁸. En este sentido, sigue diciendo Kunkel, en el Principado las circunstancias son, hasta un cierto punto, más favorables que durante la República, porque gracias al desarrollo de la administración imperial se franquea el acceso a los puestos de Gobierno a mayor número de miembros del orden ecuestre, y de ahí el principio formulado por Mommsen⁷⁹ en un momento de euforia democratizante decimonónica, de que en la República cada ciudadano, siempre que no hubiera leyes especiales que lo impidiesen, ha de ser considerado como capaz para cualquier cargo de la administración, no existió ni en la pura teoría⁸⁰ y tiene análoga validez al dicho atribuido a Napoleón, según el cual todo soldado llevaba el bastón de mariscal en el macuto. En Salustio pueden encontrarse testimonios elocuentes en este sentido⁸¹.

Y esta función electoral es la que más tiempo persiste, aunque también en ella los comicios sean cada vez más, como hemos obser-

78. KUNKEL, *Bericht*, cit. supra, n. 29, 334.

79. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 1 (1887), 498.

80. KUNKEL, *Bericht*, cit. supra, n. 29, 334.

81. Después de la destrucción de Cartago (146 a. C.) dice el historiador, *bell iug.* 41, 6 s.: *Ceterum nobilitas factione magis pollebat, plebis vis soluta atque dispersa in multitudine minus poterat. Paucorum arbitrio belli domique agitabatur, penes eosdem aerarium, provinciae, magistratus, gloriae triumphique erant: populus militia atque inopia urgebatur, praedes bellicas imperatores cum paucis diripiebant.*—Refiriéndose a la época de Mario, dice *bel ing.* 63, 6 s.: *Tamen is ad id locorum talis vir —nam postea ambitione praiceps datus est— consulatum adpetere non audebat. Etiam tum alios magistratus plebs, consulatum nobilitas inter se per manus tradebat. Novos nemo tam clarus neque tam egregiis factis erat, quin is indignus illo honore et quasi pollutus haberetur.*

vado, titulares de un poder que se convierte o en algo meramente formal —como en la elección de los magistrados republicanos— o si adquiere un significado sustancial viene a negar en sus efectos aquella “soberanía” del pueblo que afirma en línea de principio; y este es el caso de la llamada *lex de imperio*⁸².

La elección de los magistrados pasa pues del pueblo al Senado, ya que llega a ser insostenible la ficción de que el pueblo de Roma se identifica con la totalidad de los ciudadanos romanos y, por consiguiente, parece bastante claro que a partir de un determinado momento el acto material de elección se realiza en el Senado asistiendo alguna representación del orden ecuestre⁸³ y al pueblo no le queda más remedio que asentir. Esta modificación, que debió quedar firme ya desde Tiberio, hace decaer a las organizaciones ligadas a los antiguos métodos electivos con el fin de ganar prestigio ante el público, granjearse clientes políticos y estrechar alianzas electorales; es decir, comienza a talarse el árbol del patronazgo político de la aristocracia y el emperador llega a poseer el monopolio de la adjudicación de cargos en las provincias y en la misma Italia quedando definitivamente cercenadas las facultades del antiguo orden senatorial hasta el punto de impedirles viajar para mantener relaciones con los súbditos del Imperio.

* * *

Como es sabido, ha suscitado importantes discusiones la *Tabula Hebana*, de la antigua Heba, hoy Magliano entre Orbetello y Grosseto, en Toscana, descubierta en 1947⁸⁴. Esta epigrafía da noticia de una *lex Valeria Cornelia* del 5 d. C., según la cual en las elecciones anuales se daba noticia solemne (*renuntiatio*) de una elección previa (*destinatio*) hecha por la asamblea constituida por senadores y équites agrupados en diez centurias, que fueron aumentadas en cinco más mediante la *lex de honoribus Germanico decernendis* del 19 ó 20 d. C.

Al comparar el texto de la *Tabula Hebana* con las noticias

82. FREZZA, *Corso*, cit. supra, n. 16, 244.

83. HEUSS, *Römische Geschichte* (1960), 269.

84. Cfr. por todos HAMMOND, *The Antonine Monarchy* (1959), 289 ss. y de modo especial las notas.

de Tácito surgen algunas dificultades. Según este historiador, cuando Augusto muere, ya habían sido elegidos los cónsules para el año 15, pero no los pretores. El elenco había sido redactado y estaba dispuesto para ser presentado a la aprobación del cuerpo electoral. Tiberio lee esta lista al Senado: *Candidatos praeturae duodecim nominavit, numerum ab Augusto traditum; et hortante senatu ut auget, iure iurando obstrinxit se non excessurum*⁸⁵. Como dice Syme⁸⁶, para explicar el significado de la actuación del nuevo gobernante, Tácito intercala una observación: *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt*⁸⁷. De modo similar, describe las primeras elecciones consulares del año siguiente que deberían celebrarse según el nuevo sistema y llega a confesar su incertidumbre acerca del procedimiento exacto seguido por Tiberio en la presentación de los candidatos: *De comitiis consularibus, quae tum primum illo principe ac deinceps fuere vix quicquam firmare ausim*⁸⁸.

Por lo tanto, según los testimonios de Tácito, el año 14 quedarían abolidas las elecciones libres del pueblo romano, cambio que puede suponerse realizado a requerimiento del difunto Augusto⁸⁹ a pesar de que su *res gestae* proclamaban que devolvía el poder al Senado y al pueblo. La asamblea de los comicios centuriados, en cambio, no fue abolida en el año 14 ya que varias ceremonias tradicionales tenían que celebrarse antes que un cónsul pudiera ser elegido *well and truly*⁹⁰.

Parece cierto que el proceso de limitación de los poderes de los comicios centuriados se había iniciado *de facto* aunque no en forma legal, antes de morir Augusto, como discretamente indica Tácito a renglón seguido de constatar la traslación de las elecciones a los *patres*: *nam ad eam diem, etsi potissima arbitrio principis, quaedam tamen studiis tribuum fiebant*⁹¹.

La mencionada dificultad estriba en averiguar si el momento

85. Tac. ann. 1, 14.

86. SYME, *Tacitus*, 2 (1958), 756.

87. Tac. ann. 1, 15.

88. Tac. ann. 1, 81.

89. MONTENEGRO, *La Tabula Hebana*, en *Rev. Est. Pol.* 60 (nov-dic. 1951) 126.

90. SYME, *Tacitus*, cit. 756.

91. Tac. ann. 1, 15.

decisivo en el cambio del sistema electoral ha de contarse a partir de la *lex Valeria Cornelia* cuyo objetivo inmediato de hacer funcionar al nuevo cuerpo electoral que establece como *centuria praerrogativa* para influir —quizá decisivamente— en las elecciones, o a partir del año 14 que es la fecha que da Tácito.

La síntesis de las discusiones dirigidas a solventar esta dificultad puede consultarse en el mencionado libro de Hammond sobre la Monarquía Antonina⁹², y en la reseña epigráfica de d'Ors⁹³. Sin embargo como apunta este último autor⁹⁴, la *lex Valeria Cornelia* sería una de aquellas leyes que no pasaban de ser formas de festejos conmemorativos sin pretensión de alterar definitivamente el sistema electoral, y de acuerdo con Syme⁹⁵ pronostica en la reseña epigráfica siguiente que el tema de la *Tabula Hebana* pronto dejará de preocupar excesivamente a los historiadores.

Respecto al problema, creemos como más adecuada la opinión de Syme⁹⁶, es decir, la opinión más favorable al testimonio de Tácito, historiador cuidadoso y honrado, cuando indica que el estadio decisivo en la elección de cónsules y pretores fue transferido al Senado en el año 14. Si las diez centurias de la *lex Valeria Cornelia* subsistieron después, sólo serían parte integrante de las solemnidades de aquel largo ritual de los comicios que Plinio refiere: *Vidit te populus Romanus in illa vetere potestatis suae sede, perpessus es longum illud carmen comitiorum nec iam inridendam moram consulque sic factus es ut unus ex nobis, quos facis consules*⁹⁷. Las diez centurias, si hubieran seguido existiendo quedarían reducidas a ser un mero acontecimiento más de las ceremonias a las que habían sido superpuestas por la ley del año 5 d. C.⁹⁸. Syme termina el epígrafe dedicado a la *Tabula Hebana* diciendo que resulta fantástico descartar a un historiador consular a favor de efemérides debidamente conmemoradas en tablas de bronce por el leal celo de pe-

92. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, cit. 301 ss.

93. D'ORS, *Epigrafía jurídica griega y romana*, en *SDHI*, 23 (1957), 526 ss.

94. D'ORS, *Epigrafía*, cit., 527.

95. SYME, *Tacitus*, cit., 759.

96. SYME, *Tacitus*, cit., 759.

97. Plin. *paneg.* 63, 2.

98. SYME, *Tacitus*, cit., 759.

queñas ciudádes⁹⁹. Cuatro años antes que Syme ya había escrito d'Ors: "... yo no sé si cuantos se han ocupado, y con tanta sagacidad de la *Tabula Hebana*, han desechado indebidamente la idea de que todas esas ceremonias de unas centurias de senadores y equites para una *destinatio* de cónsules y pretores, tanto el año 5 para honrar a Cayo y Lucio César como el 19 ó el 20 para honrar a Germánico, como quizá el año 23 para honrar a Gruso el Menor, fueron tan sólo solemnidades eventuales, para una sola vez, pero no establecidas como régimen estable para la elección normal de los magistrados. En todo caso: ¿por qué, si se trataba de un régimen estable, no tenían carácter estable las centurias en su relación con las tribus?"¹⁰⁰. Por consiguiente parece más que probable que la asamblea popular desapareció bajo Augusto del campo de las realidades políticas y bajo Tiberio pierde el pueblo en favor del Senado la elección de los magistrados, al menos en cuanto se trataba de elegir realmente entre varios candidatos¹⁰¹. Desde tiempos de Augusto el pueblo no participaba en la atribución de poderes a los magistrados, de manera que la "soberanía" del pueblo romano se transfiere *de facto* al Senado y la expresión de la voluntad del *populus* o de la *plebs*, en los votos formales de los diversos *comitia* degeneraron en el griterío del populacho¹⁰². No es que las asambleas dejaran de celebrarse, sino que bajo Tiberio perdieron el derecho de elección y fueron convocadas todavía para ocasionales manifestaciones de anuencia¹⁰³, para que manifestasen su conformidad con los magistrados propuestos a título de referendum consultivo¹⁰⁴. Esta transferencia de las elecciones por asambleas populares a una corporación compuesta por un número de miembros relativamente pequeño y, en consecuencia, más fácilmente controlable, contribuye a que el Senado se convierta en un dócil instrumento en las manos del emperador, prácticamente incluso aún antes de que aquél hiciera la atribución formal de poderes. Añádase a este control sobre

99. SYME, *Tacitus, cit.*, 760.

100. D'ORS, en *SD'HI*, 20 (1954), 466.

101. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* (1960), 36.

102. HAMMOND, *The Antonine Monarchy, cit.* 8.

103. GELZER, *Aufstieg, cit. supra*, n. 21, 255.

104. MONTENEGRO, *La Tabula Hebana, cit. supra*, n. 89, 131.

la vía ordinaria de admisión y de promoción dentro del Senado, el ejercicio de la *adlectio* imperial por la que el príncipe podía enrolar directamente a una persona en el Senado o promover a un senador a un rango para el que no estaba cualificado según la magistratura que desempeñaba ¹⁰⁵. De ahí que el príncipe, que no solía despreciar los títulos de legalidad, hace que el Senado, sin cambiar legalmente sus funciones, tuviera como misión primaria el asegurar la transferencia de poderes. Por el hecho de haber sido determinada su competencia para las elecciones pasa a ser como el representante de todo el Imperio, como sede de la "soberanía" y fuente de los poderes imperiales. La doctrina más reciente admite que a la muerte de Nerón el Senado estaba plenamente bajo el control imperial ¹⁰⁶. La aceptación por el Senado reflejaba simplemente la designación por el emperador precedente o la elevación por los soldados, pero ni el pueblo ni los mismos emperadores eluden la tradición de que sólo el Senado podía legitimar el ejercicio de los poderes imperiales ¹⁰⁷.

III. LAS FUERZAS ARMADAS

La historia del Principado permite ver con meridiana nitidez que la lealtad de un ejército es la mejor y a veces la única oportunidad del triunfo. Todas las posturas y concepciones que se legitiman mediante otras intervenciones, ya del Senado, ya por la libertad de la *res publica*, pueden perder en pocas horas su validez. Y parece cierto que "una razón más profunda de la correlación entre guerra y política parece estar en la esencia misma del poder. La política es, quiérase o no, una manifestación del poder social, que mana de la comunidad a la vez que la configura y, como tal poder, presupone la fuerza, una fuerza física social que defiende su independencia o su expansión natural en la ampliación de su dominio, es decir, como fuerza bélica" ¹⁰⁸. Al príncipe no se le ocultó que ya inicialmente el medio más fuerte del poder es el

105. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 247.

106. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 261.

107. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 478.

108. D'ORS, *Táctica, estrategia y política en la Antigüedad clásica*, separata de GARCÍA VALDECASAS y otros, *La guerra y las batallas* (1926), 6.

ejército. Y lo mismo ocurre en el Estado moderno. De ahí que d'Ors afirme que "podría decirse del Estado que su último núcleo vital imprescindible está en la exclusiva de la fuerza militar. Porque todas las otras funciones que el Estado asume, como la economía o la instrucción, el fomento de las artes o el mantenimiento de las comunicaciones, incluso la misma legislación y administración de justicia, pueden concebirse como desconcentrados y ejercidos por entes no estatales, por ejemplo, regionales: pero el poder militar, ese sí que no se concibe desvinculado del Estado sin anular con ello la existencia del Estado mismo"¹⁰⁹.

Ahora bien, es asimismo cierto que el emperador, o lo que es igual, la fuerza para elegirlo y la invocación del hecho de haberlo elegido es el medio más fuerte de poder del ejército. Y no se trata sólo de promesas y donativos, de tratos electorales y derechos bien adquiridos, sino ante todo, de la peligrosa experiencia de que se puede eliminar a un emperador y proclamar a otro o de que pueden oponerse entre sí varios emperadores y que la solución del conflicto puede dejarse al resultado de la lucha entre ellos. El velo más o menos tenue que cubría estas peligrosas posibilidades se rasga repentinamente con el movimiento de revuelta militar de los años 68 y 69, aunque la mano enérgica de Vespasiano y los grandes emperadores del s. II logran eliminarlo todavía durante un amplio período hasta que a raíz del asesinato de Cómodo en el 192 estalla este movimiento como lucha formal de las tres grandes partes del ejército imperial y de los emperadores por ellas aclamados. A partir de la muerte de Alejandro Severo en el 235 este movimiento se convierte durante cincuenta años en una anarquía que vomita prolijamente emperadores y antiemperadores. Sin embargo, en ciertos momentos y gracias al esfuerzo de algunos emperadores más prudentes el ejército es convertido en un instrumento eficaz y progresivamente despolitizado. Para lograr este objetivo Vespasiano traslada el peso de las levas a las provincias; con esta finalidad fue disuelta en ocasiones la guardia pretoriana, con este propósito Diocleciano abandona el principio de la indivisibilidad del *imperium* y separa el poder civil de los puestos de mando militar.

Durante el Principado el *imperium* alcanza paulatinamente una

109. D'ORS, *Táctica*, cit. supra, n. 108, 6.

importancia mayor ya en época de los Julio-Claudios, mientras que la *tribunicia potestas* —considerada por muchos como base de la *auctoritas*—se convierte poco a poco en una mera formalidad. El *imperium* se presenta claramente como la base real de gobierno especialmente a partir de los Flavios, hasta tal punto que el concepto *de imperium* se generaliza para indicar la posición del emperador y por consiguiente, el originario *imperium* preconular —el mando específico de los Ejércitos y provincias imperiales— emerge de la penumbra en que Augusto lo retuvo colocándolo en la fórmula imperial como uno de los títulos y funciones imperiales subsidiarios ¹¹⁰.

Con el fin de lograr una visión más exacta de la importancia decisiva de las fuerzas armadas que ya desde los Julio-Claudios, pero mucho más desde Vespasiano, aunque no tengan voz legal en la elección imperial, determinan la consecución del poder, convendrá describir brevemente la organización militar en sus rasgos esenciales. La presión que las tropas ejercen así como la política que respecto a ellas se sigue, tienen decisiva importancia.

Por una parte existe la guardia pretoriana ¹¹¹ cuya sede en Roma le proporciona una capacidad de presión superior a lo que le correspondía por el número de sus componentes o por su méritos. Es creación de Augusto y la organización que su fundador le dio persiste en época de Vespasiano. Augusto siente dos necesidades: una fuerza adecuada de policía en la Urbe y una escolta para sí mismo en virtud del *imperium* que retiene. Por otra parte quiere respetar el principio republicano de que las tropas legionarias organizadas no debían estar en Roma ni en Italia. Por ello crea tres cuerpos especiales. Primero la guardia pretoriana compuesta por nueve cohortes, de mil hombres cada una, mandadas por un prefecto ecuestre o por prefectos, no por un legado senatorial. Cada día entraba de servicio una cohorte y las restantes permanecían acuarteladas en localidades próximas a Roma. Segundo: las cohortes urbanas, tres en Roma y quizá una en Lión. Su comandante era el prefecto senatorial de la ciudad. Cada una de estas cohortes tiene quinientos hom-

110. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 25.

111. Sobre el tema vid. DURRY, *Les cohortes prétoriennes* (1938); PASSE-
RINI, *Le coorti pretorie* (1939); MATTINGLY, *Roman Imperial Civilization*
(1957), VI y 137 ss.

res. Tercero: una fuerza semimilitar, combinación de bomberos-policías, al mando de un prefecto ecuestre, que al no estar formada por soldados tiene su sede dentro de la misma Urbe: una cohorte de quinientos hombres para cada uno de los catorce distritos en que Augusto dividió a Roma.

Los pretorianos ensombrecieron el brillo de las cohortes urbanas y es posible que el mismo Augusto quisiera diferenciarlos de los legionarios en cuanto a la fuente de reclutamiento, ya que los legionarios se reclutaban primordialmente en las provincias mientras que los pretorianos, y quizá también los alistados en las cohortes urbanas, eran reclutados en Italia y en las provincias más romanizadas como Galia Narbonense, Tarraconense y Macedonia. Los pretorianos prestaban menos años de servicio que los legionarios, recibían más sueldo y mayores donativos, lucían un equipo más elegante y disfrutaban de una residencia pacífica en Roma o en sus cercanías. Quizá el cambio más significativo en el tiempo transcurrido desde Augusto y la muerte de Nerón es la concentración de las cohortes pretorianas y urbanas por el prefecto Seyano en un campamento en Roma como Tácito relata: *Vim praefecturae modicam antea intendit, dispersas per urbem cohortes una in castra conducendo, ut simul imperia acciperent numeroque et robore et visu inter se fiducia ipsis, in ceteros metus oreretur*¹¹². Elio Seyano, favorito de Tiberio fue desde el año 17 el único prefecto del pretorio. Después de su caída y ejecución en el 31 se hace usual la praxis de dos prefectos. También parece que Calígula eleva a doce el número de cohortes pretorias y a cuatro el de cohortes urbanas que Claudio aumenta a seis. Sabemos por Suetonio que Nerón permitió que los pretorianos recibiesen el cereal a expensas del fisco sin deducir su coste del sueldo, como ocurría con los legionarios: *... item pretorianis cohortibus frumentum menstruum gratuitum*¹¹³.

La existencia de los pretorianos planteaba varios problemas. Eran leales al emperador y no a la *res publica* misma y de ahí que pudieran emplearse como elementos de opresión por ciertos emperadores que tratándoles con especial favoritismo minaron su dis-

112. Tac. *ann.* 4, 2.

113. Suet. *Nero*, 10, 1.

ciplina de tal modo que a su caída rehusaron aceptar un gobernante más estricto. Por otra parte, en caso de conflicto entre el elemento civil y el militar, su simpatía habría de estar normalmente con los militares, aunque también, en el ambiente militar, la superior situación de los pretorianos suscitaba envidias por parte de los legionarios, de modo que en épocas agitadas había siempre "pólvora" para el estallido del conflicto armado.¹¹⁴ Y los pretorianos adquieren mala fama cuando tales peligros inherentes se convierten en una realidad y no cuando cumplían regularmente los deberes del servicio. Suponemos que Nerón es abandonado por la guardia pretoriana a pesar de que la corrompió y quizá por ello mismo. Galba no logra ganar su favor. Otón es su preferido. Vitelio ordena la disolución de las cohortes pretorianas existentes, ejecuta a los responsables de la muerte de Galba y crea una nueva guardia, integrada por distinguidos soldados de las legiones germánicas y británicas, con un contingente de dieciséis cohortes pretorias y cuatro urbanas, integradas cada una por mil hombres¹¹⁵. Pero la organización de Vitelio fracasa por falta de tiempo para crear una fuerza de choque cohesiva y los licenciados por Vitelio pasan al lado de los Flavios que les habían prometido el reenganche. Muciano, al entrar en Roma antes que Vespasiano se encuentra ante el difícil problema de satisfacer a tres grupos de posibles pretorianos¹¹⁶: los antiguos pretorianos, sus propios legionarios a quienes por los excelentes servicios prestados les había prometido la transformación y, en tercer lugar, los supervivientes de la guardia pretoriana de Vitelio. Parece que la dificultad se solucionó puesto que unos años más tarde el número de cohortes había sido reducido al mismo que bajo Augusto¹¹⁷. Vespasiano, con el fin de asegurar un control más efectivo y la lealtad personal abandona la tradición de designar prefecto del pretorio a un miembro del orden ecuestre y nombra

114. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 177.

115. Tac. *hist.* 2, 93.

116. Tac. *hist.* 4, 46.

117. Cfr. DESSAU, *Inscriptiones latinae selectae*, 2 (1954), diploma militar 1993 del año 76: *imp. Caesar Vespasianus Augustus pontifex maximus, tribunicia potest. VIII, imp. XVIII, p. p., censor, cos. VII, design, VIII, nomine speculatorum, qui in praetorio meo militaverunt, item militum, qui in cohortibus novem praetoriis et quattuor urbanis, subieci...*

primero al senador Clemente y luego a otro senador: su propio hijo Tito. Hay que suponer que estos cambios se debían, aparte de a la natural sagacidad de Vespasiano, a su personal experiencia en el ascenso al poder acrisolada por las tres graves situaciones militares que hubo de afrontar en poco tiempo. La primera fue la rebelión de *Civilis* al frente de los bátavos y parte de los galos. Liquidada esta revuelta Vespasiano determina que las tropas auxiliares no presten servicio en los territorios en que habían sido reclutadas. La segunda se produce porque Antonio Primo había sido elegido comandante por las legiones de Mesia¹¹⁸ sin autorización de Vitelio ni del Senado y aunque se declaró a favor de Vespasiano bien pudo creerse con derecho a ocupar el segundo puesto, o quizá el primero, en el Imperio. Cuando Muciano llega a Roma ha de satisfacer las ambiciones de Antonio Primo con honores desacostumbrados y esperanzas de poder, hasta que las tropas leales a Primo pudieron ser evacuadas discretamente de Roma. La tercera fue provocada por los soldados de su mismo hijo que cuando captura Jerusalén le aclaman emperador¹¹⁹ y sólo la moderación de Tito les previno de marchar a Italia llevándole al frente, ya que esto habría parecido una rebelión del hijo contra el padre.

Vespasiano, por consiguiente, buen conocedor de la milicia, a pesar del apoyo que recibió de sus tropas no consintió sin más en sus caprichos ni repartió más que moderados donativos. Durante su gobierno las legiones son integradas en gran parte por reclutas provinciales, aunque el número de itálicos, incluso después de Vespasiano, demuestra que no existía una deliberada discriminación contra ellos a causa de su influencia sediciosa y subversiva durante las guerras de los cuatro emperadores, sino que más bien el servicio de las legiones en fronteras distantes y peligrosas presentada cada día menos atractiva para los italianos en contraste con la posibilidad de alistamiento en la guardia pretoriana o las posibilidades que ofrecían los negocios privados¹²⁰. Y Vespasiano, aunque debía su elevación a uno de los grandes ejércitos estaba también decidido a lograr que, si bien un ejército había re-

118. Tac. *hist.* 2, 86.

119. Suet. *Titus*, 5.

120. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 169.

suelto su problema, no volviera a resolver el de ningún otro. Tenía la clara intención de que las legiones y la guardia pretoriana no fueran en el futuro hacedores de emperadores, sino servidores de la *res publica*. Las medidas adoptadas por Vespasiano para conseguir la neutralidad política del ejército no fueron menos eficaces que las tomadas años antes por Augusto persiguiendo los mismos objetivos y también en este punto Vespasiano fue un buen discípulo y un fiel continuador de la política augustea. La restauración de la disciplina y el poder combativo del ejército romano quedaron confirmados en las difíciles guerras de Domiciano y en la crisis consecutiva a su asesinato. El ejército, con la sola excepción de los pretorianos, no tomó parte activa en los acontecimientos políticos de estos años y acepta en silencio el hecho consumado cuando Nerva es elegido por el Senado y Trajano adoptado por Nerva¹²¹. El año de los cuatro emperadores, en el que ejércitos rivales habían respaldado a sus candidatos constituye una excepción que confirma la regla vigente hasta que el Principado se convierte en una autocracia militar. El Principado, sin embargo, no fue transformado en una Monarquía hereditaria mediante un acto formal del Senado, aunque Vespasiano haría lo que pudiera para lograrlo de acuerdo con lo que Suetonio nos refiere: *Convenit inter omnis, tan certum eum de sua suorumque genitura semper fuisse, ut post assiduas in se coniurationes ausus sit adfirmare senatui aut filios sibi successuros aut neminem*¹²². Es probable que no fuera esta la única alternativa, pero la mentalidad realista y paternal de Vespasiano no quiso expresar otra.

* * *

¿Cómo se llega a esta prepotencia del ejército y del detentador del *imperium*? Parece evidente que la multiplicación de los mandos militares prorrogados unida al problema de proveer a los soldados después de su licenciamiento puso en el camino que conduciría al régimen imperial. Ya Pompeyo, ante la aversión senatorial para solucionar estos problemas hubo de unirse con Julio

121. ROSTOVITZEFF, *Historia cit. supra*, n. 1, 222.

122. Suet. *Vesp.* 25.

César, más habil políticamente y menos escrupuloso, y esto abrió al segundo la posibilidad de ascender al rango de general vencedor indiscutible mediante el prolongado proconsulado en las Galias. Y cuando Pompeyo, unido después al Senado, se opone a las exigencias de César, es vencido y éste alcanza como dictador perpetuo el mando unipersonal. El hecho de que fuera asesinado por un grupo de acérrimos partidarios de la República, poco después de haber conseguido su objetivo es meramente episódico; porque Augusto, después de una guerra civil, es aclamado como heredero victorioso de César, que de las experiencias de su padre adoptivo aprende algo muy primordial: mantener un ejército siempre alerta y perfectamente organizado que había de constituir la espina dorsal del nuevo régimen. No en vano figuraba en la cúspide de la titulación imperial el apelativo *imperator* y además nadie pone en duda que aunque no desde el punto de vista jurídico, pero sí del político, el nuevo emperador precisaba del reconocimiento por las tropas cuando no era elevado por las mismas, razón que ha inducido a algunos a ver en Augusto un autócrata militar semejante a un rey helenístico, porque para todos los efectos el ejército estaba bajo su mando, ya que de lo contrario su situación personal habría sido bastante precaria. Sin embargo no hay que perder de vista que Augusto mismo no fue creación exclusiva del ejército y nunca incitó a éste a ser más que un servidor de la *res publica*. Como dice Adcock¹²³, poniendo un símil moderno, el presidente de los Estados Unidos es el comandante en jefe de las fuerzas armadas de la unión, pero no es elegido por éstas y nadie supone que sea un autócrata militar. Ahora bien, aunque la influencia del ejército en la elevación de Augusto no fuera absoluta, sí que fue decisiva, porque la aparición —ya en César— de esta nueva forma de un jefe militar sostenido por sus soldados denuncia tanto más la venida a menos de la vitalidad del régimen oligárquico de la República romana, cuanto la figura de “condottiero” que se encarama al poder apoyado en la fuerza de las armas es la degeneración revolucionaria de la figura del *princeps reipublicae*, del *rector et gubernator civitatis*, evocada y deseada por la más ortodoxa doctrina política de la oligarquía, de la que el más autorizado testimonio transmitido en el *De reipublica* ciceroniano

123. ADCOCK, *Roman political ideas and practice*. (1959). 84.

nios conduce hasta el encuentro del pensamiento político y filosófico griego con las personas de aquellos aristócratas que se reunían en el círculo de los Escipiones ¹²⁴.

Por otra parte, la inseguridad contribuye a que la sola abdicación en las manos de un señor constituyera una suerte de derecho a su acogida y protección, porque todo jefe es también un protector y el general victorioso se convierte casi automáticamente en un ángel tutelar y sus virtudes guerreras entrañan toda suerte de imponderables ¹²⁵.

Influyó, asimismo, otro factor consecuencia indirecta de las guerras sociales que causaron la emancipación de Italia. Hasta ese momento las legiones romanas sólo estaban parcialmente constituidas por ciudadanos; después todos los soldados italianos de nacimiento eran ciudadanos y en la medida en que la postura de los legionarios afectaba a la política, éstos podían agregar al hecho de haber combatido por la *res publica*, al ser miembros integrantes de la misma. En consecuencia, eran leales a Roma frente a todos los enemigos, pero se arrogan el derecho de decidir si su general tenía contra las *res publica* ciertas reclamaciones que ellos podían apoyar o si ellos mismos tenían también derecho a reivindicaciones. Y esta actitud aunque no significa que las legiones romanas fuesen una soldadesca guiada por aventureros que identificaban la fuerza con el derecho, ni que la política romana se desarrollase bajo una constante amenaza de intervención militar, hubo de influir como lo demuestran los acontecimientos.

Augusto, "señor de todas las cosas" una vez terminadas las guerras civiles, nunca deja de la mano al auténtico instrumento de su victoria y de ahí la proximidad a la Urbe de las cohortes pretorianas (desde Tiberio en la misma muralla). Y por este motivo precisamente la *res publica restituta* existía desde el principio sólo "por la gracia del emperador" ¹²⁶. Respaldados por la eficacia de la fuerza militar, los poderes del príncipe eran tales que podía in-

124. FREZZA, *Corso*, cit. supra, n. 16, 228.

125. BÉRANGER, *Recherches*, 277.

126. KUNKEL, *Bericht*, cit. supra, n. 29, 306.

127. KUNKEL, *Bericht*, cit. supra, n. 29, 307.

128. ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto romano*⁷ (1960), 226 s.

tervenir en cualquier instante y situación en el funcionamiento de los órganos republicanos. De su voluntad dependía el sí y el hasta qué punto el Senado y los magistrados podían ocuparse de cuestiones políticas importantes. De ahí que no sea aplicable a la forma de gobierno que Augusto instaura el concepto de Monarquía constitucional, ya que desde el punto de vista de las verdaderas relaciones de poder, el Principado era inicialmente una Monarquía absoluta apoyada ante todo en la fuerza militar ¹²⁷. Según la praxis que se renueva para Tiberio y sus sucesores, la elevación al Principado consiste en la atribución de todos los títulos y poderes detentados por Augusto, “pero, si en memoria de las ceremonias del 27 y 33 a. C. el Senado reivindicaba tal atribución como de su competencia, por otra parte la aclamación como *imperator* era reivindicada, como asunto propio, por el ejército” ¹²⁸. Frente a estos actos, únicos capaces de producir efectos jurídicos, la designación del predecesor no tenía más valor que el de una recomendación, y cuando el Senado y los soldados no estaban conformes faltaba un criterio para determinar la legitimidad y esta singular circunstancia es, como dice Arangio-Ruiz ¹²⁹ la prueba más fehaciente de lo extraño de la figura del príncipe a la verdadera y propia constitución y conducía a la paridad jurídica (o no jurídica) entre los varios aclamados. En tales casos el jurista nada tenía que decir para distinguir la razón del entuerto y sólo la fuerza podía decidir eliminando, o constriñendo a la renuncia, a todos los competidores menos a uno. Y esta fuerza no podía ser otra que la de las armas.

Por supuesto que, como Frezza ¹³⁰ expone, la atribución del poder obedece al principio de la “soberanía popular” dominante en el último derecho público republicano y desde este punto de vista, el ordenamiento cuya cabeza es el príncipe se asienta sobre la misma base del ordenamiento de la *res publica populi romani*, aunque el principio de la “voluntad popular” que se despliega naturalmente en las antiguas instituciones, desaparece hasta la negación de sí mismo al conferir un poder vitalicio y despótico a un jefe único. Esta comunidad de fundamento formal, sigue Frezza ¹³¹, de los dos ordena-

129. ARANGIO RUIZ, *Storia*, 227.

130. FREZZA, *Corso*, 242.

131. FREZZA, *Corso*, 242.

mientos que sirvió para satisfacer los escrúpulos legalitarios de los contemporáneos es quizá el obstáculo que más ha impedido el distinguir en la "constitución" del Principado la coexistencia de dos ordenamientos distintos y su característica relación. Aclara Frezza¹³², sin embargo, esta distinción excesivamente formal al decir que ni los contemporáneos ni los modernos dudaron del fundamento efectivo del poder imperial: la *auctoritas* de su persona y la fuerza de sus ejércitos, y constata al mismo tiempo que la conexión entre el poder imperial y la fuerza de las armas era cada vez más evidente a medida que se extinguía la vitalidad de las instituciones republicanas, y precisamente por ello fue imposible el formar una regulación jurídica de la transmisión del poder en la Roma imperial ya que el "derecho" de la fuerza no consiente otra transmisión que la condicionada por la posesión de la fuerza y los expedientes ideados para asegurar la transmisión preestablecida del poder imperial se revelaron en la realidad como incapaces de sustituir, con otros criterios de legitimación del poder, el criterio primordial de la fuerza¹³³.

Ahora bien, apurando las cosas, la "soberanía popular" de que Frezza habla, podía llegar a ser considerada como susceptible de ser atribuida por los soldados que poco a poco proceden de las distintas provincias imperiales. El consentimiento de la milicia pudo llegar a ser considerado como el *consensus universonum* que aunque carezca de importancia jurídica, según el derecho público republicano, es muy eficaz políticamente, ya que el político que se cree llevado por la voluntad de la totalidad tiene el derecho de apoyarse en ella para su futura actuación. Claro que es susceptible de maniobra porque quien cree poseer el consentimiento universal puede equivocarse y usar de la expresión como medio ficticio de propaganda porque indica algo que se supone y la emplee con el fin de hacer realidad tal suposición. Y los futuros acontecimientos confirmarán o rechazarán la pretensión como lo demuestran los más aleccionadores ejemplos de Augusto y Galba¹³⁴. Desde Augusto que habla en su *res gestae* del *consensus universonum*, pasando por

132. FREZZA, *Corso*, 242.

133. FREZZA, *Corso*, 243.

134. WICKERT, s. v. *Princeps*, *cit.*, 2265.

Galba que se arroga el *deorum hominumque consensus*¹³⁵ y hasta la llamada *lex de imperio Vespasiani* en la que se habla de la facultad de disponer “de las cosas divinas y humanas”, puede observarse un avance de la consideración de lo preternatural también constatable en el proemio de Valerio Máximo al libro primero de Tiberio: *penes quem hominum deorumque consensus maris ac terrae regimen esse voluit*¹³⁶. Otón, más modesto, apela al *consensus populi ac senatus*¹³⁷.

Todos estos hechos indican que el consentimiento universal legitimaba al príncipe y une la ideología del *princeps* del Imperio con la del *princeps* de la República que persiste hasta muy tarde. Como dice Wickert¹³⁸, cuanta más influencia tiene el ejército en la elevación del príncipe (ejemplo: las expresiones de Aurelio Víctor 8, 3, sobre Vespasiano. *Namque milites praedicti postquam Othonem praetoris, Vitellium Germanicianis legionibus factum comperere, aemuli, ut inter se solent, ne dissimiles viderentur, Vespasianum perpulere, in quem iam Syriacae cohortes ob egregia vitae consenserant.*) el lugar del *consensus universorum* va siendo ocupado cada vez más por el *consensus militum* que al final adquiere un carácter jurídico¹³⁹, porque el juramento popular —que es como un acto de propaganda— viene a ser una generalización del juramento personal. Es un intento de alcanzar la legitimidad mediante una legalización de la lealtad.

* * *

Otra prueba de la creciente aceptación general y oficial del influjo militar lo constituye la fórmula imperial. Persiste la idea de Augusto de acumular en un mismo individuo poderes separados como forma externa de la posición imperial. En las fuentes tales poderes y títulos como *imperium proconsulare*, *tribunicia potestas*, *pontifex maximus* o *pater patriae* se distinguen hasta el si-

135. Tac. *hist.* 1, 15.

136. WICKERT, s. v. *Princeps*, 2266.

137. Tac. *hist.* 1, 90.

138. WICKERT, s. v. *Princeps*, 2268.

139. WICKERT, s. v. *Princeps*, cap. X D.

glo III, y la fórmula imperial, a pesar de lo larga y compleja que llegó a ser conserva el modelo augusteo:

— nombre personal y ancestrales enmarcados en los títulos indicando al emperador como *Imperator Caesar Augustus*;

— epítetos honoríficos producto de las victorias guerreras o de la admiración popular;

— y los tradicionales cargos y títulos.

Las funciones imperiales pueden derivar, teóricamente, de uno u otro de estos poderes específicos o de la general *auctoritas* del príncipe. De hecho, sin embargo, el elemento decisivo entre los poderes del príncipe es el *imperium* militar ya que de él derivaba el mando de las tropas y el control de los impuestos, y por ello el término *imperium* vino a ser usado con un significado general para indicar la posición imperial mientras que el título *procónsul* fuera admitido en la fórmula para indicar específicamente el mando en campaña. En realidad el emperador no era un agente de la *res publica* al que se confiaban varios poderes y deberes, sino que ocupaba una posición única y manejaba un *imperium* ilimitado como cabeza de la colectividad política. En este sentido de progresiva inclusión de todos los poderes bajo el *imperium* es interesante el uso del *praenomen imperatoris*¹⁴⁰ porque Claudio parece que no lo usó y Nerón tampoco le tuvo mucha afición, mientras que el primero que lo emplea frecuentemente desde Augusto es Otón, uso que se incrementa a partir de Vespasiano para quien suele aparecer en este orden *Imperator Caesar Vespasianus Augustus*; Tito en cambio vuelve a colocar juntos los dos *praenomina*: *Imperator Titus Caesar Vespasianus Augustus*, mientras que los emperadores que le siguen, Domiciano, Nerva y Trajano llevan sólo el *praenomen Imperator*.

Rosenberg¹⁴¹ presenta como de sumo interés para la historia del título *imperator* el ascenso de Calígula el año 37. El 16 de marzo muere Tiberio, y el Senado y el pueblo acuerdan transmitir los poderes al joven César, pero con ello el nuevo gobernante no

140. Cfr. la documentación en ROSENBERG, s. v. *Imperator*, en *PW* (1944), 1149. PARSY, Blanche, *Désignation*, cit. *supra*, n. 6, 207 s., dice que para desmilitarizar las apariencias del régimen los Julio-Claudios ponen sordina al título *imperator* que sufre un eclipse desde Tiberio a Nerón.

141. ROSENBERG, s. v. *Imperator*, 1149.

había tenido el derecho de llamarse *imperator*; habría poseído el imperio proconsular, pero por reinar la paz por doquier no se terciaba la posibilidad de una aclamación imperial. Por ello el Senado hubo de arreglárselas para fingir una victoria del nuevo príncipe y, a iniciativa propia, le otorga en el 18 del mismo mes, la aclamación imperial. Y según Rosenberg se refieren a este acontecimiento las curiosas palabras de las *Acta Fratrum Arvalium* del 18 de marzo del año 38: *quod hoc die C. Caesar Augustus Germanicus a senatu impera <tor apellatus est>*¹⁴². Para Rosenberg este acontecimiento del año 37 constituye una pauta para la posteridad porque de allí en adelante el ascenso de un nuevo príncipe se realiza en la forma de aclamación imperial, lo que plantea el difícil problema de si tal aclamación era suficiente o si el *imperium* del nuevo gobernante debía ser confirmado mediante una *lex*, disyuntiva de la que Wickert acepta el segundo término¹⁴³. Sin embargo, lo que no se puede poner en duda es la efectiva concentración del poder militar en las manos del príncipe ya que éste pareció a Augusto el único camino para evitar rivalidades entre los comandantes de los ejércitos y su clarividencia se demostró tanto durante su gobierno como en los años 68 y 193. Los hechos demostraban que, en última instancia el gobierno era una prerrogativa del mando militar, dijeran lo que dijeren la tradición y la ley sobre su atribución por el Senado actuando en nombre de la colectividad. Esto, sin embargo, no niega que los soldados aceptasen normalmente el sucesor propuesto, pero también era evidente que en momentos de crisis podían imponer el que estimasen oportuno. Ahora bien, el Imperio romano hasta el siglo III no se convirtió sin más en una dictadura militar irrespetuosa de todos los títulos de legitimidad y legalidad, ni era un régimen pretoriano, ni el gobierno era explícitamente controlado por las cohortes de Roma¹⁴⁴ porque, entre otras razones, las posibilidades de control estaban subdesarrolladas si las comparamos con las del Estado moderno. Realmente el principal perjuicio que derivaba de la base militar del poder no era sólo la intervención de las tropas en los momentos de crisis, sino

142. *Corpus Inscriptionum Latinarum*, VI, c 10 (467).

143. WICKERT, s. v. *Princeps*, 2272.

144. HAMMOND, *The Antonine Monarchy*, 480.

el constante incremento del presupuesto militar tanto en concepto de sueldos como en el de gratificaciones. Claro que esta situación sólo parcialmente era una consecuencia de la necesidad de alimentar la lealtad y apoyo de la milicia, ya que reflejaba asimismo la necesidad de nuevos contingentes para asegurar las fronteras y de presentar más alicientes en la carrera militar frente a otras muchas ocupaciones que resultaban menos arriesgadas y más rentables. Y estos hechos obligan a pensar si la evolución del Principado al Dominado no radique más en la misma naturaleza de los problemas realmente planteados que en cualquier deliberado esfuerzo individual. Era inevitable que los poderes concretos que Augusto y sus sucesores detentaban tendieran a fundirse en uno general porque la eficacia y la necesidad de adoptar con rapidez decisiones de gran importancia exigía concentración, y podemos suponer que ésta fuera una de las intuiciones de Cayo Julio César.

Un ejemplo de la debilidad de los otros poderes en comparación con el mando militar nos lo ofrece la actuación de Vespasiano respecto a la potestad tribunicia¹⁴⁵. Según Suetonio: *ac ne tribuniciam quidem potestatem... patris patriae appellationem nisi sero recepit*¹⁴⁶. ¿Cómo pudo retrasar Vespasiano algo tan fundamental como la recepción del poder tribunicio? El pasaje de Suetonio ha sido considerado sospechoso o se ha supuesto que el retraso se refería a un intervalo desmesuradamente prolongado entre el Senadoconsulto y la ratificación de los comicios¹⁴⁷. Béranger opina que un examen cronológico sugiere una solución: "Los poderes tribunicios de Vespasiano son enumerados parcamente. Sin embargo raras monedas proporcionan concordancias. Dos denarios mencionando la *tribunicia potestas* y el consulado, ambos seguidos de la cifra de iteración, establecen un cómputo a partir del año 69. El hecho de que la numeración falle generalmente indica su relatividad o indiferencia. La noción de anualidad se debilita. Tenemos razones para creer que el término del 69 era ficticio. Vespasiano se las compuso para hacer coincidir su primer año tribunicio con el aniversario de su elevación, el 1 de julio del 70, fecha que por con-

145. BÉRANGER, *Recherches*, 6.

146. Suet. *Vesp.*, 12.

147. WEYNAND, s. v. *Flavius*, en *PW* (1909), 2635.

sideraciones tanto realistas como sentimentales suplantó al 22 de diciembre. La colación de los poderes imperiales tenía efecto retroactivo desde el 1 de julio del 69''¹⁴⁸. Este anhelo de retrotraer la cronología es un indicio de su relatividad y proyecta una cruda luz sobre la elevación imperial¹⁴⁹ porque el Senado ratifica, en un plazo más o menos largo, una situación que ya no domina, y esta fecha de ratificación senatorial puede denominarse *dies imperii* y señala convencionalmente el comienzo de una era de legalidad¹⁵⁰. Vespasiano sabía perfectamente que todo gobierno debe tener un recurso final al que apelar en caso de desafío. Sabía también que la lealtad nunca es inexpugnable¹⁵¹ y a pesar de ello afrontó el inevitable riesgo de que sólo la lealtad de un ejército no es la más sólida base definitiva para una colectividad política¹⁵². Pero el gesto de Vespasiano no fue un mero episodio, sino que tenía una importante significación al negar el concurso del Senado porque al desplazar el *dies imperii* prepara la confusión entre la proclamación militar y la colación civil y legal, elimina en gran medida el respeto al formalismo y remata la disociación, en el ánimo de los soldados y de su candidato, entre el *imperium* equivalente a poder supremo y su soporte constituido por el *imperium* equivalente a poder sancionado por la ley. Vespasiano no era hombre al que apurasen las sutilezas del lenguaje¹⁵³.

J. BURILLO

148. BÉRANGER, *Recherches*, 6 s.

149. BÉRANGER, *Recherches*, 7.

150. BÉRANGER, *Recherches*, 7; PARSI, Blanche, *Désignation*, *cit. supra*, n. 6, 211.

151. MATTINGLY, *Roman Imperial Civilization* (1957), 155.

152. FRITZ, *The Theory of the mixed constitution in Antiquity* (1954), 305.

153. BÉRANGER, *Recherches*, 16.

LA TORTURA JUDICIAL EN LA LEGISLACION HISTORICA ESPAÑOLA

INTRODUCCION

Las legislaciones modernas todas cubren bajo un velo abolicionista una triste realidad que con mayor o menor frecuencia se repite en algunas actuaciones o interrogatorios prejudiciales en todas las épocas y en todas las latitudes del globo.

Es que se hallan frente a frente dos encontrados intereses que pugnan por lograr sus objetivos: de una parte, la sociedad que trata de descubrir a los culpables para evitar así la repetición e impunidad de los delitos y salvaguardar la paz social, y de otra, el respeto debido a la dignidad humana, el posible sufrimiento injusto de un inocente y los no raros abusos de un poder arbitrario.

En este precario equilibrio entre los intereses de la sociedad y del individuo, frente al criterio abolicionista moderno, las legislaciones históricas prefirieron la reglamentación y limitación de las violencias físicas en los interrogatorios judiciales, y su aplicación fué objeto de numerosas normas jurídicas recogidas en diversos cuerpos legales.

Estas normas, si bien legalizaban, por así decirlo, la tortura judicial, constituían al mismo tiempo una serie de valiosas garantías tendentes a eliminar lo arbitrario y caprichoso en su aplicación; todo será tasado: las personas que pueden ser interrogadas bajo el dolor, los delitos inquisibles, el procedimiento a seguir, el lugar de la tortura, el tiempo, los testigos de la misma, así como los efectos de la confesión del atormentado.

En la evolución histórica de la tortura dentro de la legislación española pueden distinguirse netamente dos períodos separados entre sí por cinco siglos de abolicionismo o supresión.

El primero de ellos se extiende desde la penetración del De-

recho Romano en España hasta el derrumbamiento de la monarquía visigoda; el segundo de ellos cubre desde la recepción romanista del siglo XIII hasta la abolición de la tortura en los primeros años del siglo XIX. Cada uno de estos períodos constituirá una parte distinta de nuestro estudio.

I. DEL DERECHO ROMANO AL FIN DE LA MONARQUÍA VISIGODA

I. *La tortura producto del orden jurídico de Roma.*

El tema del tormento judicial en nuestra legislación patria no puede ser seriamente abordado dejando a un lado sus precedentes romanos.

Estos ocupan un primerísimo plano en las dos fases cronológicas que hemos distinguido en este instituto jurídico.

En la primera fase es el derecho de Roma el que introduce la tortura y la aclimata en el uso de los tribunales. Los visigodos se limitarán a conservar suavizando y humanizando ese instituto legal, herencia del romanismo, que chocaba y repugnaba profundamente a sus tradiciones nacionales germánicas.

La segunda fase es la de recepción del Derecho Romano. La tortura judicial había desaparecido y corresponde al "Derecho Común" de la escuela de Bolonia, a sus romanistas y canonistas, la triste gloria de haber restaurado, a base del *Corpus Iuris Civilis* y de las Decretales, ese terrible instituto y de haberlo difundido por los diversos países cristianos que lo acogieron envuelto en el prestigio del Derecho Romano. Así en Castilla, la tortura olvidada desde hacía quinientos años, será reintroducida y puesta en honor por las Partidas.

Dentro del Derecho Romano la tortura judicial también sufrió una radical transformación que nos fuerza a distinguir netamente dos períodos: antes y después del Principado. No coincide esta división con la cronología más usual de los romanistas diseñada preferentemente para las instituciones de derecho privado; la tortura judicial está más ligada en su evolución a los diversos es-

tadios del poder político y su transformación tuvo lugar antes que la del resto del derecho adelantándose a la época clásica.

No nos interesa aquí seguir paso a paso la evolución del instituto desde el primitivo derecho republicano donde sólo el esclavo era torturable hasta la compilación justiniana donde ni los senadores escapan a la tortura en el "crimen maiestatis". Bástanos estudiar la tortura judicial tal como la presenta el Código Teodosiano por los años en que los germanos iniciaban su penetración y asentamiento en la Península Ibérica.

2. En el "Codex Theodosianus".

No menos de 21 constituciones imperiales de los años 312 al 423, recogidas en este cuerpo legal y distribuídas en 15 títulos diversos mencionan o reglamentan la tortura¹ que por lo demás se supone ya existente y practicada normalmente en los procesos criminales.

La tortura de los esclavos usual ya en la Roma republicana corría por cauces tan trillados que sólo una única constitución se ocupa de ella para especificar que en las acusaciones de adulterio puede el marido interrogar por medio del tormento no sólo a sus siervos sino también a los de su esposa con tal que estos estuvieren en la casa en el momento en que se supone cometido el adulterio. El mismo derecho se concede indistintamente a cada uno de los esposos en el caso de que uno de ellos haya atentado contra la vida del otro².

Las veinte leyes restantes se refieren a la tortura de los hombres libres o ciudadanos que introducida por los emperadores del siglo I fue circunscrita en los siglos II y III a los delitos más graves.

Ciertas inmunidades fueron otorgadas a los "honestiores", senadores y demás "clarissimi", "eminentissimi", "perfectissimi", decuriones, caballeros y soldados; pero de estas inmunidades fue-

1. 1, 34, 3; 8, 1, 4; 8, 1, 9; 9, 1, 14; 9, 1, 19; 9, 2, 1; 9, 5, 1; 9, 7, 4; 9, 16, 6; 9, 19, 1; 9, 21, 2; 9, 35, 1; 9, 35, 2; 9, 35, 3; 9, 35, 6; 9, 37, 2; 9, 37, 4; 11, 39, 10; 12, 1, 47; 13, 9, 2; 13, 9, 3. En la 9, 3, 1 parece que "quaestio" tiene un sentido más general y responde al interrogatorio judicial con o sin tortura.

2. *Cod. Theod.* 9, 7, 4.

ron exceptuados total o parcialmente algunos delitos como el “*crimen maiestatis*”, la magia, la falsificación de documento y la moneda falsa.

La tensión provocada entre las mencionadas inmunidades y los casos “exceptos” aparece claramente reflejada si ordenamos cronológicamente las Constituciones imperiales del *Codex Theodosianus* referentes a la tortura judicial.

La inmunidad de los “*eminentissimi*” y “*perfectissimi*” y de sus descendientes hasta la tercera generación, así como la de los decuriones y sus hijos había quedado establecida sin limitaciones el año 290³.

El *Codex Theodosianus* nos recogerá a partir del 314 la reacción imperial que recuerda ese mismo año cómo a los acusados del “*crimen maiestatis*” no les libra de la tortura ningún privilegio y por lo tanto sus acusadores deberán sufrir el mismo tormento si no llegan a probar su acusación⁴.

Los decuriones verán en 316 suprimido cualquier privilegio que les libere de la tortura cuando sean acusados de falsificación de documento público en el ejercicio de su fe notarial⁵. El año 321 otra constitución insiste en la tortura de los falsificadores de moneda sin mencionar ninguna excepción: “... *facti conscios per tormenta ilico prodituri*”⁶.

Por si pudiera existir alguna duda el año 334 se especifica que ningún privilegio frente a la “*quaestio*” alcanza a los funcionarios inferiores o “*numerarii*”⁷ lo que vuelve a reiterarse el año 365 al mismo tiempo que se les cambia el nombre de “*numerarii*” por “*tabularii*”⁸; y sometidos a la tortura judicial continuarán en la

3. C. 9, 41, 11.

4. *Cod. Theod.*, 9, 5, 1: “*Si quis alicui maiestatis crimen intenderit, cum in huiusmodi re convictus minime quisquam privilegio dignitatis alicuius a strictiore inquisitione defendatur, sciat se quoque tormentis, esse subdendum, si aliis manifestis indiciis accusationem suam non potuerit comprobare*”.

5. *Cod. Theod.* 9, 3, 1.

6. *Cod. Theod.* 9, 21, 2.

7. *Cod. Theod.* 8, 1, 4.

8. *Cod. Theod.* 8, 1, 9.

legislación teodosiana como lo confirma otra constitución del año 423⁹.

Siguen todavía las constituciones restrictivas de la inmunidad y el 358 se añade la magia a los crímenes a cuya investigación por la tortura no puede oponerse ningún privilegio, y eso aunque se trate de funcionarios del propio pretorio imperial¹⁰.

No podía faltar la reacción de los privilegiados que veían cada día reducidas sus inmunidades aunque no creemos que pertenezca a este movimiento de defensa la constitución del año 359 que reprime el empleo abusivo de penas corporales contra los decuriones de parte de algunos jueces, ya que en ella no se altera el orden legal anterior¹¹.

La reacción es natural comenzará por los más poderosos: el orden senatorial, que el año 362 veía de nuevo garantizada su incolumidad hasta que el acusado convicto hubiese reconocido su crimen¹².

El año 369 una constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano trata de establecer una regulación de conjunto en esta materia. Los privilegiados tanto por razón de sangre, de oficio público o de milicia no serán torturables sin previa consulta al emperador, pero se exceptúan dos delitos: el "crimen maiestatis" y la falsificación de la firma imperial en los que los acusados todos sin excepción podrán en el curso de la investigación ser sometidos al tormento, porque "... maiestatis causa, in qua sola omnibus aequa condicio est"¹³.

En la misma línea se coloca otra constitución de los mismos emperadores fechada el 376, que sólo admite los "tormenta" en el caso de los decuriones si éstos son reos, cómplices o conspiradores en el "crimen maiestatis"¹⁴.

El orden senatorial no podía resignarse a verse rebajado al mismo nivel que los decuriones y a que se afirmase que en la "maies-

9. *Cod. Theod.* 1, 34, 3.

10. *Cod. Theod.* 9, 16, 6.

11. *Cod. Theod.* 12, 1, 47.

12. *Cod. Theod.* 9, 2, 1.

13. *Cod. Theod.* 9, 35, 1.

14. *Cod. Theod.* 9, 35, 2.

tatis causa... omnibus aequa conditio est"; y el año 377 alcanzará una constitución de Valente, Graciano y Valentiniano en la que se afirma sin restricciones: "Severam indagationem per tormenta quaerendi a senatorio nomine submovemus"¹⁵.

Los presbíteros también alcanzaron el año 385 un privilegio, aunque reducido, frente a la tortura judicial. Al ser llamados como testigos no serán forzados a dar su testimonio bajo los tormentos pero este privilegio no se extiende a los clérigos inferiores a los presbíteros según su orden o grado que testigos en un proceso podían ser atormentados conforme a las leyes comunes¹⁶. A través de este privilegio se nos descubre otro de los aspectos de la tortura judicial romana que no sólo alcanzaba al reo, sino también a los mismos testigos cuando pertenecían a los "humiliores". Ese mismo aspecto de la tortura de los testigos aparece también reflejado en otra constitución teodosiana¹⁷.

Una inmunidad de las aflicciones corporales en favor de las personas que "principalitatis sunt honore munitae" de alcance un tanto impreciso "ad inferendas iniurias corporales" aparece promulgada finalmente el año 399¹⁸.

Todavía se ocupa el código teodosiano de un aspecto formal que debía preceder a la tortura judicial, y que habría de hacer fortuna en la legislación del Liber Judiciorum: la "inscriptio". Toda acusación grave según ley del 383 debía siempre ir precedida por la "incriptio", por la que el acusador se comprometía a sufrir la pena pretendida para el acusado, caso de no llegar a probar la acusación.

Para pedir el tormento de los esclavos ajenos acusados debía comprometerse en la "inscriptio" a indemnizar al dueño con todos sus bienes o con la pérdida de la propia cabeza caso de resultar inocentes los esclavos atormentados¹⁹; sobre la necesidad absoluta

15. *Cod. Theod.* 9, 35, 3.

16. *Cod. Theod.* 11, 39, 10: "Presbyteri citra iniuriam quaestionis testimonium dicant... Ceteri vero clerici, qui eorum gradum vel ordinem secuntur, si ad testimonium dicendum petiti fuerint, prout leges praecipunt, audiantur".

17. *Cod. Theod.* 9, 37, 4.

18. *Cod. Theod.* 9, 35, 6.

19. *Cod. Theod.* 9, 1, 8.

de la "inscriptio" para iniciar la persecución del reo volverá a insistir otra constitución del año 423²⁰.

También regula el *Codex Theodosianus* la investigación de los naufragios por medio de la tortura de los marineros prescrita para la mitad de ellos según constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano promulgada entre los años 372-375²¹. El año 380 se autoriza al "praefectus annonae" a reducir a dos o tres el número de los marineros que debían sufrir el tormento en la averiguación de las causas del naufragio²².

3. La tortura en el *Breviario alariciano*.

El *Breviario* de Alarico va a dar cabida a nueve²³ de las 21 leyes teodosianas referentes a la tortura judicial que hemos recensio- nado; en esta selección habrá sin duda un criterio y una nueva regulación según que se insista más en las inmunidades de los "honestiores" o en los crímenes a los que no alcanza ningún privilegio.

Según el sistema de normas legales teodosianas recogidas en el *Breviario* no aparece ninguna inmunidad de la tortura judicial en favor de acusados "honestiores"; únicamente se ordena a los jueces guarden cierta diferencia con los miembros de la curia municipal²⁴, pero afirmándose expresamente que están sometidos a la tortura en las causas que se les sigan por falsificación de documento público²⁵; con mayor razón serán torturables los funcionarios inferiores y subalternos que han ayudado a los magistrados en la administración de la provincia²⁶.

20. *Cod. Theod.* 9, 1, 11.

21. *Cod. Theod.* 11, 9, 1.

22. *Cod. Theod.* 11, 9, 3.

23. 1, 11, 2 (*C. Th.* 1, 34, 3); 9, 1, 8 (*C. Th.* 9, 1, 14); 9, 1, 11 (*C. Th.* 9, 1, 19); 9, 4, 3 (*C. Th.* 9, 7, 4); 9, 15, 1 (*C. Th.* 9, 19, 1); 9, 27, 2 (*C. Th.* 9, 37, 2); 9, 27, 3 (*C. Th.* 9, 37, 4); 11, 14, 5 (*C. Th.* 11, 39, 10); 12, 1, 5 (*C. Th.* 12, 1, 47).

24. *Brev.* 12, 1, 5 (*C. Th.* 12, 1, 47): "Interpretatio. In correctione curialium certam patientiam iudices debent retinere, ut in corpore vel in sanguine curialium non facile audeant desaeuire".

25. *Brev.* 9, 15, 1 (*C. Th.* 9, 19, 1).

26. *Brev.* 1, 11, 2 (*C. Th.* 1, 34, 3).

La "quaestio" de los siervos de ambos cónyuges en las acusaciones de adulterio y de intento de asesinato de cualquiera de ellos se mantiene²⁷, así como la tortura de los testigos reflejada a través de la prohibición del desistimiento aún de mutuo acuerdo si los testigos han sido ya atormentados²⁸ y del privilegio otorgado en favor de los presbíteros no de los clérigos inferiores, que sean llamados a declarar como testigos, apartando de ellos toda "quaestio" dolorosa²⁹.

Se recogen también las dos leyes relativas a la necesidad de la "inscriptio" previa a cualquier acusación³⁰ reforzadas por otra tercera cuya "Interpretatio" recalca y remacha la necesidad de la "inscriptio": "...sed ipse qui crimen intendit praesens per se accuset inscriptione praemisa. Indices autem puniendi... si innocentem nisi praemissa incriptione subdendum crediderint quaestioni"³¹, aunque la ley correspondiente no menciona directamente la "inscriptio".

El sistema normativo del Breviario es un sistema simplificado que refleja el último estadio de evolución del instituto acercándose más a las últimas constituciones recogidas en el Código Theodosiano que a las de los primeros emperadores cristianos, un sistema que omite las leyes de menos aplicación en España, como las relativas a las inmunidades senatoriales, e insiste en las más usuales, como las referentes a los curiales. Su tendencia por cuanto se refiere a la tortura judicial es más bien vulgarizadora que innovadora.

En el Breviario la regulación jurídica de la tortura no se limita a las constituciones teodosianas. Serán las *Sententiae Pauli* las que regularán esta institución todavía con mayor detalle.

En primer lugar, según Paulo, la tortura no se aplica en las causas civiles o pecuniarias, con excepción de las que versan sobre

27. *Brev.* 9, 4, 3 (*C. Th.* 9, 7, 4).

28. *Brev.* 9, 27, 3 (*C. Th.* 9, 37, 4). En el mismo sentido se expresa *Brev.* 9, 27, 2 (*C. Th.* 9, 37, 2).

29. *Brev.* 11, 14, 5 (*C. Th.* 11, 39, 10).

30. *Brev.* 9, 1, 8 (*C. Th.* 9, 1, 14) y *Brev.* 9, 1, 11 (*C. Th.* 9, 1, 19).

31. *Brev.* 9, 1, 9 (*C. Th.* 9, 1, 15).

cuestiones de herencia³²; la tortura queda, pues, limitada a las causas criminales y hereditarias.

En las causas en las que se puede hacer uso de los tormentos no debe el juez comenzar por éstos, sino por otros argumentos y medios de prueba, y sólo cuando el reo aparezca cubierto por la sospecha se podrá pasar a la tortura, interrogándole acerca de sus propios crímenes y de los posibles cómplices³³. Si son varios los reos torturables, debe comenzarse por el más tímido o más joven de quien se espera obtener la confesión más fácilmente³⁴. Pero se advierte que si alguien ha confesado ya su propio delito, no debe atormentársele sobre los nombres de sus cómplices, no sea que, desesperado ya por la suerte que le espera, pretenda arrastrar consigo a otros inocentes³⁵.

Todavía recordará Paulo que las mujeres, mientras dura la gestación, no sólo no pueden ser condenadas, pero tampoco torturadas; ha de esperarse hasta después del parto³⁶. Finalmente, según otra sentencia del mismo autor, en el "crimen maiestatis" no vale ningún privilegio frente a la tortura³⁷.

La apelación, en otro tiempo al pueblo romano, cuando escribe Paulo, al César, suspende el procedimiento criminal, incluso la tortura³⁸; pero esta apelación no es posible en una serie de casos que enumera la sentencia siguiente³⁹.

32. *Brev. Sent. Pauli* 5, 17, 6: "In re pecuniaria, nisi quem de rebus hereditariis quaeritur, non adhibentur. Aliae autem iure iurando aut testibus explicantur".

33. *Brev. Sent. Pauli* 5, 16, 1: "In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur, sed non statim a tormentis incipiendum est: ideo prius, argumentis quaerendum est: et si suspicione aliqua reus urgeatur, adhibitis tormentis de sociis et sceleribus suis confiteri compellitur".

34. *Brev. Sent. Pauli* 5, 16, 2: "Unius facinoris plurimi rei ita audiendi sunt, ut ab eo primum incipiatur, qui timidor et tenerae aetatis esse videatur".

35. *Brev. Sent. Pauli* 1, 12, 5: "Qui de se confessus, est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit".

36. *Brev. Sent. Pauli* 1, 12, 4: "Praegnantes neque torqueri, neque damnari, nisi post editum partum possunt".

37. *Brev. Sent. Pauli* 5, 31, 2: "In reum maiestatis inquiri prius convenit... Et ideo quum de eo queritur, nulla dignitas a tormentis excipitur".

38. *Brev. Sent. Pauli* 5, 28, 1.

39. *Brev. Sent. Pauli* 5, 28, 2: "Hac lege excipiuntur, qui artem ludi-

Además de estas disposiciones relativas a la tortura de los hombres libres, todavía hay entre las "Sententiae" de Paulo recogidas en el Breviario, otras 17 referentes exclusivamente a los esclavos.

Un grupo compacto lo constituye el título séptimo "Ad senatus consultum Silanianum" del Libro tercero, cuyas nueve primeras sentencias hacen referencia al tormento de los siervos en el caso de que el señor haya muerto violentamente⁴⁰ y equéllos se encontraran con él o bajo un mismo techo.

Se prohíbe en las "Sententiae" de Paulo que el esclavo o el liberto sea atormentado buscando una acusación contra su dueño o patrono⁴¹, lo que vuelve a repetirse⁴² y a ampliarse en favor de los ex dueños⁴³ y de los condueños cuando son varios⁴⁴, en el libro quinto, título 18, "De servorum quaestionibus", íntegramente consagrado a la tortura de los siervos. Por lo demás, el siervo puede ser interrogado sobre sus propios actos cuando su testimonio favorezca a su señor⁴⁵ o en los causas hereditarias cuando existan dudas sobre el caudal relicto o problemas de filiación⁴⁶.

El siervo ajeno sólo podrá ser atormentado en las causas contra un tercero si el dueño accede, o el acusador está dispuesto a abonar por el siervo lo que el dueño tasare o a aceptar la tasación futura por las lesiones que el esclavo pudiera sufrir en los tormentos⁴⁷.

cram faciunt; iudicati etiam et confessi; et qui ideo in carcerem duci iubentur, quod ius dicenti non obtemperaverint quidve contra disciplinam publicam fecerint; tribuni etiam militum et praefecti classium alarumve, ut sine aliquo impedimento legis Iuliae per eos militare delictum coerceri possit".

40. *Brev. Sent. Pauli* 3, 7, 1-9.

41. *Brev. Sent. Pauli* 1, 12, 3: "In caput domini patronive nec servus, nec libertus interrogari potest".

42. 5, 18, 5: "Servi in caput domini neque a praeside, neque a procuratore, neque in pecuniariis, neque in capitalibus causis interrogari possunt".

43. 5, 18, 8: "Servus in caput eius domini, a quo distractus est, cuique aliquando servivit, in memoriam prioris domini interrogari non potest.

44. 5, 18, 6: "Communis servus in caput alterius domini torqueri non potest".

45. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 1.

46. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 2.

47. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 3.

Otras dos leyes de ese mismo título previenen posible “fraudes legis”: cuando se compra un esclavo para evitar que preste declaración contra el comprador, puede ser atormentado el siervo, devolviendo previamente lo que por él se pagó⁴⁸; lo mismo que tampoco se evita la “quaestio” mediante una manumisión interesada, dirigida a ese fin⁴⁹.

Por fin, otra sentencia del título “De servorum quaestionibus”, pero que lo mismo podría aplicarse a los hombres libres, establece que cuando un ladrón sometido a tormento acuse al mismo que le persigue judicialmente, no se le preste fácil crédito⁵⁰.

El Breviario de Alarico nos ofrece, pues, una regulación bastante completa de la tortura judicial tanto si se trata de esclavos como de hombres libres, reflejándonos perfectamente el derecho romano vulgar en la España de comienzos del siglo VI.

4. *La tortura y los pueblos germánicos.*

Los invasores germánicos aportarán una nueva concepción sobre la función social de la justicia fundada en una autonomía personal más amplia de los hombres libres frente al poder del Estado, limitando así la iniciativa del poder público en la investigación y represión penal.

El delito era ante todo una ofensa personal, y el proceso, una relación social teñida de carácter privado; no era misión de la sociedad ni la represión ni mucho menos el descubrimiento del delito; al ofendido correspondía el llevar adelante la acusación, y el juez se limitaba a arbitrar el litigio judicial.

Por eso la tortura del hombre libre como instrumento de la autoridad para arrancar una prueba o forzar una confesión estaba muy lejos de las mentes germánicas. La tortura del esclavo, en cambio, era un asunto privado entre el acusador y el propietario del esclavo, cuya regulación afectaba únicamente a la esfera patrimonial.

48. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 7: “Qui servum ideo comparavit, ne in se torqueretur, restituto pretio poterit interrogari”.

49. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 9; “Si servus ad hoc fuerit manumisus, ne torqueatur, quaestio de eo nihilominus haberi potest”.

50. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 10.

Pero cuando los visigodos se instalan en el sur de las Galias y penetran en España, llevan ya un siglo, desde el 332, en contacto con la civilización romana y en relaciones federales con el Imperio.

Si el *Edictum Theodorici* ha de colocarse bajo la paternidad de Teodorico II⁵¹ o del prefecto del pretorio de las Galias⁵², en los años de ese mismo rey (453-466) es todavía tema discutido; pero, en todo caso, las tres disposiciones que consigna acerca de la tortura judicial son típicamente romanas y encuentran su paralelo y quizás su fuente en otras tres sentencias de Paulo: el siervo ajeno sólo será atormentado si se paga al dueño el valor del mismo⁵³; el siervo comprado "in fraudem legis" para evitar su interrogatorio no escapará a la tortura⁵⁴, y otro tanto se diga del siervo manumitido con idéntico objeto⁵⁵.

Los restos llegados hasta nosotros del Código o del Edicto⁵⁶ de Eurico, así como los Fragmentos Gaudecianos no se ocupan para nada de la tortura judicial, lo que no puede extrañarnos dado su carácter residual y complementario respecto del ordenamiento jurídico romano.

5. *El "Liber Judiciorum" y el tormento del hombre libre.*

Muy distinto será el caso del "Liber Judiciorum" que aspira a ser una regulación jurídica completa; en no menos de trece leyes aborda el problema de la tortura judicial: cuatro "Antiquae", siete leyes de Chindasvinto, una de Recesvinto y una Novella de Egica⁵⁷.

51. VISMARA, Giulio, *El "Edictum Theodorici"*, en *Estudios Visigóticos*, I, Roma-Madrid 1956, p. 81-83.

52. D'ORS, Alvaro, *El Código de Eurico*, en *Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid 1960, p. 8.

53. *Edictum Theodorici*, 100; Cfr. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 3.

54. *Edictum Theodorici* 101; Cfr. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 7.

55. *Edictum Theodorici* 102; Cfr. *Brev. Sent. Pauli* 5, 18, 9.

56. D'ORS, Alvaro, *El Código de Eurico*, p. 6-7.

57. Antiqua: 6, 1, 4; 7, 1, 1; 7, 1, 5 y 7, 6, 1. Chindasvinto: 2, 3, 4; 2, 4, 4; 3, 4, 13; 6, 1, 2; 6, 1, 5; 6, 2, 1 y 6, 5, 12. Recesvinto: 7, 2, 23; Novella 6, 1, 3 según la edición de ZEUMER en *M. G. H.*

Dos de las "Antiqua" no hacen sino recordarnos la necesidad de la "inscriptio", ya mencionada en Brev. 9, 1, 8 (C. Theod. 9, 1, 14) y Brev. 9, 1, 11 (C. Theod. 9, 1, 19), antes de proceder a la "quaestio" y que obligaba al acusador a sufrir la misma pena que amenazaba al reo si no llegaba a probar la culpabilidad de éste⁵⁸. La misma institución de la "inscriptio" es la que aparece en la ley Recesvindiana 7, 2, 23 contra el siervo acusado de haber dado muerte ocultamente a un caballo, buey u otro animal ajeno.

Pero si estas tres leyes no modifican en nada las disposiciones teodosianas, no se puede decir lo mismo de las otras dos "antiqua" referentes a la tortura de los siervos "in capite dominorum".

Prohibida ésta en el Breviario, (Sent. Pauli 5, 18, 5), sin registrar ni una sola excepción: "Servi in caput domini neque a praeside, neque a procuratore, neque in pecuniariis, neque in capitalibus causis interrogari possunt" va a ser, en cambio, ampliamente autorizada por Leovigildo⁵⁹, al menos para cinco delitos: adulterio, alta traición, falsificación de moneda, homicidio y maleficio: "Servus seu ancilla in capite domini vel domine non propter aliud torqueantur nisi tantum in crimine adulterii, aut si contra regnum, gentem vel patriam aliquid dictum vel dispositum fuerit, seu falsam monetam quique confixerit, aut etiam si causam homicidii vel maleficii querendam esse constiterit". A continuación determina la ley la pena que corresponderá al esclavo, diversa según cada una de las tres hipótesis: que haya acusado a su señor espontáneamente, que sea su cómplice en el delito, o que acusado el siervo directamente haya complicado y descubierto la coautoría de su señor⁶⁰.

58. *Lex Visigothorum* 7, 1, 1 y 7, 1, 5.

59. Estamos plenamente de acuerdo en rechazar el carácter euriciano de esta ley. Cfr. D'ORS, A., *El código de Eurico*, p. 76.

60. *Lex Visigothorum* 6, 1, 4: "ita ut servi vel ancille pro talibus criminibus torti, si conscii et occultatores sceleris dominorum puniantur. Certe si sua isponte indices veritatis extiterint, sufficiat eis, quod pro veritatis indagine questioni subditi tormenta pertulerint, a mortis tamen periculo habeantur immunes. Servus autem vel ancilla in tormentis positi et de se interrogati si etiam de dominis sint confessi, et fuerit culpa mortalis hac declaratis

La otra "Antiqua", 7, 6, 1, cuyo carácter leovigildiano es todavía más manifiesto⁶¹, no es más que un caso particular de la anterior, la falsificación de moneda, delito que permite la "quaestio" de los siervos cuando sus señores son acusados del mismo: "De torquendis servis in dominorum capite pro corruptione monete et eorum mercede, qui hoc visi extiterint revelasse"⁶².

Pero será Chindasvinto el que con amplitud y originalidad legislará sobre la tortura judicial; siete de sus leyes se ocupan de este instituto; pero entre todas ellas destaca la 6, 1, 2, que por sí sola basta para configurar la institución entera en lo que atañe a los hombres libres.

Del fondo romano sólo quedará la existencia de la tortura misma, porque los detalles de su regulación aparecen de tal modo repensados y reelaborados que muy bien puede hablarse de una normatividad enteramente original.

Todos los hombres libres eran torturables, pero los nobles y dignatarios de palacio sólo podían ser atormentados si el acusador y demandante del tormento era de su mismo rango o superior. Los inferiores no podían alcanzar fuera aplicado el tormento en sus acusaciones o reclamaciones contra una persona de rango superior; a ésta le bastaba acudir al juramento purgatorio para verse libre de la acusación, y obligar al acusador a indemnizarle con la composición establecida⁶³.

Otro privilegio de los nobles era que el acusador no podía

signis potuerit adprobari, eadem mortis censura multentur, qua eorum domini fuerint condemnati".

61. D'ORS, A., *El código de Eurico*, p. 73-74 y 76.

62. "Servos torqueri pro falsa moneta in capite domini domineve non vetamus, ut ex eorum tormentis veritas possit facilius inveniri..."

63. *Lex Visigothorum* 6, 2, 1: "Ideoque, si in causa regie potestatis vel gentis aut patrie seu homicidii vel adulterii equalem sibi nobilitate vel dignitate palatini officii quicumque accusandum crediderit... Speciali tamen constitutione decernimus ut persona inferior nobiliorem a se vel potentioris inscribere non presumat. Sed si petendum in causa patuerit, et probatio fortasse convincende rei defuerit, nobilior ille vel potentior conscientiam suam sacramentis purgare non differat, quod nec amiserit nec habeat penes se vel retineat rem, pro qua fuerit petitus; et reddito iuramento ille, qui male petit, sicut alia lex continet ei comp: nere non moretur".

proceder por medio de mandatario, sino que tenía que presentarse al procedimiento personalmente ⁶⁴.

La tortura sólo era aplicable contra los hombres libres si eran acusados de uno de los tres delitos capitales: lesa majestad, adulterio u homicidio, y en las causas pecuniarias fundadas en el robo u otro delito de cuantía superior a trescientos sueldos ⁶⁵.

Por debajo de esta suma el acusador no podía exigir la aplicación de la tortura para obtener la confesión del reo y debía contentarse con otras pruebas o exigirle el juramento purgatorio. Si llegaba a prestarle podía reclamar la correspondiente composición de parte del acusador ⁶⁶.

Además de una acusación capital o pecuniaria de mayor cuantía, la aplicación de la tortura judicial requería en la legislación Chindasvinto una serie de requisitos formales. En primer lugar, era necesaria una petición expresa del demandante, la llamada "inscriptio", que debía ir suscrita por tres testigos.

Ya vimos la existencia de la "inscriptio" en la legislación teodosiana y en el Breviario de Alarico ⁶⁷; en estos cuerpos legales la "incriptio" era, por así decirlo, la *demanda acusatoria*, y sin ella no se iniciaba el procedimiento judicial. Puesto en marcha el proceso por la "inscriptio", la pena del delito caería sobre el acusado si era convicto o confeso de su crimen con o sin tortura, o sobre el acusador si no llegaba a probar su acusación. La "incriptio", pues, era un vínculo que ligaba al reo y al demandante al litigio judicial, en el que el vencido recibiría la pena establecida.

En cambio, en la "Antiqua" la "inscriptio" ya no aparece

64. *Lex Vis.* 2, 3, 4: "Questionem in personis nobiles nullatenus per mandatum patimur agitari".

65. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Nam si capitalia que supra taxata sunt, accusata non fuerint, sed furtum factum dicitur vel quocumque illicitum, si trecentorum summa est solidorum vel amplius, inscriptione premissa subdendus est questioni qui petitur".

66. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Si autem actio minoris est quantitatis, quam trecenti sunt solidi, per probationem convictus qui accusatur secundum leges alias componere compellatur; aut si convinci non potuerit, sacramento se expians compositionem accipiat, que de mala petitione legibus continetur".

67. *Brev.* 9, 1, 8 (*Cod. Theod.* 9, 1, 14) y *Brev.* 9, 1, 11 (*Cod. Theod.* 9, 1, 19).

como la *demanda acusatoria* sin la cual no se comienza ningún proceso criminal, sino como uno de los dos caminos de llevar adelante una acusación: a) por “índices”, esto es, denunciadores que responden personalmente de la veracidad de lo que afirman y dejan cubierta la responsabilidad del acusador; b) por “*inscriptio*”, que compromete al acusador a sufrir la pena que amenazaba al reo si no alcanza la victoria en el litigio criminal⁶⁸. La tortura parece ser que sólo podía aplicarse en este segundo caso⁶⁹.

La evolución y transformación de la “*inscriptio*” aparece ya acabada en las leyes de Chindasvinto, donde técnicamente se ha reducido a una *demanda complementaria por escrito* para proceder a la tortura del acusado. Según 6, 1, 2, puede haber acusación y prueba del delito sin “*inscriptio*”: más aún, normalmente la “*inscriptio*” sólo tendrá lugar cuando el acusador no pueda probar el delito por otros medios de prueba: “*Quod si probare non potuerit, coram principe vel his, quos sua princeps auctoritate preceperit, trium testium suscriptione robarata inscriptio fiat, et sic questionis examen incipiat*”. Y estas frases que se refieren directamente a los procesos contra los nobles o miembros de palacio comprenden igualmente a los hombres libres todos según se dice en la misma ley: “*Similis quoque et de ceteris personis ingenuis ordo servandus est*”.

El acusador no podía lanzarse temerariamente a la “*inscriptio*” ya que Chindasvinto establece una doble garantía para evitar toda ligereza en la demanda de tortura. Primeramente la “*inscriptio*”, que debía hacerse por escrito con la firma de tres testigos y contener la relación circunstanciada del delito con todos sus detalles; el contenido de la “*inscriptio*” se mantenía secreto frente al acu-

68. *Lex Vis.* 7, 1, 1.

69. *Lex Vis.* 7, 1, 1: “*Iudex reum, qui accusatur, antea non torqueat, quam ille qui accusat, si indicem presentare noluerit, se per placitum trium testium roboratione firmatum ea condicione constringat, ut...*”; *Lex Vis.* 7, 1, 5: “*Prius tamen pene non subiaceat, quam aut sub presentia iudicum manifestis probationibus arguatur, aut certe, sicut in aliis legibus continetur eum accusator inscribat et sic in presentia iudicum superius nominatorum quaestionis agitetur examen*”. En esta segunda ley aparece la tortura como una pena cuando en la técnica jurídica romana era únicamente un medio de prueba; la institución está ya evolucionando y deformándose.

sado. Bastaba que el acusador por sí o por tercera persona hiciese conocer al reo el contenido de la "inscriptio" para que ya la tortura fuera inaplicable.

La confesión de culpabilidad del acusado sólo podía tener valor jurídico y ser tomada en cuenta si coincidía con los hechos narrados en la "inscriptio" ⁷⁰.

Pero si la confesión del reo no coincidía o resistía a la tortura sin confesar, el acusador perdía automáticamente la libertad y era entregado al acusador, que podía disponer de él a su antojo, salva siempre la vida ⁷¹.

La garantía de verdad que significaba la confrontación de la "inscriptio" con la "professio" del reo, desconocida del derecho romano, así como la terrible sanción que amenazaba al acusador que no lograba su intento, reducían de hecho drásticamente el campo de aplicación de la tortura, que quedaba así limitada a una prueba supletoria a la que sólo el acusador osaría arriesgarse si estaba muy seguro de su resultado.

Aparece, pues, claramente el enorme progreso que significa la legislación de Chindasvinto sobre el derecho romano en garantías de acierto y verdad en la aplicación de la tortura, así como el carácter restrictivo que frente a este instituto adopta el rey godo en el mismo preámbulo de su ley 6, 1, 2: "Si in criminalibus causis discretionis modus amittitur, criminorum [delatores] malitia nequaquam frenatur".

70. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Iudex tamen hanc cautelam servare debet, ut accusator omnem rei ordinem scriptis exponat, et iudici occulte presentans, sic questionis examinatio fiat; et si eius professio, qui questioni subdendus est, compar fuerit cum verbis accusatoris, criminis reus incuntanter habendus est. Certe si aliud dictio accusatoris habuerit, aliud eius confessio, qui subditur questioni, quia dubitari non potest, quod per tormenta sibi crimen imponat, oportebit accusatorem superioris legis huius sententiae subiacere. Quod si accusator, priusquam occulte iudici notitiam tradat, aut per se aut per quemlibet de re, qua accusat, per ordinem instruxerit quem accusat, non liceat iudici accusatum subdere questioni cum iam per accusatoris indicium detectum constet ac publicatum esse negotium".

71. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "ita ut, qui subditur questioni si innox tormenta pertulerit, accusator ei confestim serviturus tradatur, ut salva tantum anima, quod in eo exercere voluerit vel de istatu eius iudicare elegerit, in arbitrio suo consistat".

Todavía exigirá el mismo rey Chindasvinto otro requisito previo, absolutamente necesario, para poder someter a la "quaestio" a cualquier hombre libre o siervo: juramento del acusador en presencia del juez, o de su sayón, de que, según su conciencia, no acusaba a un inocente, movido por maldad, por engaño o por dolo⁷².

Si la "inscriptio" ha sido aprobada por el juez y éste declara haber lugar a la "quaestio", no por eso queda el acusado al arbitrio del poder judicial; el procedimiento, con sus requisitos formales, continúa protegiéndolo. La tortura sólo podrá tener lugar delante del juez y asistiendo como testigos algunos varones honrados cuando el acusado es un hombre libre⁷³; el tormento secreto o las violencias caprichosas del acusador o de los subalternos están totalmente desterradas en la ley.

El plazo durante el cual el acusado estaba sujeto a la "quaestio" era relativamente breve y no podía superar los tres días; pasado este plazo, si no había admitido el crimen, era considerado como inocente, y no podía volver a ser molestado⁷⁴.

Acerca de la clase e intensidad de los tormentos que se aplicaban en las "questiones" nada precisa la legislación de Chindasvinto, que encomendaba este triste cometido al mismo acusador⁷⁵. El juez debía velar para que las violencias corporales no fueran tales que ocasionaran la muerte del reo; si por una tropelía o descuido del juez el acusado moría en la tortura, el acusador era entregado a la familia del muerto para que ésta le quitase la vida, y el juez, si había procedido con malicia o dolo, sufría esa misma pena.

Si el juez purgaba mediante juramento la sospecha de malicia y dolo y los testigos confirmaban que se trataba de un descuido o negligencia, salvaba su vida, pero debía pagar a la familia del di-

72. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Ita tamen servandum est, ut nec ingenuum quisque nec servum subdere prius questioni presumat nisi coram iudice vel eius saione... districte iuraverit quod nullo dolo vel fraude aut malitia innocentem faciat questionem subire".

73. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Veruntamen seu nobilis sive inferior seu ingenua persona, si questioni subdita fuerit, ita coram iudice vel aliis honestis viris a iudice convocatis accusator penas inferat, ne vitam extinguat".

74. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Et quia per triduum quaestio agitari debet...".

75. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Accusator penas inferat, ne vitan extinguat".

funto trescientos sueldos como composición⁷⁶. Las penas establecidas para salvaguardar la vida del torturado son terribles y suficientes en la práctica para disuadir tanto al juez como al acusador de cualquier exceso peligroso.

La regulación de la tortura del hombre libre, según Chindasvinto, queda completa con la ley 2, 3, 4, que prohíbe la "inscriptio" contra un noble por medio de mandatario, pero la autoriza contra el ingenuo no noble con tal que el mandatario sea también hombre libre, el mandato venga firmado por tres testigos, y el mandatario se comprometa subsidiariamente a las resultas de la "quaestio" si su mandante eludiese las consecuencias⁷⁷.

6. La tortura de los siervos en el "Liber Judiciorum".

Chindasvinto no sólo promulga una regulación de la tortura más humana, más suave y con mayores garantías para el hombre libre; sus leyes se ocupan también y con mayor amplitud si cabe de la aplicación de la "quaestio" a los siervos desde la 6, 5, 12,

76. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "si imminente casu qui tormentis subditur mortuus fuerit ex malicia iudicis vel alico dolo, seu ab adversario corruptus beneficio talia tormenta fieri non prohibuit, unde mors occurreret, ipse iudex iniquitatis proximis parentibus simili vindicta puniendus tradatur. Si certe suo se sacramento innocentem reddiderit, et testes, qui fuerint presentes, iuraverint, quod nulla sua malitia vel dolo aut corruptione beneficii mors ipsa provenerit, nisi solo tormentorum eventu, pro eo, quod indiscretus iudex superflua non prohibuit, CCC solidus heredibus mortui compellatur exolvere. Accusator autem in potestate proximorum parentum mortui traditus, eadem mortis pena multetur, qua ille multatus est, qui per eius accusationem morte damnatus interiit".

77. *Lex Vis.* 2, 3, 4: "Questionem in personis nobiles nullatenus per mandatum patimur agitari. Ingenuam vero et pauperem personam adque in crimini iam ante reppertam non aliter ex mandato subdendam questioni permittimus, quam ut mandator de eadem persona non servo sed ingenuo per mandatum, sua vel trium testium adnotatione firmatum, specialiter committat agendum. Et si fortasse innocentem fecerit tormentis adfligi, sciat se hisdem mandator censura legis noxium retineri... Nec dimittendus est tamen his, qui mandatum accepit, donec aut mandator sit coram iudice prestus, aut satisfactionem adimpleat legum. Et tamen qui questionem ex mandato agitaturus est, ante se, velut propii iuris dominus, per placiti vinculum a iudice noverit obligandum".

que supone meramente la existencia de la tortura ⁷⁸ hasta la 6, 5, 1, que lleva como rúbrica: "Pro quantis rebus et qualiter servus aut libertus tormenta portabunt".

Los hombres libres sólo pueden ser torturados como reos, no como testigos; en cambio, a los siervos ordinarios sólo se les prestará fe en los procesos criminales contra su dueño o contra terceros si sus declaraciones han sido confirmadas en los tormentos. Los siervos palatinos podían testificar del mismo modo y bajo las mismas condiciones que los hombres libres ⁷⁹.

También, en calidad de testigos, los siervos de ambos cónyuges podían ser sometidos a la tortura en las acusaciones de adulterio si faltaban testigos libres para probar el crimen ⁸⁰.

Como acusado, el siervo podía ser sometido a la tortura en cualquier delito; no había para él una cuantía mínima como los trescientos sueldos del hombre libre, o los ciento cincuenta del liberto ⁸¹. Pero su señor podía tomar su defensa aun antes del tormento, y si probaba la inocencia del siervo, el acusador debía pagar como composición otro siervo del mismo valor; también

78 "Et per exactionem tormentorum eosdem dominos suos talia sibi constituisse taxaverint". En la frase de la ley 6, 2, 1: "Servi vero diverso genere tormentorum adflicti" parece ser que "tormentorum" no hace referencia a la "quaestio", sino a las penas corporales como azotes, decalvación, amputación de miembros, etc.

79. *Lex Vis.* 2, 4, 4: "Servo penitus non credatur, si super aliquem crimen obiecerit, aut si etiam dominum suum in crimine inpetierit, nisi in tormentis positus exponat quod dixerit; excepto servi nostri... quibus utique verendi vel testificandi licentia sicut et ceteris ingenuis hac lege conceditur".

80. *Lex Vis.* 3, 4, 13: "Verum quia difficile fieri potest ut per liberas personas mulieris adulterium indagetur, dum frequenter hoc vitium occulte perpetrari sit solitum, proinde, quando ad convincendum adulterium accusate mulieris ingenuitas omnino defuerit, praedictis personis, quibus eius adulterium accusare presenti lege permissum est, hoc etiam aperte licitum erit, ut per questionem familiae utriusque domini accusate mulieris adulterium coram iudice iustissime requiratur".

81. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Ingenuus sane, si libertum questioni putaverit addicendum, sive pro capitali crimine seu pro centum quiquaginta solidorum quantitate, si innox quodcumque tormenti pertulerit CL solidos eius petitor ei componere compellendus est".

podía el señor evitar el tormento del siervo pagando la composición correspondiente al delito de que era acusado éste⁸².

También el siervo, al igual que el hombre libre, estaba protegido frente a la tortura caprichosa por dos requisitos previos: la "inscriptio" y el juramento del acusador de no proceder por dolo, fraude o malicia; únicamente la pena que amenazaba al acusador, caso de no conseguir la prueba del delito, era mucho más reducida, sin afectar a su libertad personal y limitada al ámbito pecuniario: la entrega de un siervo del mismo valor que el acusado⁸³.

Si el siervo moría en los tormentos sin confesar el crimen o resultaba inválido como consecuencia de los mismos, el acusador debía pagar al dueño dos siervos y el juez otro más; el siervo inválido quedaba manumitido bajo el patrocinio de su señor⁸⁴. La falta de capacidad económica para pagar esta composición por el siervo muerto en la tortura significaría para el acusador la pérdida del estado de libertad⁸⁵.

82. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Si autem dolo servum alienum quispiam subdendum questioni intenderit, et dominus servi, qui accusatur, per probationem eum potuerit de obiecto crimine reddere innocentem, accusator eius alium paris meriti servum accusati domino cogatur exolvere, et dispendium, quod dominus eius in adprobationem innocentis servi pertulerit, prout rationabiliter iudex reddi perpenderit, ab iniusto accusatore exactum domino servi restituitur. De rebus vero minimis culpa servi repperta, dominus, si voluerit, componendi licentiam habeat; ita ut omnis fur iuxta qualitatem culpe flagella suscipiat. Pro maiori vero noxa, si compositionem dominus noluerit solvere, servum pro crimine non morabitur tradere".

83. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Si servus in aliquo crimine accusatur antea non torqueatur, quam ille, qui accusat, ac se condicione constringat, ut, si innocens tormenta pertulerit, pro eo, quod innocentem in tormentis tradidit, alium eiusdem meriti servum domino reformare cogatur".

84. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Si vero innocens in tormentis mortuus vel debilitatus fuerit, duos equalis meriti servos cum eodem domino reddere non moretur, et ille, qui debilitatus est, ingenuus in patrocinio domini sui permaneat; nam et iudex, qui temperamentum in tormento non tenuit et ita discretionem legis excesit, ut his, qui questionatus est, mortem violentam incurreret, eiusdem meriti servum domino mox reformet". Siguen algunas normas para calcular el valor de los siervos según el oficio, edad y utilidad del mismo.

85. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Et si subditus questionis mortuus fuerit, adque

La "quaestio" contra el siervo podía llevarse adelante por mandato, aun cuando el mandatario fuera también de condición servil, pero el responsable de la "quaestio" y obligado a la composición en su caso sería siempre el mandante⁸⁶.

7. Reformas ervigianas.

Hasta aquí el sistema jurídico organizado por Chindasvinto humanizando y suavizando el instituto de la tortura judicial, herencia del derecho romano. Ervigio, sin promulgar ninguna nueva disposición, va a retocar y reformar las dos leyes fundamentales de Chindasvinto: 6, 1, 2 y 6, 1, 5, en un sentido todavía más restrictivo.

Los nobles y sus hijos no podrán ser atormentados en las causas pecuniarias, sea cual fuere el valor del supuesto delito; fuera de las causas capitales, les bastará el juramento purgatorio para librarse de cualquier acusación si ésta no fuera probada por el acusador⁸⁷.

También los hombres libres del pueblo veían mejorada su condición frente a la tortura al elevar Ervigio de trescientos a quinientos sueldos la cuantía mínima de la causa en la que era admisible una "inscriptio"⁸⁸.

Los libertos cuyas acusaciones exigían en la legislación de

ille, qui subditit, unde componere non habuerit, ipse subdendus est servituti, qui innocentem fecit occidi".

86. *Lex Vis.* 2, 3, 4: "Servum vero per mandatum subdere questioni tam ingenuo quam servo iure conceditur; hac videlicet constitutione servata, ut, si tormenta vel damna innocentibus fuerint interrogata, ad omnem satisfactionem mandator iudicis compellatur instancia".

87. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Nam si capitalia que supra taxata sunt, accusata non fuerint, sed furtum factum dicitur vel aliud quoque inlicitum, nobiles ob hoc potentioresque persone, ut sunt primates palatii nostri eorumque filii, nulla permittimus ratione questionibus agitari. Sed si in causa, pro qua compellitur, probatio defuerit, suam qui pulsatur debeat iuramento conscientiam expiare.

88. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "Inferiores vero humilioresque, ingenue tamen persone, si pro furto, homicidio vel quibuslibet aliis criminibus fuerint accusati, nec ipsi incriptione premissa subdendi sunt questioni, nisi maior fuerit causa, quam quod quingetorum solidorum summa valere constiterit. Si autem actio minoris est quantitatis quam quingenti sunt solidi...".

Chindasvinto una cuantía mínima de ciento cincuenta sueldos para que fuera viable la "inscriptio", se veían clasificados por Ervigio en dos categorías: los libertos "idóneos" inmunes frente a la tortura en causas inferiores a doscientos cincuenta sueldos, y los libertos "inferiores" seu "rusticani", cuya inmunidad se veía reducida a las causas inferiores a los cien sueldos⁸⁹.

También refuerza Ervigio las garantías del acusado frente a una tortura abusiva. En primer lugar, no sólo se prohíbe, como en la ley de Chindasvinto, cualquier tormento que pueda acarrear la muerte, pero se amplía la prohibición hasta "quamcumque ipse, qui questioni supiciendus est, membrorum debilitationem incurrat"⁹⁰. La sanción contra el juez que por negligencia haya autorizado tormentos mortales en un hombre libre se eleva de trescientos a quinientos sueldos y expresamente se declara que si no puede pagar esa suma, será entregado en calidad de esclavo a la familia de la víctima⁹¹.

En la tortura de los libertos idóneos la sanción pecuniaria que debe abonar el juez y el acusador, caso de muerte o invalidez del acusado, se eleva a doscientos y trescientos sueldos, respectivamente; y si se tratara de "inferioribus illis libertis", la composición quedaba reducida a cien sueldos el juez negligente y ciento cincuenta el acusador⁹².

89. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Ingenuus sane si quemlibet libertum idoneum pro capitali crimine sive pro aliis scelerum causis questioni pulsaverit addicendum, non aliter eum inpetere poterit adscribendum, nisi ducentorum quinquaginta solidorum quantitate causa ipsa voluerit, pro qua eum accusator conatus fuerit subdere questioni. Nam si inferior fuerit atque rusticanus, quem liberum esse constet, tunc in eo permittetur questio agitari, si causa ipsa, unde accusatur, C solidis valere constiterit".

90. *Lex Vis.* 6, 1, 2.

91. *Lex Vis.* 6, 1, 2: "quod indiscretus iudex superflua non proibuit, quingentos solidos heredibus mortui compellatur exsolvere. Quod si non habuerit, unde componat ipse serviturus proximis heredibus mortui contradatur".

92. *Lex Vis.* 6, 1, 5: "Quod si indiscrete qui questioni subditur in quacumque parte membrorum debilitationem incurrerit, tunc iudex, qui temperamentum in tormentis non tenuit, CC illi, qui tormenta sustulit, solidos persolvat. Ille vero qui eum iniuste questionandum adpetiit, CCC solidos ei dare cogendus est. Certe si in tormentis positus mortem incurrerit, praedic-

Una interpolación ervigiana a la ley de Chindasvinto, 6, 1, 2, autoriza expresamente al acusado que sufre victoriosamente la prueba de la tortura y que por lo mismo tenía derecho a que su acusador le fuese entregado como esclavo, a que pueda respetar a su enemigo el estado de libertad a cambio de la compensación acordada entre ambos⁹³; no creemos que se trate de ninguna innovación, ya que las normas de Chindasvinto, aunque no la mencionaran, la daban por supuesta si ambas partes se avenían a ella, y no excluían esa posible composición.

La ley ervigiana 2, 4, 4 supone, en cambio, una gran restricción en la capacidad de testificar atribuida a los siervos. Mientras Chindasvinto admitía el testimonio de un siervo si venía confirmado en la tortura, Ervigio la excluye en todo caso, lo que equivale prácticamente a la abolición de la tortura de los siervos testigos. Los siervos palatinos veían respetados sus privilegios que les equiparaban a los hombres libres a la hora de testificar⁹⁴.

Así Ervigio restringía en todos los campos la aplicación de la tortura, suprimiéndola prácticamente para los testigos, aun siervos⁹⁵, elevando la cuantía mínima en las causas pecuniarias y reforzando las sanciones en caso de abuso⁹⁶. Así la "inscriptio" de un acusado resultaba una operación tan arriesgada que nadie, salvo casos extremos, podía lanzarse a solicitar la "quaestio".

tam summam solidorum tam iudex quam petitor propinquis parentibus mortui persolvebunt. Simiter et de inferioribus illis libertis, si debilitatione vel morte quis per intemperantiam fuerit condemnatus, medietas satisfactionis, que supra de libertis idoneis constituta est, ei, qui indebitè questionatus est, si tamen vixerit, aut suis heredibus, si ipse inde mortuus fuerit, exsolvenda est".

93. "Quod si conponi sibi ab accusatore voluerit, tantum ei pars accusatoris conponat, quantum ipse, qui questioni subiacuit, inlata sibi taxaverit suorum tormentorum supplicia".

94. "Servo penitus non credatur, si super aliquem crimen obiecerit, aut etiam si dominum suum in crimine impetierit. Nam etiam si in tormentis positus exponat quod obicit, credi tamen illi nullo modo oportebit; excepto servis nostris...".

95. Queda vigente como única excepción la ley 2, 4, 4 que autorizaba la tortura de los siervos de ambos cónyuges en las acusaciones de adulterio.

96. Como indemnización por los alimentos de un menor asigna la *Lex Vis.* 4, 4, 3 un sueldo anual; las sanciones por los abusos de la tortura son muerte, pérdida de la libertad o centenares de sueldos: 500, 300, 200, 150, 100.

Por esta vía indirecta, Chindasvinto y Ervigio iban avanzando hacia la total abolición o al menos hacia un abandono práctico de esta institución tomada del derecho romano.

Durante el mismo reinado de Ervigio, obispos, palatinos y gardingos reforzaban su inmunidad frente a la tortura con un privilegio judicial: sus causas sólo podían verse ante la asamblea de sus iguales y antes de la condena no serían molestados bajo ningún concepto: "... ut nullus deinceps ex palatini ordinis gradu vel religionis sanctae conventu... non antea vinculorum nexibus illigetur, non quaestioni subdatur, non quibuslibet tormentorum vel flagellorum generibus maceretur, non rebus privetur... [quam] in publica sacerdotum, seniorum atque etiam gardingorum discussione deductus et justissime perquisitus..."⁹⁷.

8. *En vísperas de la invasión islámica.*

La línea evolutiva de la legislación visigoda tendente a la abolición o restricción de la tortura judicial vino a romperse bruscamente en el reinado de Egica-Vitiza (698-702) con la Novella 6, 1, 3, más famosa todavía por haber admitido, contra toda la tradición del "Liber Judiciorum", la prueba del agua caliente. Esta célebre Novella, considerada como típicamente germánica en su aceptación de una ordalia o juicio de Dios como medio de prueba, aparece no menos romana en su brutal regresión a la tortura judicial.

La primera frase "Multas cognovimus querelas, et ab ingenuis multa mala pati, credentes in trecentis solidis questionem agitare" resulta de no fácil interpretación y aparece rebosante de notables variantes en los diversos códigos⁹⁸, ninguna de las cuales nos ofrece un sentido claro y nitido, prueba indudable de la oscuridad del texto primitivo.

Si hubiéramos de dar nuestra opinión no obstante las dificultades gramaticales preferiríamos acercarnos a la del código V², manteniendo la suma de 300 sueldos del resto de los códigos. En este caso el sentido de la ley sería, poco más o menos, el siguiente: "He-

97. Concilio XIII de Toledo (a. 683), c. 2, ed. GONZÁLEZ, *Collectio Canonum*, col. 514.

98. Cfr. ZEUMER, C., *Lex Visigothorum*, p. 250-251.

mos recibido muchas protestas y tropezado con dificultades de parte de los hombres libres que piensan que la tortura sólo puede aplicarse a partir de los 300 sueldos. Ahora Nos juzgamos conveniente que aunque se trate de cualquier delito de poca monta el reo sea obligado por el juez a pasar por la prueba "caldaria" y si así quedare probada su fechoría no dude el juez en someterle a la tortura, y su confesión deberá ser conforme a lo prescrito en la ley anterior [6, 1, 2]. Si apareciere inocente en la prueba caldaria el acusador no tiene por qué temer ninguna sanción. Lo mismo se observará [prueba caldaria] con los sospechosos que vinieren a prestar declaración".

Según esta versión que presentamos como muy probable Egica habría comenzado por destruir la reforma ervigiana que fijaba en 500 sueldos la cuantía mínima de las causas en las que podía practicarse la "inscriptio" y aplicado la tortura a causas de muy inferior cuantía. Los hombres libres afectados se habían quejado reiteradamente pretendiendo al menos mantener la inmunidad tradicional desde los años de Chindasvinto, para las causas inferiores a 300 sueldos.

El rey Egica no había cedido y al fin de su reinado en los años de corregencia con su hijo Vitiza promulgaba la Novella 6, 1, 3 que venía a revolucionar todo el ordenamiento procesal.

Se suprimía cualquier límite de cuantía y en todas las causas criminales sin distinción debía comenzarse por la prueba "caldaria"; si esta resultaba desfavorable entonces debía pasarse a la tortura hasta lograr la confesión del acusado, pero para que la confesión surtiese efectos jurídicos debía conformarse a lo prescrito en la ley 6, 1, 2, esto es ser confrontada y coincidir con las circunstancias expresadas en la "inscriptio". Caso de no lograrse la confesión apetecida el acusador se veía amenazado por las penas de la ley de Chindasvinto. Cuando la prueba "caldaria" fuese favorable al reo ni el acusador tenía nada que temer por su fracaso ni el reo podía ser molestado ulteriormente. Los testigos sospechosos debían ser sometidos a la misma prueba caldaria para juzgar de la veracidad de su testimonio.

La regresión hacia una mayor extensión de la tortura judicial que significa la Novella de Egica no tuvo mucho espacio de tiem-

po para arraigar y ser aplicada. Como norma legal de facción y marcada por su sello antiervigiano pudo muy bien ser abolida y derogada ya desde la subida al trono de Rodrigo.

Aún en los territorios no dominados por los musulmanes la invasión islámica vino a modificar radicalmente las relaciones entre la realeza y los súbditos.

La tendencia restrictiva que se venía dibujando desde Chindasvinto pasando por Ervigio y las protestas populares de que nos habla Egica triunfan plenamente en el abolicionismo total que caracteriza sin excepción todos los fueros de todos los reinos que brotan en la Reconquista cristiana.

Dos factores históricos explican la desaparición de la tortura al hundirse el reino visigodo:

a) El carácter más popular y la mayor importancia del hombre libre en los diminutos principados cristianos obliga a los reyes a respetar una serie de privilegios que el ciudadano ha afirmado y defiende frente a una realeza debilitada, y entre estos privilegios y no en último lugar figuran las garantías procesales comenzando por la inmunidad frente a la tortura.

b) La tortura era una creación refinada del derecho romano que requería una serie de formalismos como la "inscriptio". El primitivismo de la dura sociedad del Norte cristiano se avenía mal con ciertas instituciones que significaban complicación y formalismos, y la administración de una justicia simplificada dejará de lado la tortura judicial romano-visigoda.

II. DE LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO A LA ABOLICION DE LA TORTURA

1. *El Derecho castellano del siglo XIII y la tortura.*

El derecho popular y consuetudinario de la Alta Edad Media ignora por completo la tortura. Ni en los Fueros breves ni en las refundiciones de los siglos XII y XIII o Fueros extensos es posible encontrar una sola alusión a este instituto judicial a pesar del interés que consagran al derecho procesal y penal.

En Castilla las redacciones de fueros generales aun en sus refundiciones más tardías como los Pseudos Ordenamientos de Nájera, Libro de los Fueros de Castilla, Fuero viejo de Castilla siguen ignorando la tortura judicial. Lo mismo se diga de la obra alfonsina "Fuero Real", de inspiración tradicional, fiel también en este punto al espíritu del derecho consuetudinario castellano.

La reaparición de la tortura judicial va a ser la obra del derecho culto y romanizante de Alfonso X y sus juristas de formación boloniense. Ya en el primer cuerpo legislativo de este tipo, el *Especulo*, promulgado para los tribunales del Rey, de su corte, o de sus oficiales —adelantados, alcaldes del rey, etc.— se restaura la tortura en los tribunales tanto para los siervos que dan testimonio como para los acusados aunque sean hombres libres.

Según el *Especulo* los siervos "deven seer creydos quando lo dixieren por algún tormento que les den, porque los siervos son así como desanparados por la servidumbre en que son e deve ome sospechar que dirien mas ayna mentira, e encobrieren la verdat, si alguna premia no les diesen. E esta pena dezimos, que deve seer fecha de manera, que non sepa porque gela dan, así como diximos en el título de los tormentos"¹.

Esta ley lo mismo pudiera haberse inspirado en el Fuero Juzgo, 2,4,2, que en el Digesto 22,5,21. El tenor literal más la aproxima al Fuero Juzgo; en todo caso coincide enteramente con las partidas 33,16,13.

También el tormento de los hombres libres es recogido en el *Especulo*: "E otrosí deve guardar, que non de a ninguno pena nin tormento de qual manera quier que sea, por facerle conoscer alguna cosa de que fuese acusado, si non fuere ome de mala fama, o fallasen contra él algunas señales daquel fecho, o sil acusasen de alguna cosa que fuese contra el rey, o al regno en que fuese ydo el fecho o en

1. 4, 7, 1. Se alude en esta ley a otro título "como diximos en el título de los tormentos" que no aparece en el *Especulo*. Si no queremos admitir que pueda referirse al título tercero de la Partida séptima, "De los Tormentos" cuya ley tercera regula la formulación de las preguntas que han de hacerse al acusado, entonces el *Especulo* supone otra obra anterior del Rey Sabio que bien pudiera ser el "Setenario", o a libros perdidos del mismo *Especulo*. El uso del pretérito "diximos" nos persuade más bien que se trata de otra obra del mismo Rey Sabio más que de libros perdidos.

conseio. E esto dezimos aún, que quando pena oviese a dar por alguna destas maneras, que non lo deve fazer a menos de seer omes buenos delante, que oyan comol pregunta, e lo que dixiere, porque sean pesquisas en aquel fecho, para fazer en él justicia, o por lo soltar”².

Aquí el sello romanista es evidente; de las tres hipótesis en que se decreta la tortura: mala fama, indicios, o alta traición, las dos primeras no figuran en el Fuero Juzgo que prescinde de ellas en favor del automatismo de la “inscriptio” frenado por la responsabilidad del acusador caso de no lograrse una confesión coincidente en todo con la “inscriptio” secreta. En cambio indicios y mala fama son elementos característicos del Derecho Común desarrollado en Bolonia³.

Indicio suficiente para proceder a la tortura podían ser las declaraciones femeninas a falta de testigos varones: “Otrosi dezimos, que no pueden testiguar en pleito que sea de justicia de muerte, nin de lision en cuerpo de ome o de mujer, o porque perdiese lo que oviese, o fuese desterrado, sinon se acaesciese que el mal fecho se feziere en tal lugar que non podiesen aver varones que testiguasen, e oviere a preguntar a las mugieres para aver entrada de sabiduría, porque metiesen a pena o a tormento, a aquellos enfamados para saber la verdat de aquel fecho”⁴.

En las Leyes de los Adelantados Mayores se copian literalmente los párrafos del Especulo referentes a la tortura de los hombres libres, lo que no puede extrañarnos ya que el Adelantado, como oficial del Rey, debía regirse en su tribunal por el Especulo, y no por ningún fuero local ni siquiera por el Fuero Real: “Otrosi deve guardar que non dé a ninguno pena nin tormento de qual manera quier que sea por facerle conoscer alguna cosa de que fuese acusado, si non si fuere ome de mala fama e fallasen contra él algunas sennales de aquel fecho, o sil acusaren de alguna cosa que fuere contra el rey o al regno en que oviese seydo en fecho o en conseio; et decimos aun que quando pena oviere a dar en alguna

2. 4, 3, 5.

3. FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè 1954, II, p. 10-50.

4. *Especulo*, 4, 7, 3.

destas maneras, que non lo deve facer, a menos que sean ome bonos delante, que oyan lo que pregunta el que dixiere...”⁵.

Hemos transcrito ambos textos, Espéculo y Leyes de los Adelantados, aunque aparentemente iguales porque entre ambos existe a nuestro parecer una diferencia importantísima. Dejando a un lado los delitos de alta traición en los que no era necesario otros requisitos para aplicar la tortura, en los demás, según el Espéculo, sólo podía decretarse si “fuese ome de mala fama, o fallasen contra él algunas señales daquel fecho”; o sea que bastaba una sola de estas dos condiciones o ser de mala fama o tener contra sí indicios acusadores. En cambio las Leyes de Adelantados requieren la conjunción de ambas condiciones “i fuere ome de mala fama e fallasen contra él algunas sennales de aquel fecho” restringiendo así el número de personas y casos torturables.

Como no es posible admitir dos criterios dispares hemos de concluir que uno de los textos ha alterado el sentido primitivo del legislador; y con ayuda de otra ley que también hemos citado ya: relativa al testimonio de las mujeres, podemos precisar que la redacción más exacta es la que leemos en las Leyes de los Adelantados. En ella se admite precisamente como indicio la declaración femenina para pasar al tormento de algún hombre de mala fama: “e oviese a preguntar a las mujeres para aver entrada de sabiduría, porque metiesen a pena o a tormento, a aquellos enfamados, para saber la verdat de aquel fecho”⁶.

Efectivamente este criterio restrictivo, aplicación de la tortura, fuera de los delitos de alta traición, sólo a hombres de mala fama sobre los que recaían indicios acusadores es más verosímil en un momento en que se trataba de introducir este desagradable e inhumano instituto en la práctica de los tribunales.

También las Leyes del Estilo o decisiones del tribunal real de Alfonso X y Sancho IV abordan nuestro tema en cuatro de sus leyes al menos. Una de ellas no duda en ordenar el tormento de los hombres y mujeres, posibles testigos de una violación: “Aquella mujer que querella que la forzó fulano... los Oficiales deven seguir la su querella en facer pesquisa, y en saber al verdad del fecho, prendi-

5. Ley 5.

6. Espéculo 4, 7, 3.

dos los hombres; y las mugeres que se acertaron entónces en la casa do fizo la fuerza, y si menester fuere, meterlos a tormento, y facer pesquisa en la verdad” 7.

Si el tormento se ha extendido ya hasta los posibles testigos hombres libres, no puede extrañarnos la tortura de los siervos, igualmente posibles testigos o sabedores de adulterio: “e los hombres del señor de la casa serán rescebidos en testimonio, é los siervos atormentados en Pleyto de adulterio” 8, ni la de los hombres libres como el que ha amenazado a una persona si ésta muere asesinada: “E si no es sabido por verdad aquel que lo mató, o que lo firió, estonce el amenazador será sometido a tormento, que diga la verdad de lo que supiere deste fecho. Más según dice en el Speculum Juris, el amenazador, si suele facer tales fechos, e non puede saber que lo fizo, estonce será tenido al fecho. E si non suele facer tales cosas, será metido a tormento” 9.

Otra de las Leyes del Estilo, aunque de redacción un tanto oscura, parece excluir la tortura cuando sólo se tiene como único indicio un testigo de oídas: “E otrosí, si en la pesquisa hay alguno que dixere, que él oyó a Fulano que había fecho este fecho de que pesquieren, o que gelo había oído a él, por esto no lo atormentarán, maguer el otro niegue que esto no gelo dixo” 10.

Las leyes del Estilo pues atestiguan que en los últimos años del siglo XIII el uso de la tortura en los tribunales reales introducido por el Especulo había arraigado de hecho, e incluso extendido el campo de su aplicación más allá de los casos enumerados en este primer cuerpo legal.

2. En las Siete Partidas.

Pero corresponderá a las Partidas el desarrollar la regulación de este instituto hasta el último detalle siguiendo en todo los preceptos del Derecho Común tal como los habían elaborado roma-

7. Ley 121.

8. Ley 62.

9. Ley 60. La cita que esta hace del *Especulo* no se halla en este cuerpo legal tal como hoy lo conservamos; probablemente contaba con algunos libros más, quizá nueve.

10. Ley 110.

nistas y canonistas de los siglos XII y XIII. No sólo dedicará la Partida séptima el título 30 con nueve leyes a los tormentos; otras trece leyes más configurarían todavía los diversos aspectos de la tortura judicial¹¹ y sus prescripciones van a regir durante casi quinientos años en los tribunales castellanos. Atendiendo a esta prolongada vigencia vamos a tratar de sistematizar las normas jurídicas de las Partidas referentes al instituto que venimos estudiando.

Ante todo destaca la aprobación sin reservas de la tortura judicial, inspirada en la ciega admiración por el Derecho Romano, de espaldas a las tradiciones jurídicas nacionales y en contradicción incluso con la moderación cristiana que empapa todas las Partidas: “Cometen los omes a fazer grandes yerros, e malos encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos, nin provados. E porende tovieron por bien los Sabios antiguos, que fiziessen tormentar a los omes, porque pudiessen saber la verdad ende dellos”¹². “Tormento es una manera de prueba que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar, e saber la verdad por él, de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin provados por otra manera. E tiene muy gran pro para cumplir la justicia. Ca por los tormentos los Judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos, que non se podrían saber de otra guisa”¹³.

No todos los libres eran iguales ante el tormento, existían una serie de inmunidades fundadas en la nobleza, posición social, estudios, edad, etc.: “Otrosí, dezimos, que non deven meter a tormento, a ninguno que sea menor de catorze años, nin a Cavallero, nin a Maestro de Leyes, o de otro saber, nin a ome que fuesse Consejero o Villa del Rey, nin a los fijos destos sobredichos, seyendo los fijos de buena fama, nin a muger que fuesse preñada, fasta que para, maguer que fallen señaladas sospechas contra ellos. Esto es por la honra de la sciencia, e por la nobleza que ha en sí; e a la muger, por razón de la criatura que tiene en el vientre, que non

11. 2, 9, 20; 2, 21, 24; 3, 11, 10; 3, 13, 3; 3, 14, 4; 3, 13, 5; 3, 16, 8; 3, 16, 13; 3, 16, 42; 3, 23, 13; 7, 1, 26; 7, 29, 7; 7, 31, 7.

12. *Part.* 7, 30, Preámbulo.

13. *Part.* 7, 30, 1.

merece mal”¹⁴. Se exceptúa conforme a C. 9,22,21 al Consejero que hubiese sido escribano si se le acusa de falsedad en su fe pública: “Pero dezimos, que si alguno de los Consejeros sobredichos oviesse seydo Escrivano del Rey, o de algún Concejo, e le acusassen después de alguna carta falsa que oviesse fecha ante que llegase a la honrra de ser Consejero, que bien lo pueden poner a tormento para saber la vedad, si es assi aquello de que lo acusan, o non; si fuere fallada sospecha contra él”¹⁵.

La inmunidad de estas personas, salvo la de la mujer encinta por su carácter temporal, no era absoluta pues en caso de acusación de alta traición, ni tan siquiera los caballeros se veían libres del tormento: “Otrosí, quando acaesciese que algún Cavallero fuesse acusado en juyzio de algund yerro que oviesse fecho, maguer fallasen contra él señales, o sospechas de las que fallan contra otros ome, que merescía ser tormentado, non deven a el meter a tormento. Fueras ende por fecho de trayzion, que tanxere al Rey, cuyo natural, o vasallo fuesse, o al Reyno do morasse, por razón de alguna naturaleza que y oviesse”¹⁶.

El tormento no sólo se practicaba contra los reos no privilegiados en las causas criminales: “... el pleyto criminal, que non se pudiesse averiguar..., deve dar por quito al acusado, pues que acabada prueba non falla contra él. Fueras ende, si fuesse ome vil, o de mala fama, o sospechoso, que por tales señales o una prueba, que fuesse sin sospecha, que testiguasse contra él, deve ser metido en tormento”¹⁷ si no que se les aplicaba también en las causas civiles o criminales donde actuaban como testigos si a juicio del juez incurrían en alguna contradicción o falsedad: “Aducho seyendo algún ome para testigo delante de Judgador para firmar sobre algún fecho si el Judgador entendiere, que anda desvariando en sus dichos o se mueve maliciosamente para dezir mentira; desde que entendiere esto, bien lo puede meter a tormento; porque diga la verdad, e que no se cambie della en ninguna manera. Fueras ende, si fuere de aquellas personas, que de suso diximos, que non deven

14. *Part.* 7, 30, 2.

15. *Part.* 7, 30, 2.

16. *Part.* 2, 21, 24.

17. *Part.* 3, 11, 10.

ser atormentadas”¹⁸. “Más otorgamos por esta ley lleno poderío a todos los Judgadores que han poder de fazer justicia, que quando entendieren, que los testigos que aduzén ante ellos, van desvariando sus palabras, e cambiandolas; si fueren viles omes aquellos que esto fizieren, que los puedan atormentar, de guisa que puedan sacar la verdad dellos”¹⁹.

Más aún, si son hombres de mala fama sólo pueden ser oídos como testigos en las causas de alta traición, en medio de los tormentos aunque nada haya sospechoso en su testimonio: “Ome que es conocidamente de mala fama: ca este atal non puede ser testigo en ningún pleyto. Fueras ende en pleyto de traycion que quisiessen fazer, o fuere ya fecha contra el Rey, o contra el Reino. Pero estonce non deve ser cabido su testimonio a menos de tormentarle primeramente”²⁰.

Naturalmente todos aquellos testigos que por razones de parentesco estaban dispensados de la obligación de testimoniar con mayor razón no podían ser urgidos con la tortura: “E pues que a ninguno dellos non pueden apremiar que vengan a dar testimonio contra tales parientes; mucho menos los pueden meter a tormento que digan contra ellos. E esso mismo dezimos que no pueden apremiar, nin meter a tormento, a la muger, que de testimonio contra su marido...”²¹.

La tortura no podía ser aplicada sin expreso mandamiento del Juez, que necesitaba para ello presunciones o sospechas ciertas: “Tormentar los presos non deve ninguno sin mandamiento de los Judgadores ordinarios que han poder de fazer justicia. E aun los Judgadores nos les deven tormentar luego que sean acusados, a menos de saber ante presunciones, o sospechas ciertas, de los yerros sobre que fueron presos”²².

Los ministros ejecutores, como los alguaciles, sólo podrán proceder por mandato de Juez y siempre en presencia de éste que hará tomar constancia por escrito de cuanto se dijere durante la tortura:

18. *Part.* 7, 30, 8.

19. *Part.* 7, 16, 42.

20. *Part.* 3, 16, 8.

21. *Part.* 7, 30, 9.

22. *Part.* 7, 30, 2.

“Otrosí el [Alguacil] ha de prender... e meter a tormentos a los que fizieren por qué; pero esto non deve fazer sin mandato del Rey, o de sus Alcaldes, o del Sobrejuez de la Corte. E quando oviere de atormentar a alguno, deve ser ante uno de los juezes, que oya lo que dize el tormentando, e que lo faga escrevir, porque aya por remembrance lo que dixiere, e que non pueda ser mudado”²³.

Contra el mandamiento judicial que ordena la tortura, la legislación de las Partidas admite la “alzada” o apelación a pesar de tratarse de una sentencia interlocutoria: “ante que diesse sentencia definitiva sobre el principal, non se puede nin deve ninguno alçar. Fueras ende, quando el Judgador mandasse por juyzio, dar tormento a alguno, a tuerto, por razón de saber la verdad de algún yerro, o de algún pleyto, que era movido antel”²⁴.

Las partidas no se apartaban del Especulo y de las Leyes de los Adelantados y exigían para el tormento del hombre libre la concurrencia de la doble circunstancia: mala fama e indicios. Esta es la interpretación obvia del pasaje siguiente: “E si las pruebas que fuessen dadas contra el acusado, non dixessen, e testiguassen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusación, e el acusado fuesse ome de buena fama, develo el Judgador quitar por sentencia. E si por aventura fuesse ome mal enfamado, e otrosí por las pruebas fallase algunas presunciones contra él, bien lo puede estonce fazer atormentar, de manera que pueda saber la verdad del”²⁵.

Quizá en la práctica la exigencia de la doble condición: mala fama e indicios, a un mismo tiempo tuviera poca importancia desde el momento que otra ley de las Partidas asimila al “ome de mala fama, o vil”, significando por vil, el no hidalgo o privilegiado: “Fama seyendo comunamente entre los omes, que aquel que está preso fizo el yerro por que lo prendieron, o seyendole provado por un testigo que sea de creer... e fuere ome de mala fama, o vil, puedelo mandar atormentar el Judgador”²⁶.

Y la práctica recogida en la glosa sigue la opinión de que el

23. *Part.* 2, 9, 20.

24. *Part.* 3, 23, 13.

25. *Part.* 7, 1, 26.

26. *Part.* 7, 30, 3. Esta misma asimilación entre el “ome vil, o de mala fama, o sospechoso...” parece deducirse de *Part.* 3, 11, 10.

hombre libre no privilegiado o "vil" puede ser sometido a la tortura si hay indicios suficientes contra él, sin que se requiera una especial mala fama. Únicamente la buena fama le ayudaría indirectamente debilitando o disminuyendo el valor de los indicios²⁷.

El procedimiento a seguir en la aplicación de los tormentos nos viene descrito en las mismas Partidas: "Pero deve estar el [julgador] delante quando lo atormetaren, otrosí el que ha de cumplir la justicia por su mandado, e el Escrivano que ha de escrevir los dichos de los que han de atormentar, e non otro. E devele dar el tormento en lugar apartado, en su poridad, preguntando el Juez por si mismo en esta manera, al que metieren en tormento: Tú, fulano, sabes alguna cosa de la muerte de fulano? Agora di lo que sabes e non temas que no te faran ninguna cosa, si non derecho. E non debe preguntar si lo mato el, nin señalar a otro inguno por su nome, por quien preguntasse; ca tal pregunta como esta non sería buena, porque podría acaescer, que le daría carrera para dezir mentira. En esta manera misma deven preguntar a los presos sobre todos los yerros, sobre los que oviessen a atormentar"²⁸

Los textos legales no descienden a enumerar las diversas clases de tortura; únicamente mencionan expresamente dos de ellas: "E como quier que las maneras dellos son muchas, pero las principales son dos. La una, se faze conferida de açotes. La otra es colgando al ome, que quieren atormentar, de los braços, e cargándole las espaldas e las piernas de lorigas, o de otra cosa pesada"²⁹

Si son varios los que deben sufrir el tormento en la investigación de un mismo delito la misma ley prescribe el orden que debe seguirse: "... primeramente debe conmençar a atormentar al menor de días, o al que fue criado mas viciosamente; porque mas ayna puede saber la verdad por este atal, que por los otros: e de si, deve atormentar a todos los otros, e a cada uno dellos apartadamente, de guisa, que non pueda ninguno oyr, nin entender, lo que dixere aquel a quien atormentan. En los dichos de cada un dellos devenlos fazer

27. "Non ergo intelligas quod ultra indicia, ut quis subjiciatur torturae concurrere debeat, quod sit malae famae, seu vilis, quia sufficiunt indicia... et ita practicatur". Gregorio LÓPEZ, *Glossa ad Part. 7, 30, 3*.

28. *Part. 7, 30, 3*.

29. *Part, 7, 30, 1*.

escribir en la manera que los dixerén, non cambiando ende ninguna cosa; e devemos fazer tormentar mesuradamente, de manera, que por las feridas que les den, se mueva a dezir la verdad; todavía guardando que las feridas sean atales, que non mueran por ende, nin finquen lisiados”³⁰.

Que la confesión obtenida en los tormentos si no es confirmada libremente fuera de la tortura carece de cualquier valor como prueba judicial se repite insistentemente en varias leyes de las Partidas³¹, pero corresponde a la ley 7,30,4 regular más detenidamente el procedimiento de dicha confirmación y la reiteración de la tortura si el acusado desmiente más tarde la confesión forzada anterior: “Desque los presos fueren metidos a tormento, según que de suso diximos, e ovieren dicho lo que supieren sobre aquello porque los atormentaron, e ovieren escrito sus dichos dellos, devenlos tornar a la presión do solian estar ante que los tormentassen: e maguer que alguno dellos conosciesse, quando lo atormentassen, aquel yerro sobre que lo pusieron a tormento, no le deve por ende el Judgador mandar justiciar luego; mas tornenlo a la prision fasta otro día, e de si fazer que lo adugan otro día ante el, e dezirle así: Fulano, ya sabes, como te metieron a tormento, e sabes que dixiste, quando te atormentavan; agora, que te non atormentan ninguno di la verdad. E si perseverare en aquello que ante dixo, e lo conosciere, develo entonces judgar, e mandar que fagan del la justicia que el derecho manda. Pero si en ante que fagan la justizia del, fallare el Judgador en verdad, que lo que conosció non era assi:

30. *Part.* 7, 30, 5.

31. *Part.* 3, 13, 4: “e que la faga de su grado e non por premia; 3, 13, 5: “E porende dezimos, que la conocencia que fuere hecha de alguna destas maneras [por premia de tormentos], que non deve valer, nin empece al que la faze. Pero si aquel que fue atormentado, conociere después de su llana voluntad, e sin tormento, aquello mismo que conosció, quando le fazian la premia, e finco después en aquella conocencia, non le dando después tormento, nin le faziendo menaza dellos; valdra, bien assi como si lo oviesse conosció sin premia ninguna”; 7, 29, 7: “e si por aventura el yerro non fuere provado por testigos, e lo conociere el, si la conosciencia fiziere por tormentos que le diessen, o por miedo que oviesse, non lo deven luego justiciar, fasta que lo otorgue otra vegada sin ningún tormento que le den, nin por miedo que le fagan”.

mas que lo dixo con miedo de las feridas, o con despecho que avia porque le ferian, o por locura, o por otra razon semejante destas; develo quitar. E si por aventura negasse otro día delante del Judgador, lo que conosciere quando lo atormentaron; si este fuesse ome a quien atormentassen sobre fecho de traycion, o de falsa moneda, o de furto, o de robo puedenlo meter a tormento, e aun dos vezes en dos dias departidos. E si lo atormentasen sobre otro yerro; devenlo aun meter otra vez a tormento; e si estonce non conosciere el yerro, devele el Judgador dar por quito, porque la conosciencia que fue fecha en el tormento, si non fuere confirmada después sin premia, non es valedera”³².

En esta misma ley se establecen las penas y sanciones contra el Juez que decreta la tortura fuera del orden legal o abuse de la misma: “E si algun Judgador atormentasse algun ome, si non en la manera que mandan las leyes deste nuestro libro, o si lo metiese maliciosamente a tormento, por enemistad que aya contra el, o por don, o por precio, que den aquellos que lo fizieren prender o por otra razon qualquier; si del tormento muriese, o perdiera miembro por las feridas, deve el Judgador que lo mando atormentar, recibir otra tal pena, como aquella que fizo dar a aquel, o mayor, catando la persona que fue assi atormentada, e la del Judgador que lo mando assi fazer”³³.

La tortura de los siervos regulada en el *Corpus Iuris Civilis* por más de una veintena de textos legales sólo ocupa en las Partidas tres leyes, reflejo de la menor importancia social y económica así como del declive de la servidumbre al finalizar el siglo XIII. Con todo, también estos preceptos se inspiran en el derecho común y en su bárbaro principio de que los siervos cuando son admitidos a prestar declaración deben siempre ser atormentados para que su testimonio tenga algún valor: “Pero devenlo tormentar quando dixere el testimonio, preguntándole, e amonestándole que diga la verdad del fecho, non nombrando ninguna persona. E el tormento le deben dar por esta razón: porque los siervos son como omes desesperados, por la servidumbre en que están. E deve, todo

32. *Part.* 7, 30, 4.

33. *Part.* 7, 30, 4.

ome sospechar que diran de ligero mentira, e que encubriran la verdad quando alguna premia no les fuere fecha”³⁴.

El testimonio del siervo contra su señor su autoriza en las causas de adulterio, sustración de fondos reales, alta traición, conyugicidio, falsificación de moneda, asesinato entre condueños del siervo, y homicidio del causa habiente en una herencia. Pero el testimonio del siervo irá siempre acompañado del tormento: “Ca en qualquier destos casos sobredichos, fallando el Judgador señales ciertas contra los señores, bien puede meter a tormento los siervos dellos, que digan lo que supieren; e aun lo que dixeren quando los atormentaren, ha menester que lo conozcan despues sin tormento. E en otro caso ninguno, fueras ende en estos casos sobredichos, non puede meter a tormento a ningún siervo, que diga testimonio contra su señor, maguer fallase alguna señales ciertas contra el: nin otrosí non deve ser cabido lo que testimoniare el siervo sin tormento assi como dizimos en el título de los Testigos”³⁵.

El senatusconsulto Siloniano encontró también su expresión en otra ley de las Partidas que al igual que aquel ordena la tortura de todos los siervos presentes bajo el mismo techo donde ha sido asesinado el señor, o la esposa, o un hijo del mismo; únicamente exceptúa a los menores de catorce años que deben ser azotados con correa³⁶.

Este conjunto de normas entresacadas de las Partidas restauran sin originalidad ninguna el sistema romano de tortura, y significan una brutal regresión no sólo con relación a los Fueros locales y al derecho todo de los siglos VIII al XII desconocedores absolutos de la tortura judicial, pero aún con relación al *Liber Judiciorum* donde este instituto aparece muy restringido y limitado por una serie de garantías.

La diferencia más notable entre el *Liber Judiciorum* y las Partidas es que en aquél siempre debía preceder la “*inscriptio*”, esto es, un acusador concreto se responsabilizaba de la tortura, facilitaba los pormenores del crimen, se garantizaba la verdad de la confesión

34. *Part.* 3, 16, 13.

35. *Part.* 7, 30, 6.

36. *Part.* 7, 30, 7.

por su coincidencia con la "inscriptio" que debía ser mantenida en secreto, bastaba la violación de este secreto para que ya no pudiera tener lugar la tortura, y por fin si el acusado no confesaba o su confesión no coincidía con la "inscriptio" el acusador pagaba su temeridad convirtiéndose en esclavo del atormentado: además la tortura sólo podía tener lugar una única vez.

En cambio en las Partidas el juez procede generalmente de oficio a la "pesquisa", nadie se responsabiliza de la tortura, no existe "inscriptio" previa, ni se garantiza la verdad de la confesión comprobándola con otros datos objetivos externos, sino únicamente con otra segunda confesión del crimen fuera del lugar de los tormentos actuales, sí, pero con la amenaza de devolverle a la tortura, no una, sino dos veces si rehusa la ratificación de la confesión anterior.

El Derecho Común abre la puerta a todos los abusos y a los errores judiciales más graves como lo demostrarán más tarde los tristemente célebres procesos de hechicería, donde millares de inocentes morían en la hoguera tras haber confesado en los tormentos un inexistente crimen de brujería.

La legislación de las Partidas por responder a la doctrina y enseñanzas de las escuelas de derecho se irá abriendo paso y encontrará férvido apoyo y diligente aplicación de parte de los jueces que no dudarán en aplicar el tormento conforme a sus normas.

3. *Otras normas legales, siglos XIV-XVI.*

Si las atribuciones con que encabezan cada ley las Ordenanzas Reales de Castilla son exactas ya antes del ordenamiento de Alcalá de 1348 los tribunales reales habían comenzado a utilizar el tormento en sus procedimientos criminales ya que según la ley 4,2,4 de dichas Ordenanzas atribuida a "El Rey Don Alfonso en Alcalá, Era de MCCCLXXXVI" los hidalgos insistieron en que fuera respetada su inmunidad frente a la tortura, a lo que accedió el Rey: "Y así mesmo mandamos que ningún fijo dalgo pueda ser puesto a tormento, porque antiguamente les fue así otorgado por fuero"³⁷.

37. La duda podría provenir de que esta ley no se halla en el texto del Or-

Ciertamente este privilegio de los caballeros frente a la tortura judicial se mantiene vigente a través de toda la Baja Edad Media, pues en 1480 en las Cortes de Toledo es reconocido y confirmado por los Reyes Católicos: "Favorescidos deven ser los fijos de algo por los Reyes, pues con ellos fazen sus conquistas e dellos se sirven en tiempo de la paz e de guerra, e por esta consideración les fueron dados los dichos previllegios e libertades, e especialmente por las leyes de nuestros reynos, por las quales esta ordenado que los fijos de algo no sean puestos a quistion de tormento...; por ende ordenamos e mandamos que las dichas leyes sean guardadas de aqui adelante bien e conplidamente" ³⁸.

En otra disposición de estas mismas Cortes de Toledo de 1480 ³⁹ recogida en el Ordenamiento de Montalvo se menciona también el tormento al ordenar que "si no tuviere letrado para ello, y lo pidiera el preso, que le sea dado por los dichos Alcaldes, y si fuere pobre, que le den el Abogado de los pobres, y Escrivano sin dineros. Y que durante este término no sea atormentado..." ⁴⁰.

La regulación de la tortura implantada por las Partidas va a perdurar sin variaciones apreciables hasta el siglo XIX y sólo desaparecerá cuando la tortura misma sea abolida.

La Nueva Recopilación sólo añadirá alguna pequeña precisión de tipo formal como la atribuida a las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, en que se determina que la aplicación de los tormentos en el tribunal de las Chancillerías de Valladolid y Granada requerirá el voto unánime de los tres Alcaldes ⁴¹. Otra concreción del mismo tipo se halla en 3,4,1: "los quales dichos Adelantados, ni Merinos Mayores mandamos que no puedan matar, ni atormentar... sin mandado, i juicio de los dichos Alcaldes, que anduvieren con cada uno de ellos" ⁴².

denamiento de Alcalá que poseemos, pero por otra parte el estilo y las expresiones coinciden con las de dicho Ordenamiento.

38. *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, IV, p. 141.

39. O. c., p. 125.

40. *Ordenanzas reales de Castilla*, 3, 2, 10.

41. *N. R.*, 2, 7, 1.

42. Esta disposición viene atribuida a: "D. Alonso en Madrid, era 1367. pet. 19.20 i 11. i D. Juan II en Segovia, año 433. tit. 16. de los Adelantados, i Merinos".

Referente también a la forma de la decisión judicial por la que se ordena la tortura recoge la Nueva Recopilación otra disposición de Carlos V prescribiendo que se haga en forma de sentencia, y no de mandamiento judicial: “El Emperador D. Carlos, en Toledo año 1534, a 15. de Marzo en la Visita de D. Pedro Pacheco cap. 16. i en la de D. Francisco de Mendoza en Toledo año de 25. a. 5. de Septiembre c. 9. Porque somos informados que los Alcaldes, quando mandan poner a question de tormento, no dan sentencia, ni la firman, porque no se puede ver si son conformes, o no, para que el condenado pueda suplicar, o alegar de su derecho, i que lo mismo se ha acostumbrado en todas las otras justicias, aunque sean de muerte, i que solamente dan un mandamiento, para que el Alguacil execute sin notificarlo al delincente, porque no apele”⁴³.

En esta misma ley se insiste en que los Alcaldes deben respetar la inmunidad de los hidalgos frente a la tortura, que se ve era frecuentemente violada; así lo dice expresamente esta disposición: “i que han atormentado a muchos Hijos dalgo, aunque no sean casos enormes, i porque esto es cosa muy grave, i contra todo derecho, i leyes mandamos... que guarden las leyes y ordenamientos de nuestrs reinos...”

Las violaciones del privilegio de los hidalgos debieron continuar, pues en 1548 volverá a repetirse lo mismo: “i assimismo mandamos que ningun Hidalgo pueda ser puesto a tormento, porque antiguamente les fue asi otorgado por fuero”⁴⁴. Idéntica petición y respuesta regia en las Cortes de Madrid de 1588, ya en el reinado de Felipe II: “Por quanto por los Procuradores nos fue pedido que a los Hijosdalgo les sean guardados sus privilegios... ni puedan ser puestos a tormento... mandamos... se les guarden, i no se les quebrante”⁴⁵.

En 1598 repiten los Procuradores en las Cortes de Madrid la misma petición: “Los Procuradores de Cortes se nos han quexado

43. *N. R.*, 2, 7, 13.

44. *N. R.*, 6, 2, 4: “El Emperador D. Carlos en Valladolid, año 1548. petición 104”.

45. *N. R.*, 6, 2, 13. Esta petición corresponde a las Cortes de 1588, y fue favorablemente despachada por Felipe II en 1593, fecha en que la data la Nov. Recop. Cfr. *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 11, pp. 497 y 556.

de que, aunque por Derecho Común, i leyes destos Reinos a los Nobles i Hijosdalgo no se les puede dar tormento ... cada Juez lo quebranta a su voluntad, pidiendome mandase por lei que esto se guardasse inviolablemente, i que a ninguno dellos se pueda dar tormento por ninguna causa, ni delito que sea”⁴⁶.

El privilegio de los hidalgos si nos atenemos al tenor estricto de esta ley ha quedado ampliado, pues no exceptúa delito alguno, mientras que las Partidas 2,21,24 excluían el crimen de alta traición y la Nueva Recopilación 2,7,13 no se pronuncia sobre el tormento de los hidalgos en los “casos enormes”. Pero creemos que esta respuesta regia a las Cortes de 1598 no pretende innovar nada y hay que interpretarla a la luz de las Partidas que no reconocían la inmunidad para los delitos de alta traición o lesa majestad comprendiendo bajo este nombre, según la glosa de Gregorio López⁴⁷, también la herejía, como lesa majestad divina.

Estas mismas Cortes insistirán en que se guarden las leyes que regulan la tortura violadas frecuentemente por los Jueces: “Y porque en las demás personas fuera de los nobles, los jueces han tomado licencia de dalles tormento, sin guardar la orden del derecho, así en el sentenciar el pleito, como en dalles traslado de los indicios, y también en atormentallos con nuevos géneros de tormentos exquisitos, y que por ser tan crueles y extraordinarios, que nunca jamás los imaginó la ley, de que se han seguidos grandes inconvenientes, y que los reos forzados por la demasía y rigor de los tormentos, y desesperados de sufrirlos, se hayan levantado testimonios a sí mismos, y culpados otros falsamente, suplicamos a vuestra Magestad se sirva demandar que de aquí adelante, para dar tormento a cualquier persona, guarden los jueces puntualmente la forma de derecho. Y que en la calidad de los tormentos no los puedan dar por nuevas, ni exquisitas maneras de tormento, sino en la forma que la ley lo tiene ordenado, pues mucho más justo es, que el juez, rindiendo su entendimiento a la ley, yerre por ella, que no que procure acertar por su parecer... A esto respondemos, que man-

46. *N. R.*, 2, 4, 61: Cfr. *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 16, pp. 645-646; estas Cortes se prolongaron desde 1592 a 1598. La respuesta a los cuadernos de peticiones es ya de Felipe III en 1604.

47. *Part.* 2, 21, 24, Glosa.

daremos que se guarde lo que por derecho y leyes destos nuestros reinos está dispuesto cerca desto”⁴⁸.

Sin novedad legislativa continuará aplicándose la tortura judicial los siglos XVII y XVIII y los escribanos percibiendo conforme al arancel aprobado en 1722: “De la sentencia para atormentar, 16 mrs. Del tormento, i de todo lo que en él passare a 17 mrs. por hoja”⁴⁹.

Unicamente, en 1768 las Ordenanzas Militares de Carlos III continuarán prescribiendo y aplicando la tortura en los tribunales militares; será ya la última medida legislativa que reglamente el carcomido instituto judicial: “En tratandose de otro crimen que el de deserción, como de asesinato, robo u otro cometido en guarnición o en el exercito, donde no hubiere confesión o prueba de testigos que se estime concluyente, o indicios vehementes y claros que correspondan a la prueba de testigos, y convenza el ánimo, se procederá en estos términos: si el delito merece pena capital, y hay medias pruebas por testigos o indicios, se acordará el tormento por el Consejo; pero no se le dará al reo sin que el Capitán General, con dictamen del Auditor o Asesor militar lo apruebe primero... Siempre que un reo fuere condenado a sufrir la pena de tormento deberá asistir a la ejecución de ella con el Sargento Mayor el Auditor de guerra, y en su defecto el Asesor militar, a cuyo cargo estarán todas las diligencias de la tortura, incluso la ratificación y evacuado el tormento según las leyes, se volverá a formar el Consejo; y estando el reo confeso y ratificado fuera de tormento dentro de las 24 horas se impondrá la pena de Ordenanza correspondiente al delito cometido, o la arbitraria si estuviese negativo... Prohibo absolutamente el que se use de otros medios para apremiar afflictivamente al reo a la declaración”^{49 bis}.

4. *La tortura en las prácticas judiciales.*

Hasta aquí la evolución de las normas legales que regían el tormento en Castilla. La práctica de los tribunales de acuerdo con

48. *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 16, p. 646.

49. *N. R.*, 3, 1, auto 6.

49 bis. *Ordenanzas de S. M. para el régimen... de sus exercitos*, trat. 8, título 5, n. 48-50.

ellas e inspirándose en el Derecho Común para cubrir las lagunas, había ido creando un "estilo" con frecuencia invocado por los mismos jueces aun contra los privilegios de los hidalgos.

Según este "estilo" tal como aparece en la *Curia Philipica*⁵⁰ el tormento sólo tenía lugar después de concluido el período de prueba si ésta no era plena, porque si las pruebas eran totales el juez debía pasar sin más a la sentencia; para decretar la tortura se requería una prueba "semiplena".

Sólo por delitos penados con muerte o penas corporales era aplicable la tortura; estando vetada en aquellos cuya sanción era destierro, confiscaciones o multas. Los testigos en los casos que las Partidas admitían su tormento, sólo lo sufrirían si se trataba de esas mismas causas criminales sancionadas con pena capital o corporal.

La inmunidad se amplía a los viejos decrepitos, a los clérigos de Orden Sagrado con ciertas limitaciones, ya que se admite su tortura cuando son de mala fama; igualmente se extiende a cuarenta días después del parto la exención de la mujer encinta, o a un período mayor si así lo requiere la lactancia.

Mayor es el desarrollo que se otorga al análisis de los indicios que constituyen la prueba semi-plena. Para los acusados viles o de mala fama basta un testigo mayor y de toda excepción o incluso la fama pública que se funda en causas probables, no la mera voz del pueblo. Si el acusado es hombre no mal afamado los indicios deben ser más intensos, como la confesión extrajudicial del acusado o ante juez incompetente, o la fuga después de cometido el delito, o la enemistad grave con la víctima, o el haber amenazado a la víctima si se trata de una persona que suele ponerlo por obra, o el ver venir a uno con la espada desenvainada del lugar donde otro fue muerto o herido.

Basta también el hallazgo de la cosa hurtada en poder de la persona vil o mala fama que no pueda justificar su procedencia, o que el vecino pobre después del hurto se haga rico sin justificación. Pero en general en materia de indicios queda siempre un amplio margen en la apreciación o árbitro judicial.

50. HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, lib. 2, cap. 3, par. 16, ed. Madrid, 1753, pp. 224-228.

El tormento puede darse también "in caput sociorum" esto es, para que declare el nombre de sus cómplices siempre que haya indicios de la existencia de estos y se trate de delitos torturables. En los crímenes de herejía, lesa majestad, homosexualidad, falsa moneda o hurto famoso se presume la existencia de cómplices.

El grado y clase de tormento lo determinará el juez en cada caso atendiendo al delito, a la persona acusada y a los indicios, pero no podrá usar nuevas torturas, únicamente las acostumbradas: agua y cordeles o garrucha.

En cuanto a la apelación admitida teóricamente, de hecho sólo se la tenía en cuenta cuando el mismo juez apelado la juzgaba legítima por no estar bien justificada la causa de la tortura o los indicios; pero si la tenía por frívola procedía adelante en la tortura a pesar de la apelación" porque no se dilate el castigo del delito".

Al tormento que debía tener lugar en secreto sólo podían estar presentes el Juez, el Escribano y el Verdugo. La confesión debía ser ratificada pasadas al menos veinticuatro horas. La Inquisición solía dejar transcribir los tres días completos.

Si no confesaba en la tortura ésta podía ser reiterada sólo otra segunda vez si los indicios eran gravísimos y urgentísimos. Otras reiteraciones se justificaban por nuevos indicios urgentes, o si la tortura que le había sido aplicada no correspondía a la gravedad de los indicios.

Al reo confeso en la tortura que rehusaba la ratificación, se le atormentaba de nuevo segunda vez; confeso de nuevo y rehusando segunda vez la ratificación sólo los delitos de traición, falsa moneda, hurto y robo admitían tercera tortura; al confeso por tercera vez que rehusase la ratificación no se le podía atormentar ya por cuarta vez.

Por fin cuando la tortura era ilegal por cualquier razón la confesión arrancada en ella aunque hubiese sido ratificada libremente después, carecía de todo valor legal.

En este "estilo" de los tribunales coinciden las diversas Prácticas Criminales que se redactan a lo largo de los siglos XVII y XVIII⁵¹. Nada tiene de extraño esta coincidencia pues aparte de

51. Puede consultarse v. g. la de Gerónimo FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica Criminal*, Madrid, 1672, pp. 296-323.

que los comentadores recogen y repiten incansablemente lo que han dicho los predecesores (casi todas estas precisiones se hallan ya en la glosa de Gregorio López), si algo se añade procede de los comentaristas de Bolonia creadores del Derecho Común.

En Castilla la práctica de los tribunales al aplicar la tortura judicial sigue más de cerca si cabe al Derecho Común que las mismas leyes de las Partidas; resulta imposible señalar en ella un sólo elemento que no encuentre su apoyo en un romanista glosador o posglosador.

Acabaremos transcribiendo de la obra de Suárez de Paz († 1590) algunos modelos de sentencias interlocutorias por las que el Juez ordena la aplicación de la tortura⁵².

«Sentencia de tormento de agua y cordeles.

Visto este processo, etc. Fallo attentos los indicios que del resultan contra dicho Seyo, que le devo condenar y condeno a question de tormento, de agua, toca, cordel, y garrote: el qual le sea dado en esta forma, que sea puesto y atado de pies y y manos en el potro del tormento y le sean dados en cada pierna dos garrotes, uno en el muslo, y otro en la caña de la pierna, de la rodilla abaxo, y otros dos garrotes en cada braço, el uno en el morzillo del braço, y el otro del codo abaxo, por manera que sean ocho garrotes: y le sean echados siete quartillos de agua por la boca sobre una toca delgada: la qual este metida parte della en la boca, de suerte que el agua pueda entrar en la boca. Y reservo en mi otra qualquier manera de tormento que mas necessaria sea de le dar en su tiempo y lugar, quedando en su fuerça y vigor las provanças e indicios deste processo. Así lo pronuncio y mando por esta sentencia.

Sentencia de tormento de garrucha.

Visto este processo, etc. Fallo attentos los indicios que del resultan contra el dicho Seyo, que le devo condenar y condeno a question de tormento, y atento que el delicto es grave y atroz, y el dicho Seyo es hombre fuerte y robusto mando le sea dado y executado en esta manera: que de la techumbre más alta de la carcel donde esta preso, sea puesta y colgada una gruessa soga de cáñamo o esparto doblada por medio, queste asida a una polea y viga de la dicha techumbre, de manera que pueda

52. *Praxis ecclesiastica et saecularis cum actionum formulis et actis processuum*, Olmedo, 1592, 3. ed., f. 170 r-171 v.

correr, y el dicho fulano sea atado por las muñecas de los brazos que buelvan a las espaldas; y así atado desta forma, sean atados los pies ambos juntos, e de las gargantas dellos sean puestas y colgadas cien libras de hierro o piedra poco más o menos: e así puesto e atado tiren fuertemente por la dicha sogá, de manera que levanten el susodicho de la tierra un estado de hombre poco más o menos, y levantado, estando así colgado con el peso del dicho hierro, le pregunten, si es verdad de lo que es acusado, y sea tornado a baxar negando, de manera que no asienten las pesas en el suelo. Y así este colgando todo tirados los brazos por las espaldas atados los pies como esta dicho y le sean dados doze estropadas mas o menos de la manera susodicha. Y reservo en mi otra qualquier forma de tormento para se lo dar en su tiempo y lugar, quedando en su fuerza las provanças deste pleyto. Y así lo pronuncio y mando en estos escriptos e por ellos.

Sentencia de tormento de ladrillo y sueño al estilo español.

En Salamanca a tantos días de tal mes y de tal año, estando en la carcel publica della, el dicho señor juez ante mi el dicho escrivano y testigos, dixo que por quanto el avia reservado en si en la sentencia de tormento de garrucha, que avia dado al dicho fulano, de lo reysterar y darle otros mas en su tiempo y lugar, que usando de lo susodicho de más y allende que avian parecido nuevos indicios, que eran indubitados, que atento que el dicho fulano no avia dicho ni confesado nada, que mandava y mando que le fuesse dado en esta forma, que en la cárcel donde está preso, de una viga della sea atada una sogá, con la qual sean atados ambos brazos, enhiesto el cuerpo arriba, los brazos puestos a las espaldas y atado a la dicha viga, y tenga los pies juntos y descalços encima de un ladrillo frio, y este desta manera veynte y quatro horas, y le esten guardando, de manera que no le dexen dormir. Y así dixo el señor juez que mandava y mando, que passadas las dichas veynte y quatro horas, se le diesse fuego con el dicho ladrillo algo encendido al dicho fulano por las plantas de los pies. Y dixo que reservava y reservo la forma de dar el dicho tormento, y otra qualquier forma que más necessaria sea, quedando en su fuerza y vigor las provanças deste pleyto. Y así lo pronunciava y pronuncio.

Sentencia del tormento sin declarar el género del.

Visto este processo, etc. Fallo que devo condenar y condeno a question de tormento, el qual se le de en la forma y manera que a mi bien visto me sea, y reservo en mi el genero del tor-

mento, y la cantidad del y la forma en que se le ha de dar. Assi lo pronuncio y mando por esta mi sentencia, etc.»

5. *Modalidades en las Ordenanzas guipuzcoanas y alavesas.*

El derecho guipuzcoano ofrece ciertas peculiaridades en el uso de la tortura, puesto que según antiguo privilegio de la Provincia reconocido solemnemente por Felipe III en 1610⁵³ todos sus naturales debían ser tenidos como hidalgos y gozar de las inmunidades de tales.

Respecto de la tortura judicial ya había reconocido esta inmunidad a los guipuzcoanos en sus Ordenanzas de 1397 el Rey Enrique III y se la había confirmado Enrique IV en 1463: “por que en la dicha tierra comúnmente, todos son Hijosdalgo, e non aver lugar a tormento”⁵⁴.

Como los tribunales en Guipúzcoa no podía emplear el tormento contra los reos indiciados se ordena que si los tales indicios eran tales que hubieran bastado para decretar el tormento los jueces los tengan por prueba plena y procedan a aplicar la pena ordinaria: “Ordenamos y mandamos que qualquier, que de algún maleficio fuere acusado, e contra el tal, por pesquisas se fallaren presunciones suficientes... por que pudiese ser metido a tormento, por el tal maleficio, que tales presunciones, como estas, sean avidas por rigor cumplido contra el tal malfechor, segund el curso de la Hermandat, para lo matar, o para facer de el justicia, e de sus bienes...”⁵⁵.

Con esta disposición el privilegio de los habitantes de Guipúzcoa se ha vuelto contra ellos, pues en vez del tormento es ya la sentencia condenatoria la que le sustituye, igual que si hubieran confesado el crimen.

Por lo tanto nada tiene de particular que el mismo Enrique IV, cayendo en la cuenta de esta contradicción hiciera caso omiso del privilegio de hidalguía y autorizase, casi como un favor, el uso de

53. *Nueva Recopilación de los Fueros, Privilegios, Buenos Usos y Costumbres de la... Provincia de Guipúzcoa*, Tolosa, 1696, pp. 8-18.

54. *Nueva Recopilación de los Fueros, Privilegios... de la Provincia de Guipúzcoa*, tit. 13, cap. 10.

55. O. c., 13, 10.

la tortura en algunos casos: "Aunque en el capítulo diez se supone que a ningún natural de esta Provincia, se pueda poner a cuestión de tormento, por ser los de ella Hijosdalgo, mandándose que en las causas, en que huviere suficientes indicios para la tortura, se proceda sin ella, a sentencia definitiva; todavía, porque algunas veces puede convenir no se use con los delinquentes del último rigor de la justicia, hasta ver si con el tormento se pueden purgar, o probar mejor sus delitos, Ordenamos, y mandamos, que ningunos Alcaldes de la Hermandad, de aquí adelante, non puedan atormentar a ningún hermano de la Hermandad, sin consejo, y firma de Letrado conocido, e hermano de la dicha Hermandad..."⁵⁶.

Admitida la condenación de un acusado sin que se pruebe plenamente su delito, a base de la prueba "semi-plena" es natural que, en esas mismas circunstancias la tortura aparezca como un favor, y un medio de "se purgar" y salvar así la vida. Prácticamente pues, era interés del propio acusado indiciado, pero no confeso, el solicitar la tortura como último recurso para librarse de la sentencia condenatoria. El consejo y firma de Letrado guipuzcoano vendría a patrocinar este interés del acusado en someterse a la tortura y a controlar la suficiencia de los indicios.

En Alava ni en las Ordenanzas que organizan la Hermandad y establecen las diversas penas para los delitos de su jurisdicción, ni en la confirmación de 1458 por Enrique IV, ni en los textos recopilados en 1671 se encuentra una sola palabra sobre la tortura judicial. El derecho castellano pues, se aplicaba sin modificaciones de ninguna clase.

6. *En el Derecho vizcaíno.*

Vizcaya presenta respecto de la tortura judicial una situación muy parecida a Guipúzcoa, ya que todos sus naturales pretendían también la hidalguía de sangre y con ella los privilegios e inmunidades de los hidalgos, con la exención de la tortura.

Así en el Fuero de Vizcaya de 1526 se recogen dos disposiciones que garantizan expresamente esta inmunidad de los vizcaínos frente a la tortura sin limitación de ninguna clase: "Tormento, ni

56. O. c., 13, 14.

amenaza no se pueden dar a vizcaíno. Otrosí dixerón: Que havían de Fuero, et costumbre, et Franqueza, et Libertad que sobre delito, ni maleficio alguno, publico ni privado, grande, ni libiano, et de qualquier calidad, y gravedad que sea, agora sea tal, que el Juez de Oficio pueda proceder, agora no: que a Vizcaíno alguno no se de tormento alguno, ni amenaza de tormento, directe, ni indirecte, en Vizcaya ni fuera de ella en parte alguna”⁵⁷.

Esta norma jurídica no pertenece al derecho consuetudinario y tradicional recogido en el Fuero Viejo de Vizcaya⁵⁸ el cual no otorga a todos los naturales de la tierra llana la hidalguía sino que distingue claramente entre infanzones y labradores pecheros⁵⁹. Fue forjada y redactada por primera vez para el Fuero de 1526 y con ella se cierra el paso a cualquier penetración de la tortura en el derecho vizcaíno a través del derecho supletorio castellano.

Pero los mismos Fueros de Vizcaya de 1526 se contradicen y poco después en el capítulo 9 del título noveno repitiendo casi literalmente la ley que hemos transcrito admiten cuatro excepciones o crímenes torturables: herejía, lesa majestad, falsa moneda y sodomía: “Que ningún Vizcayno en ninguna parte pueda ser atormentado, ni cominado sino en ciertos casos. Otrosí dixerón: que havían de Fuero, uso et costumbre antiguo inmemorial, y establecían por Ley, que por quanto los Vizcaynos todos generalmente son Homes Fijosdalgo, et Vizcaya es essenta, et muy privilegiada, nunca en ella ovo question de tormento por delito alguno, que fuesse grande, ni pequeño, publico ni privado. Por ende que establecían por Ley, que en Vizcaya, ni en otra parte alguna por ningún delito los Jueces puedan poner a Vizcayno alguno a question de tormento directe, ni indirecte, ni amenaza, ni cominación de especie alguno de tormento, eceto en los crímenes de heregía, et lessae

57. *El Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades de los Cavalleros hijosdalgo de el... Señorío de Vizcaya*, tit 1, cap. 12, Bilbao, 1643, f. 10 v, título 1, ley 12.

58. LABAYRU Y GOICOECHEA, *Estanislao Jaime de, Historia General del Señorío de Vizcaya*, III, Bilbao-Madrid, 1899, pp. 145-213.

59. O. c., pp. 205-206.

Maiestatis, y de falsa moneda, et pecado contra natura, que es sodomia”⁶⁰.

No hay dificultad en admitir como dice el Fuero que “nunca en ella ovo question de tormento por delito alguno” antes del siglo XVI. Los tres primeros casos en los que el Fuero de 1526 admite el tormento denotan bien a las claras el influjo del Derecho Común; el cuarto de ellos la tortura judicial, aun de los infanzones, en la averiguación de los delitos de sodomía bien puede pasar por una peculiaridad del derecho vizcaíno.

Pero la disposición siguiente de este mismo Fuero de Vizcaya imitando una de las Ordenanzas guipuzcoanas aprobadas por Enrique IV en 1463 que sustituía el tormento del reo indiciado y no confeso por la pena ordinaria establece esto mismo no para “cualquier, que de algún maleficio fuere acusado” como en Guipúzcoa, sino únicamente para los reos de “robo, o hurto o ferida hecha con saeta, o muerte fecha en yermo, o de noche alevosamente” mientras en los demás delitos podía imponer el tribunal alguna pena extraordinaria menor:

«Otrosí dixeron que avian defuero, y establecían por ley, porquanto por ser Vizcaya montaña donde ay monte, y mucho despoblado, e tierra derramada; por ser privilegiada de no aver ende tormento alguno, según se contiene en la ley ante desta por delito alguno; e aver ende vandos, y passiones: por donde se hazen muchos delitos e maleficios, secreta, e escondidamente; e de tal manera, que no se pueden enteramente probar: y a la causa quedan muchos delitos sin punición, y los malhechores son más atrevidos para delinquir. Por ende por obviar lo susodicho ordenaban, e ordenaron, que si los tales delitos fuessen de robo, o hurto, o ferida hecha con saeta, o muerte fecha en yermo, o de noche alevosamente; que en tal caso aviendo indicios, e presumpciones tales, que si el malhechor (no siendo hijo dalgo) justa, y debidamente se podía poner a question de tormento: las tales presumpciones e indicios sean bastantes para imponer, e dar al Vizcayno pena ordinaria, aunque sea de muerte natural: pero en los otros delitos y maleficios no aya lugar pena ordinaria, salvo arbitraria, avido respeto, e consideración a los tales indicios y a la calidad del delito, e a la per-

60. *El Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades del Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1643, f. 33 v. tit. 9, ley 9.

sona, y estado, e linage, y officio, assi del delinquente, y acusado, como del acusador, e injuriado: conque la tal pena arbitraria no pueda ser de muerte, ni cortamiento de miembro, ni de efusión de sangre, ni de pena corporal, ni desdezimiento, ni de perdimiento de bienes, ni de parte dellos, ni pena de destierro, que exceda de tres años, e aun el tal destierro no sea fuera de Vizcaya, ni de su jurisdicción, salvo dentro del Corregimiento^{60 bis}.

7. Aragón no admite la tortura.

Dejando ya el derecho castellano y los derechos vascongados con él relacionados pasamos a la Corona de Aragón que presenta una mayor variedad jurídica.

En primer lugar se nos ofrece el derecho aragonés con su continuidad desde la Alta Edad Media hasta la Edad Moderna sin intentos de cambios bruscos de dirección —como en Castilla— ni interferencias de sistemas jurídicos extraños.

Precisamente por este su marcado carácter tradicional y resistencia a cualquier elemento extraño no fácilmente asimilable la tortura judicial figurará entre los institutos que no lograrán abrir brecha en el derecho aragonés.

Mucho se ha ponderado que Inglaterra fiel al sistema acusatorio y al principio feudal de que todo acusado debía ser juzgado por sus iguales rechazó siempre la tortura junto con otras muchas instituciones romanas⁶¹.

60 bis. *El Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades del Señorío de Vizcaya*, 1643, f. 33v-34r, tit. 9, Ley 10.

61. MELLOR, *Alec*, *La torture*, París, 1949, p. 109, que deja en las sombras los centenares de sacerdotes y fieles católicos que acusados por su fe del delito del alta traición, o lesa majestad, fueron torturados en la Torre de Londres durante los siglos XVI y XVII no por algún tribunal religioso, sino por el mismo tribunal regio. Si los jueces de la Common Law ignoraban la tortura, los altos tribunales de Isabel I nada tenían que aprender en el uso y abuso de la tortura de los jueces continentales (Cfr. FIORELLI, P., *La tortura goudiziccia*, I, p. 103-104).

En cambio el mismo MELLOR en la página anterior dedicará a España el siguiente párrafo injusto e inexacto: "En Espagne, pays ou la torture s'était maintenue depuis l'époque romaine, a travers la loi wisigothique, les pires formes de la torture sont au XVI^e siècle, courantes; il suffit, pour le constater encore de nos yeux, de visiter le trop fameux musée de l'Inquisition".

Pero suele ignorar que la legislación aragonesa ya desde 1325, en la Declaración del Privilegio General por Jaime II, había salido al paso de la manera más radical a cualquier intento romanista de restaurar la tortura judicial: "Item, que turment, ni inquisición, no sian en Aragón, como sian contra Fuero, el qual dize que alguna pesquisa no havemos; et contra el Privilegio general, el qual vieda, que inquisición non sia feyta" ⁶².

Como Inglaterra, también Aragón se mantiene exclusivamente en el procedimiento acusatorio y rechaza el inquisitorio con el que relaciona el tormento del acusado.

A esta petición del reino contesta el Rey accediendo con una limitación que sin duda tendría su origen en algún caso ocurrido por aquellos años y que hoy ignoramos por completo:

A este capitol otorga el señor Rey, que turment no aya lugar en algun caso, sino tan solament contra personas estranyas del Reyno de Aragón, o vagabundos del Regno, que algunos bienes en el Regno no hayan, ó en hombre de vil condición, de vida o

"La Legislation de Philippe II est comme impregnée de sang, et ses excés atteignirent même un degré tel qu'en 1592, ils provoquèrent une protestation des Cortes".

Ni la tortura se mantiene en España desde la época romana pues desapareció durante los siglos VIII-XIII, ni España formaba una unidad jurídica a la hora de restaurar la tortura, ni en su normatividad jurídica hay un solo elemento que no proceda del Derecho Común. Se silencia también el caso de Aragón que a través de los siglos nunca admitirá el tormento para sus naturales, ni siquiera en un tribunal regio de excepción como en Inglaterra, y la especial situación de Vizcaya y Guipúzcoa donde todos sus naturales gozaban de las inmunidades de la nobleza frente a la tortura.

En cuanto a las Cortes de Madrid 1592-1598 protestaban no contra las leyes, sino contra los jueces que las incumplen y Felipe II que no había innovado nada promete que hará observar puntualmente la legislación anterior.

Todas las comparaciones son odiosas, pero si hemos de parangonar el conjunto de nuestras legislaciones civiles nacionales sobre la tortura con otras europeas hemos de decir que figuran entre las más moderadas de toda Europa precisamente por su situación excéntrica y menor permeabilidad frente al Derecho Común. Prescindimos de los tribunales religiosos de la Iglesia Católica cuyas normas procesales se regían por una legislación supranacional y fueron los únicos que no admitieron la inmunidad de los hidalgos.

62. *Fueros y Observancias de las costumbres escritas del Reyno de Aragón*, s. 1. 1576, f. 11v.

de fama, y no en otros algunos. Empero si algun fillo de Rico hombre, Mesnadero, Cavallero, Infançon, Ciudadano, o hombre de Villa honrado irá por el Regno vagabundo, tal como aqueste no pueda seyer puesto a turment»⁶³.

Esta excepción era de interpretación tan estricta y odiosa que según Miguel de Molino⁶⁴ ni el delito de lesa majestad admitía la tortura. Exclusivamente limitada al raro delito de falsificación de moneda sólo alcanzaba aún en este caso a los extranjeros, vagabundos y hombres de mala fama; y todavía los vagabundos de honrado linaje se veían inmunes. En los demás delitos también los extranjeros y los aragoneses desnaturalizados y traidores gozaban de inmunidad frente a la tortura, pues el privilegio no era personal de los naturales del reino, sino que se le daba alcance de ley territorial en favor de cualquier residente o transéunte.

La excepción regia tan limitada en la especie del delito, y en las personas excluidas es muy posible que necesitara decenas y decenas de años para encontrar un sólo caso en que tuviera aplicación. Por eso puede con verdad gloriarse el reino de Aragón de haberse opuesto con éxito al bárbaro instituto romano, ya que la observancia de este fuero se mantuvo siempre vigente sin eclipses hasta la abolición del Derecho público aragonés en 1707.

8. *En el Derecho valenciano.*

El derecho valenciano representado por los "Furs et consuetudines" de Jaime I (1251) lleva ya el sello romanizante y por lo mismo no puede extrañarnos que sea el primer cuerpo legal de los reinos españoles que dé cabida a la tortura conforme al molde del Derecho Común o "ius commune".

Los "Furs" no desarrollan este instituto tan completa y extensamente como lo harán más tarde las Partidas, pero dibujan ya las líneas generales que serán pormenorizadas por los juristas según el Derecho Romano y Canónico.

En primer lugar se instaura la tortura contra los acusados sospechosos sobre los que recaen indicios de culpabilidad, excep-

63. O. c., f. 11v.

64. *Repertorium Fororum*, Zaragoza, 1513, verb. "Tortura", f. 209.

tuando las personas honradas, dejando al criterio del tribunal la estimación de las personas que merecen esa "honra".

«De questions e de demanddes feytes ab turments. Iacobus I Rex. Si algu sera accusat de algun crim, o dalgun malefici, e contra aquell qui sera accusat seran tals senyals que aportaran, e amostraran presumpcions contra ell, aquell qui sera suspitos per aytals presumpcions deu esser posat en turment. Perço que per aquell pusque hom haver, e saber la veritat del crim, o del malefici, del qual sera accusat. Si donchs no sera persona honrada: de la qual persona sia vist, e stimat per la cort, e per los prohomens si es honrada, o vil»⁶⁵.

A los juristas no les queda ya sino aplicar el cuadro de indicios suficientes para la prueba "semiplena", y la lista de personas "exentas" según los glosadores para tener una legislación completa sobre la tortura judicial del acusado únicamente modificada por otro "Fur" "Idem Rex. Menor de dihuyts anys no deu esser turmentat"⁶⁶ que eleva la edad mínima torturable a dieciocho años en vez de los catorce del "ius commune".

La ley fundamental para la tortura de los testigos es otro Fur que aun excluyéndola como norma general, la admite en los casos de contradicción o visible mala voluntad del testigo:

«Idem Rex. En pleyts civils, ni de haver, hom franch e livre no deu esser turmentat. Si donchs no era treyt en testimoni, e que en son testimoni a fer varias. E que respones al jutge quill demanaria variosament, e malament, e dubtosa»⁶⁷.

Lo mismo ocurre con el tormento de los siervos, un único "Fur" introducirá y servirá de marco a la institución, el "ius commune" será su legislación complementaria:

«Idem Rex. Servu no deu esser turmentat contra son senyor, sino en crim de lesa Magestat, o de heretgia, o de falsa moneda, ne el libert, ço es contra aquell qui sera delivrat de servitut contral patro, ço es contra aquell quill dellivra daquella servitut el feu franch, nell fill contra lo pare, ne contra la mare, nel pare, ne la mare contra lo fill, nel frare contra lo frare»⁶⁸.

65. *Fori Regni Valentiae*, Valentiae 1547, f. 193r.

66. O. c., f. 193r.

67. O. c., f. 193r.

68. O. c., f. 193r.

El sistema de los "Furs" de Jaime I es bien claro: tres leyes fundamentales, tortura de acusados libres, de los testigos, de los siervos; el "ius commune" en su integridad prestará a los juristas las normas de aplicación; una peculiaridad valenciana: la edad mínima se eleva a los dieciocho años.

Este sistema va a regir desde el siglo XIII hasta 1707 en que será sustituido por la regulación de las Partidas idéntica a la de los Furs (salvo la edad mínima: catorce años) por tener el mismo fondo romanista.

Entre las Cortes son las de Monzón del año 1585 las primeras en ocuparse de la tortura en tres "Capitols". El primero de ellos rechazando cualquier innovación en el género de tormentos usados por los tribunales dice así:

«Item que sia prohibit qualsevol genero de nous y extraordinaris tormentes ultra dels que hauran usat y practicat antigament en la ciutat de Valencia, sots nullitat de actes en contrari fahedors en qualsevol tribunal per preheminentes que sien. Plau a sa Mag»⁶⁹.

Otro capítulo de las mismas Cortes sale en defensa de la inmunidad militar (hidalgos) frente a la tortura, y no sólo de los "militars", pero de todas aquellas personas que en Valencia gozan de sus privilegios como son los Doctores de cualquier Facultad:

«Cap. 86: Ques guarde lo dispost per furs sobre que los militars, o que gozen del dit privilegi no sien tormentats. Item que los procuradors fiscals no puxen en juhi ni fora juhi demanar tortura de persona militar, o que goze del privilegi militar, y que los jutges hajen de repellir tals instancies si de facto fossen fetes sots incorriment de pena di privacio de sos officis, axi dels jutges com del procuradors fiscals. Sa M. mana ques guarde lo que en aço per furs esta dispost e ordenat»⁷⁰.

El tercer capítulo de 1585 se refiere a los efectos de la tortura cuando ha sido superada sin confesar. Según el "ius commune"

69. *Furs, Capitols, Provisions, e Actes de Cort, fets y atorgats per la S. C. R. M. del Rey don Phelip... en la vila de Monço, en lo any 1585, Valencia 1588, f. 12v.*

70. O. c., f. 13v.

el reo no podía ser condenado a la pena ordinaria del delito, puesto que éste no se había probado, pero podía el juez imponerle otra pena "extraordinaria" más reducida atendiendo a la gravedad de los indicios que le señalaban como sospechoso. Pues bien el capítulo de Manzón de 1585 pide al rey prohíba tanto la pena ordinaria como la extraordinaria para el reo que ha superado victoriosamente la tortura; el rey accede, pero permite al juez que pueda retener al reo debajo del "caplleuta";

«Cap. 175: Item que qualsevol reo que sera estat tormentat, y haura passat los torments negant, no puixa esser apres condemnat en pena alguna, encara que extraordinaria, sino fos per altre delicta plenament provat, per lo qual no fos estat tormentat. Plau a Sa Magestat, ab que lo jutge lo pugua retenir davall caplleuta»⁷¹.

El capítulo de 1585 prohibiendo todo género de nueva tortura no parece que fue bien recibido y acatado por los jueces, que valiéndose de una argucia legal aplicaban nuevos tormentos a los acusados; para ello esperaban a que se pronunciase la sentencia y después de ella le atormentaban "tanquam cadaver" con mayor rigor e invención de nuevos tormentos. Contra este proceder de los jueces redactaron las Cortes de 1624, también celebradas en Monzón un enérgico capítulo:

«Cap. 112: Item per quant ab fur particular fet en les Corts del any 1585, fonch provehit y manat, que no se inventassen nous torments perals delinquents, y aço no es guarda; ans de llavors ença se ha inventat atormentar ab foch als delinquents que es torturen tanquam cadaver, lo que porta ab si notable rigor, y no es conforme als fur antichs. Supliquen perço que pera la deguda observancia del dit fur, y major declaracio de aquell, de huy avant los delinquents no puixen ser torturats, aixi abans de sentencia, com apres, encara que torquantur tanquam cadaver, ab altre genero de torments que lo guant, corda, y pedres, y no altres alguns fins huy inventats, o per avant inventadors. Plau a Sa Magestat»⁷².

71. O. c., f. 24r.

72. *Furs, Capitols, Provisions, e Actes de Cort, fets y atorgats per la S. C. R. M. del Rey don Phelip... en la vila de Monço, en lo any 1624, Valencia, f. 22v.*

A partir del año 1624 las Cortes posteriores valencianas no legislarán ya nada sobre la tortura judicial, estabilizando el instituto desde la Baja Edad Media en los moldes romanistas la recepción del Derecho Castellano le hallará prácticamente en el mismo estado que lo configuró el siglo XIII.

9. *La legislación del Reino de Navarra.*

En Navarra los cuerpos de leyes medievales: Fuero General de Navarra (segunda mitad del siglo XIII), Amejoramiento de Felipe III (1330) y Amejoramiento de Carlos III (1418)⁷³ no contienen una sola palabra acerca de la tortura judicial, pero tampoco la proscriben. A favor de este silencio la práctica romano-canónica de los tribunales ocupados por juristas fue introduciendo la tortura judicial tal como aparecía regulada en el "Derecho Común".

Las Cortes sólo se ocuparán de esta materia en fecha ya tardía; la Recopilación oficial de 1686 recoge sólo dos textos sin mencionar las Cortes que los promulgaron. El primero de ellos exige la presencia personal de dos Jueces, no basta uno, para la aplicación del tormento:

«A suplicación de los tres Estados, se ordena, y manda por ley, que de aquí adelante siempre que se ofreziere haver de dar algún tormento al preso delinvente, se ayan de hallar presentes dos del Consejo de este nuestro reyno de Navarra, o dos de Corte donde la causa se tratare, y uno sin otro no lo puede hazer dar»⁷⁴.

Por otra ley de las Cortes de Pamplona de 1539 sabemos que el texto de la Recopilación de Chavier procede de las anteriores celebradas en Tudela, ya que ante el incumplimiento de lo preceptuado en Tudela las Cortes de 1539 se verán obligadas a insistir en lo mismo en forma de "reparo de agravio":

73. ZUAZNAVAR FRANCIA, José M.^a, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de Navarra*, III, 1, San Sebastián 1828, p. 344-352.

74. CHAVIER, Antonio, *Fueros del Rey de Navarra... y Recopilación de las Leyes promulgadas... hasta el año 1685*, Pamplona 1686, p. 294, libro 2, tít. 1, Ley 4.

«Que los jueces intervengan al dar tormento a los delinquentes. En las últimas Cortes que se concluyeron en la ciudad de Tudela, fue ordenado por reparo de agravio, que quando algun delincente se huviesse de atormentar, que en el dar del tormento se hayan de hallar dos Jueces de Consejo, o Corte donde se tratare la causa: y que sólo un Juez de Consejo o Corte no pueda dar tormento a ningún delincente, sino que intervengan dos jueces. Y contraviniendo al dicho reparo de agravio y ordenanza sólo un Juez de Corte, o Consejo, ha dado tormento sin otro Juez acompañado. Lo qual es agravio. Piden y suplican a V. M. mande remediar el dicho agravio, y proveer en que se guarde la dicha ordenanza»⁷⁵.

El Decreto regio confirmará la petición de las Cortes y ya no volverá a tocarse en ellas este aspecto de la tortura. En cambio la apelación del acusado contra la sentencia o el auto judicial ordenando la tortura será objeto todavía de dos Leyes de las Cortes.

La primera de ellas en las Cortes de 1621 es recogida por la Recopilación de Chavier⁷⁶ y la Novísima Recopilación de Elizondo⁷⁷. El Reino suplica que se admita la apelación contra las sentencias ordenando la tortura; el Rey accede parcialmente, admite la apelación, pero abre una vía sumaria para pasar adelante no obstante la apelación. He aquí el texto refundido de la petición y la respuesta regia, según la Recopilación de Chavier:

«A suplicación del Reyno se manda por la ley que de las sentencias de condenación a tormento, como en todas las demás, aya apelación o grado de suplicación en cualesquiera delitos, y no se executen sin oír a las partes en sus agravios; conque, quando la gravedad y circunstancias del caso lo pidieren, pueda la Corte sin esperar a la suplicación, y agravios de la parte embiar el proceso, y autos al Consejo, y viendose en él, y llamando al tiempo de la vista al reo, o a su Procurador, o Adbogado (si fuere de los casos en que combiene, y se puede, y deve executar la sentencia de question de tormento de la Corte sin embargo de suplicación) pueda el Consejo remitirles la causa para que los Alcaldes la executen»⁷⁸.

75. ELIZONDO, Joaquín de, *Novísima Recopilación de las Leyes de el Reino de Navarra hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el de 1716 inclusive*, Pamplona 1735, p. 28, 2, 1, 23, petición 22.

76. 2, 22, 15, p. 404.

77. 2, 27, 23, p. 477.

78. Cfr. nota 22.

No parece que el problema quedó resuelto pues el año 1644 en en Cortes celebradas en Pamplona volverá a ordenarse a los jueces que otorguen las tales apelaciones:

«Item que las sentencias que dieren, y pronunciaren los dichos Alcaldes ordinarios, en los pleitos, y casos referidos, assi definitivas como de tormento... no las puedan executar en uno, ni otro caso si las partes, assi acusantes, como los acusados, y reos apelaren de las tales sentencias antes otorguen las tales apelaciones»⁷⁹.

La salvedad que imponía el Decreto regio de 1621 ni se recoge ni se deroga en la Ley de Cortes de 1644; el Reino apoyaba la apelación contra cualquier sentencia de tortura, la justicia real pretendía pasar adelante por encima de la apelación al menos en los casos urgentes y graves.

Esta diversidad de pareceres conducirá a una confrontación en las Cortes de Pamplona el año 1678 a propósito de cierto episodio ocurrido nueve años atrás, en diciembre de 1669. Los alcaldes de Corte habían ordenado la tortura de Juan de Flux, criado de don Juan Cruzat, sin dar lugar a las defensas legales, ni a la apelación, y el Procurador del reo, D. Miguel Gayarre, que había protestado ante el Juez, fue encarcelado durante veinticuatro horas; con esta misma ocasión los Alcaldes habían tendido desnudo sobre el potro a un niño de diez años, llamado Jerónimo Urrea.

Por ello las Cortes reclaman el “reparo de agravio” junto con la nulidad de los autos procesales, devolución de la multa al Procurador y castigo de los Alcaldes. El rey responde defendiendo a sus oficiales y justificándolos por la gravedad y urgencia del caso, pero accediendo a que lo sucedido no sienta precedente ni pare en perjuicio de las leyes del Reino.

Las Cortes no se dan por satisfechas y reclaman segunda vez insistiendo en que no se repara el agravio si los actos procesales siguen en pie; es preciso anular el proceso por ser contra los Fueros, y que los Alcaldes procedan conforme a Fueros, aún en los delitos de lesa Majestad, y mucho más en los otros delitos menores,

79. ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, p. 386, 2, 19, 21.

sin que quede a su arbitrio violar el orden legal alegando gravedad y urgencia.

Segunda respuesta regia un tanto molesta ya: que se dé por nulo todo lo que se hubiere obrado en el caso contra lo dispuesto por la ley mencionada en la súplica del reino y en lo relativo al Procurador si hubo exceso de "arbitrio" por parte del Juez que lo repare el Virrey, pero no se admite el "agravio".

Pero las Cortes representan tercera vez insistiendo en que se anulen los actos absolutamente por haber sido contrarios a Fueros sin que se admita la condicional "si fueron contrarios"; en cuanto al Procurador hubo "agravio" y se insiste en la reparación. El Rey da satisfacción a las Cortes anulando los actos sin condición ninguna, pero no cede respecto del Procurador manteniendo que hubo sólo "exceso de arbitrio" y no "agravio"⁸⁰.

Este episodio nos demuestra el vigor de las Cortes de Navarra en la defensa de sus naturales frente a los excesos de los oficiales regios. Estos apoyados en el "ius commune" y en un celo indiscreto en la investigación del delito pasan por encima de los Fueros; el Rey trata en la medida de lo posible de salvar a sus ministros. Pero las Cortes del Reino imponen el respeto a las leyes que mitigan en Navarra el rigor de las normas de la tortura. Todavía en la segunda mitad del siglo xvii se da un sano equilibrio de poderes en el Reino de Navarra, que había ya tiempo atrás desaparecido en Castilla en favor del absolutismo regio.

Todavía reaparecerá el tema de la tortura en otras dos Cortes de Navarra, Sangüesa 1561, y Estella 1567, ambas en favor del privilegio de los hidalgos. Esta inmunidad tan conforme al "ius commune" y a la legislación de todos los demás reinos de la Península estaría más o menos en la costumbre o en la práctica de los tribunales, pero ley expresa no existía.

Por eso las Cortes de Sangüesa suplicarán al Rey que redacte la correspondiente Ley: "Suplicamos a Vuestra Majestad ordene por Ley, que los Hijos-Dalgo no sean puestos a cuestión de tormento..."⁸¹. Pero el Rey no accede e invocando los Fueros rechaza políticamente la petición de Cortes: "Que acerca de lo con-

80. ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, p. 477-481, 2, 27, 24.

81. ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, p. 443, 2, 24, 4.

tenido en esta petición se guarden los Leyes y Fueros por ahora..."⁸².

Pero las Cortes de Navarra no tienen nada de acomodaticias, ni ceden fácilmente cuando se proponen un objetivo. Vuelven a la carga sobre lo mismo en 1665, e insisten por tercera vez dos años después en Estella: "En las Cortes del 61 y del año 65 suplicó este Reino que los Hijos-Dalgo no fuesen puestos a cuestión de tormento, ni fuessen presos por deuda civil. Y se proveyó sobre ello en cierta forma hasta las primeras Cortes. Suplicamos a vuestra Magestad ordene, que los Hijos-Dalgo no sean puestos a cuestión de tormento"⁸³.

Y el Rey accede por fin esta tercera vez plenamente a los deseos de las Cortes: "Decreto. A lo cual respondemos, que se guarde la Ley y que sea perpetua"⁸⁴.

Todavía con ocasión de la abolición de la tortura en el siglo XIX volverá a reaparecer este tesón de las Cortes de Navarra en mantener la observancia de sus Fueros y Privilegios, pero este episodio pertenece a un momento posterior del que nos ocuparemos más adelante.

10. *La tortura y el ordenamiento jurídico catalán.*

En el Principado de Cataluña la tortura judicial penetrará en la práctica de los tribunales por la misma vía que en Navarra: a través de los juristas.

Las costumbres tradicionales procedentes del Alto Medievo, tanto escritas como no escritas, ignoran por completo la tortura judicial; el poder público que casi se inhibe en la formación y codificación del derecho, tampoco se ocupa de este instituto. Queda así el campo libre a los juristas que actúan sin obstáculos de un modo decisivo supliendo las insuficiencias del propio ordenamiento con el "ius commune" romano-canónico.

Entre los institutos de este "ius commune" que se incorporan integralmente tal como han sido forjados por los glosadores de Bolonia al ordenamiento catalán figura la tortura judicial.

82. Cfr. nota 27.

83. ELIZONDO, *Novísima Recopilación*, p. 443-444, 2, 24, 5.

84. Cfr. nota 29.

Es inútil buscar una ley de Cortes o Pragmática Real que introduzca, o apruebe el tormento; la primera de ellas que hace referencia a este instituto le supone ya en su plena vigencia. Se trata del Privilegio que Pedro III concede el 19 de mayo de 1380 al brazo militar en el que expresamente incluye la inmunidad y exención casi total de los caballeros frente a la tortura, ya que sólo exceptúa los atentados contra la vida del Señor del Principado o de su primogénito, la traición ocupando con los enemigos una parte del territorio y la herejía:

«Pere Terç en lo Privilegi concedit al Stament Militar dat en Barcelona, a 19 de Maig. 1380.

... concedimus in Privilegium speciale vobis dicto Brachio Baronum et Militum, et cuilibet singularium de eodem, ac vestris successoribus... quod nunquam amodo... liceat torquere, seu torqueri facere aut quaestionibus, seu tormentis ponere, seu poni facere in dicto Principatu Cathaloniae, aliquem Baronem, Militem, seu Hominem de Paratico, nisi tantum in his casibus, et pro subscriptis causis, videlicet si interficient eorum Dominum, seu ipsius Domini Primogenitum, vel si essent sibi proditores, videlicet quod cum ipsius Domini inimicis de facto occupassent eius Regna, et Terras, vel aliquem locum ipsorum, vel si essent Haeretici, illos etiam in hac concessione intelligi nolumus, qui delinquerut in morte perpetrata in personam Castilionis de Maioricis... nisi delatis prius datae fuerint plene deffensiones de iure concesse»⁸⁵.

Las garantías judiciales frente a cualquier decreto irreflexivo ordenando el tormento se multiplican en las Primeras Cortes de Barcelona del año 1481, ya en los años de Fernando el Católico. No se podrá decretar el tormento si antes no lo autoriza la Audiencia, o el Consejo Real con intervención de seis juristas además del Vicecanciller o del Presidente de la Cancillería, quedando en pie cualquier privilegio o inmunidad personal o local:

«Encara proveim, statuim, y ordenam per evitar abusos que en los torments per variations se podrían seguir, que per variations no sie proceit a torments, fins que primer sie vist per la Audientia, o per lo Consell Royal, en que haja haver al menys

85. *Constitutions y altres Drets de Catalunya*, Barcelona, 1704, p. 193-194, lib. 9, tít. 19, De Torments, 1.

sis Juristas, ultra lo Vicicanciller, o Regent Cancellaria, si tants ni haura en la Ciutat, Vila, o Loc hon la causa se tractara, que las ditas variations sien tals, per las quals haja haver loc torment. E mes volem, que semblant orde tingan lo Portant veus de Governador General, Veguers, e altres officials inferiors. En los casos empero hon se pretendra haver loc torment, per altres indicis e no per variations, volem, que non puga esser proceit a torment, sino servada la forma desusdita e dadas deffensions, segons es dispost per Constitutions: Per la present empero no volem, ni entinem en res perjudicar, ni derogar a qualsevol Privilegis axi en commu, com en particular atorgats als staments Ecclesiastic, Militar y Reyal, e a qualsevol Ciutats, Vilas, e Locs del Principat de Cathalunya, ans volem que aquells sien servats»⁸⁶.

También este decreto de las Cortes catalanas de 1481, aún en su formulación, está suponiendo el "ius commune"; los "torments per variations" es la tortura que se aplicaba a los testigos que incurrían en contradicciones según la doctrina romano-canónica y el "torment per altres indicis" era el de los reos indiciados.

Nada variará ya el ordenamiento catalán referente a la tortura hasta el Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña de 1716. Esta en su procedimiento se siente ya menos ligada al Derecho catalán y las garantías de las Cortes de 1481 pierden su vigencia; según la Ordenanza 206: "Que los Alcaldes no condenen a tormentos sin preceder sentencia firme. No podrán mandar proponer a cuestión de tormento, sin que preceda auto o sentencia en que firmaran los que la dieren"⁸⁷. Ya no se requiere la autorización de la Audiencia y de seis juristas, basta que los jueces lo ordenen por sentencia suscrita de su mano. Y como fuente de inspiración de esta Ordenanza no se cita al margen algún acuerdo de las Cortes Catalanas, sino la Ley 2,7,13 de las Partidas.

86. *Pragmaticas y altres Drets de Cathalunya*, Barcelona 1704, p. 460, tít. 28: De Torments.

87. *Ordenanzas de la Real Audiencia de el Principado de Cathaluña*, Barcelona 1742, p. 56.

II. *En el derecho mallorquín.*

Las fuentes del Derecho de Mallorca no han sido suficientemente publicadas como para poder reconstruir al detalle la evolución histórica de la tortura judicial en aquel reino.

Con todo podemos afirmar que la tortura penetra ya en la isla en el mismo siglo de la conquista, pues en el libro de "Los Privilegis del Reys de Mallorca", f. 31-32, según sumario que del mismo publicó José María Cuadrado figura un privilegio fechado en Valencia el 19 de agosto de 1273 en el que concede "Quod examinationi quaestionis intersint probihomines"⁸⁸ que supone ya la vigencia y práctica en el Reino de la tortura judicial.

Más adelante, según los datos que nos suministran las "Ordinacions y sumari dels privilegis, consuetuts y bons usos del regne de Mallorca"⁸⁹ la tortura del "ius commune" fue rodeada de una serie de garantías en favor del acusado por "franquesas" que provienen al menos del siglo XIV.

En el "Sumari" redactado por el notario Moll se citan al menos cuatro "franquesas" del Libro de San Pere (primera mitad del s. XV) referentes a la tortura: Pateat universis, Nos Ioannes (1387-1395), Nos Ferdinandus (1412-1416). En careus atorgam. La primera de ellas dispone: "Que negu sia turmentat sens sentencia ab concell de Promens dada e dels qui hi entrevenien"⁹⁰. Para proceder al tormento se requiere el parecer de los "Promens" y que algunos de estos asistan a la misma.

La segunda de las "franquesas" que comienza por "Nos Ioannes" (Juan I, 1387-1395) sigue en la misma línea al preceptuar "Que en las tortures han entrevenir dos dels Magnifichs Iurats"⁹¹.

88. CUADRADO, J. M., *Privilegios y Franquicias de Mallorca*, Mallorca 1894, p. 30.

89. MOLL, Antonio, Mallorca 1663.

90. MOLL, A., *Ordinacions... del regne de Mallorca*, p. 390. Esta misma "franquesa" es citada segunda vez por Moll según la recopilación sistemática del notario Roselló en el siguiente sumario: "Que no sia algu turmentat sens consell de Promens e que aquells entrevengan en dita tortura", o. c., página 391.

91. MOLL, o. c., p. 391.

En nada se aparta de las dos anteriores otra tercera “franquesa”, “Nos Ferdinandus” (Fernando I, 1412-1416) del mismo “Sumari” de Moll. Y la cuarta y última de las recogidas en el mencionado “Sumari” ya redactada en la lengua de la isla: “En careus atorgam” mantendrá el principio general de “Que los turmentats sien fets segons franquesas”⁹².

Al año 1439 corresponde la “franquesa” que no ya en sumario sino textualmente reproduce el mismo Moll tomándola de los “Capitols Anomenats de Mossen Berenguer Unis” y que enumera la triple garantía de procedimiento que debe acompañar a toda aplicación de la tortura: indicios previos, sentencia suscrita por los Jueces, presencia de los Jurados de las curias municipales:

«Item com en lo present Regne sia estat abusat per alguns Governador o Lloctinens de aquells, que turmenten algun delat sens sentencia de turmens de que se esdeve: que los delats per por dels turments sens culpa que no han se componen; e son fetes dievrses e innumerables extorsions. Que placia als Honor. Embaxadors suplicar lo molt alt Señor Rey sia de sa gracia e merçe manar é provehyr, que de aqui avant algu en lo present Regne, no sia turmentat sens iudicis é sentencia de turmens, e que a la dita tortura hayen esser presents dos dels Iurats. E si cars sera veure al dit turmentat esser fetes sobres, protesten segons Iusticia dictara, e lo Governador, o son Assessor, o son Lloctinent; haye sobreseura fins de las dites sobres e requestes sia aguda raho e sia provehyt E aquesta provisio, sia clausulada ab grans penas e statuts manaments»⁹³.

La respuesta regia a esta súplica de los Embajadores fue enteramente favorable:

«Placet Domino Regi quod quaestiones, seu tormenta non fiant sine iuditiis et sententiis tormentorum seu questionum. Et quod duo ex Iuratis Civitatum Maioricensium si volent, et quoties voluerint possint intervenire dictis questionibus, et tormentis et torturis»⁹⁴.

92. O. c., p. 391.

93. MOLL, A., *Ordinacions...*, p. 65.

94. MOLL, A., o. c., p. 65. En el texto publicado por Moll se lee “iuditiis” en vez de “inditiis”; sin duda una lectura equivocada del notario mallorquín que confundió la u y la n del original gótico. Este mismo “capitol” vuelve a transcribirse entre las *Executions dels capitols de las Novelles ordinacions vulgo anomenats de Mossen Berenguer Uniz*, MOLL, o. c., pp. 75-77.

Estas variedades del ordenamiento jurídico de cada reino peninsular en lo que atañe a la tortura judicial perduraron hasta los primeros años del siglo XVIII en que fueron borradas por los Decretos de Nueva Planta: Valencia (1707), Aragón (1707), Mallorca (1715), Cataluña (1716), Menorca (1781). Pero dado que el derecho castellano en este punto era una reiteración del "ius commune", y que Valencia, Cataluña y Mallorca aplicaban la tortura según ese mismo "ius commune", el reajuste fue más formal que de fondo.

Únicamente afectó a la amplitud mayor o menor que se acordaba a la inmunidad de los caballeros y a un par de detalles de procedimiento: consulta a la Audiencia o Consejo Real y voto de seis juristas en Cataluña, presencia de dos Jurados en Mallorca, prohibición de nuevos tormentos en Valencia.

En Aragón donde la tortura era prácticamente desconocida no creemos que fuera ya moralmente posible su implantación en el siglo XVIII, a pesar de los cambios básicos del ordenamiento jurídico del Reino.

En toda Europa envolvía ya a esta institución en la primera mitad del siglo XVIII el ambiente de descrédito que en la segunda mitad del siglo plasmaría en las decisiones legales abolicionistas que veremos más adelante.

Sin un interés político suficientemente proporcionado no tenía Felipe V por qué herir el sentimiento popular y violentar a los jueces para que aplicaran una institución que estaba ya siendo abandonada en los otros reinos en España y fuera de España, aún antes de que los decretos abolicionistas certificaran su defunción legal.

Este respeto a las peculiaridades procesales de cada región es el que trasluce la respuesta del Consejo Real a la Audiencia de Mallorca después del Decreto de Nueva Planta. Era costumbre en Mallorca advertir al reo cuando se le exigía juramento antes de su declaración que aquel no recaía sobre los hechos propios sino únicamente sobre las acciones ajenas; pero aún así y todo algunos escrupulosos, sobre todo cuando los delitos no eran graves, preferían confesar sus propias culpas antes que negar el delito, temerosos del juramento que habían prestado. La Audiencia propone

que se suprima la advertencia previa, uniformando el Derecho con la práctica castellana.

Pero el Consejo en respuesta del 20 de diciembre de 1717 insiste en que se respete esta peculiaridad foral: "Se observe en esto la práctica antigua, como más conveniente para ese Reyno, por no tomarse a los reos la confesión, sino en hecho ageno, ni vincular al tormento las probanzas, pues se juzga en las causas criminales con otros términos que en estos Reynos de Castilla, por haberlo considerado más conforme a los genios de sus Naturales y frecuencia de delitos"⁹⁵.

III. LA ABOLICION

1. *El movimiento abolicionista.*

La idea de la abolición de la tortura judicial que había tenido por precursor al humanista español Juan Luis Vives¹ había prendido a través de los siglos XVI y XVII en algunos espíritus selectos de Europa, aunque la masa de filósofos, teólogos, juristas y moralistas seguía admitiendo sin discusión el viejo orden procesal.

Los defensores de la tortura habían hecho ciertas concesiones, reconocían los abusos en su empleo, no negaban la necesidad de limitarla, de frenar sus excesos, pero todavía en los primeros años del siglo XVIII el verdadero movimiento abolicionista no se había iniciado. Ciertamente no faltaban voces condenatorias, así en 1734 el P. Feijoo con espíritu realmente adelantado sobre sus contemporáneos y compatriotas se declaraba opuesto a la tortura². Pero corresponde al iluminismo, a la "filosofía de las luces", la gloria de haber preparado, iniciado y llevado a cabo la campaña de acción y propaganda que acabaría tras seis siglos de vigencia en las legislaciones europeas con este bárbaro e inhumano instituto del Derecho Común.

95. Cfr. AZEVEDO, Alonso de, *De Absolutione reorum...*, Madrid 1770, página 94.

1. *De civitate Dei libri XXII commentariis illustrata*, Basileae 1542, col. 1156. La primera edición de esta obra de Vives vio la luz en la misma ciudad el año 1522.

2. *Teatro crítico universal*, VI, Madrid 1734, p. 43-48.

No es aquí la ocasión de historiar el movimiento abolicionista, ni los esfuerzos de sus tres corifeos: Montesquieu³, Voltaire⁴ y Beccaria⁵; bástenos señalar que este movimiento inspirado en el iluminismo penetró en nuestra patria con cierto retraso y con menos pujanza que en otros países europeos.

La polémica abolicionista será abierta en España por la obra altisonante y declamatoria que contra la tortura escribirá en 1770 el jurisconsulto sevillano y Bibliotecario de San Isidro de Madrid, Dr. Alfonso María de Acevedo⁶.

Inmediatamente se alzaba contra él otro sevillano, el canónigo, don Pedro de Castro, miembro, al igual que Acevedo, de la Real Academia de la Historia, con un hinchado panegírico de la tortura, en el que no economizaba los ataques personales contra el doctor Acevedo.

Quizá por este motivo o porque la Real Academia de la Historia simpatizaba más con las ideas abolicionistas la refutación de Castro, adornada con el pintoresco título: "Lo que va de Alfonso a Alfonso" que anunciaba un parangón entre el Rey Sabio y el doctor Acevedo no pudo ver la luz pública al tropezar el 26 de mayo de 1774 con el dictamen desfavorable de dicha Academia.

No desistió Pedro de Castro y en 1778 conseguía que el Colegio de Abogados de Madrid revisara y censurara de nuevo su obra; esta vez el dictamen le fue favorable: "el Colegio es de sentir que a lo menos tiene esta igual y acaso más mérito y justicia para ver la luz pública, que el que tuvo la Disertación de Don Alfonso María de Acevedo"⁷.

3. *L'esprit des lois*. Ginebra 1764.

4. *Commentaire sur le Traité des délits et des peines*, en *Bibl. phil du legis., du polit., du jurisconsulte*, Berlín 1782, I, p. 201-206; *Prix de la justice et de l'humanité*, en la *Bibl. citada*, V, pp. 1-108.

5. *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764.

6. *De reorum absolute obiecta crimina negantium apud equuleum...* Madrid 1770, in 8, 184 p. Fue traducido al castellano y publicado en 1817 bajo el título: *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento; de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los tribunales eclesiásticos*, Madrid 1817, in i. XXIV-198 pp.

7. CASTRO, Pedro de, *Defensa de la Tortura*, p. (IV).

La publicación con todo quedaba condicionada a la modificación del título y a la omisión de las alusiones y ataques personales al Dr. Acevedo. El mismo Colegio proponía como nuevo título: "Defensa de la Tortura y Leyes Patrias que la establecieron, e impugnación del Tratado que escribió contra ella el Dr. D. Alfonso María de Acevedo; su autor D. Pedro de Castro"; y conforme en todo a este dictamen se imprimió en Madrid ese mismo año de 1778.

El avance triunfal del iluminismo en la segunda mitad del siglo XVIII decidía la suerte de la tortura, a su paso se derrumbaba una institución casi dos veces milenaria: el pionero fue Federico el Grande, el rey filósofo, con la abolición total en 1754, siguieron entre 1767-1770 los principales alemanes de Baden, Meclenburg, Brunswick, Sajonia, Dinamarca. María Teresa suprimió la tortura para el Imperio austriaco en 1776, y en sus dominios de Milán su hijo José II en 1784; el Gran Ducado de Florencia en 1786; la República Veneciana en 1787; Francia en 1788 por vía de ensayo y Nápoles en 1789.

La Revolución francesa confirma la abolición definitiva en Francia y sus bayonetas la van imponiendo en todos los territorios conquistados: Bélgica, 1794; Holanda, 1798; Estados Pontificios, 1798; Ducado de Parma, 1804, y España, 1808.

La abolición napoleónica en España fue obra de la Constitución de Bayona en su artículo 133: "El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión, o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito".

2. *La abolición y las Cortes de Cádiz.*

Pero ya el mismo espíritu que animaba al texto de Bayona había penetrado también en los hombres de las Cortes de Cádiz que el 22 de abril de 1811 aprobaban por unanimidad un Decreto aboliendo igualmente la tortura.

La iniciativa de este Decreto gaditano fue debida al diputado Argüelles que el día 2 de abril de 1811 sorprendía a las Cortes con dos proposiciones, la primera de las cuales decía literalmente:

«No pudiendo subsistir en vigor en el Código criminal de España ninguna ley que repugne a los sentimientos de humanidad y dulzura que son tan propios de una Nación grande y generosa, sin ofender la liberalización y religiosidad de los principios que ha proclamado desde su feliz instalación el Congreso Nacional, pido que declaren las Cortes abolida la tortura y que todas las leyes que hablan de esta manera de prueba tan bárbara y cruel como falible y contraria al objeto de su promulgación, queden derogadas por el decreto que al efecto expida V. M.»⁸.

Inmediatamente se adhirieron a la proposición los Diputados Golfín, Villanueva, Terreño, Gallego. El Sr. Martínez, aún admitiendo la proposición de Argüelles, pidió a las Cortes que antes de proceder a la derogación de las leyes que rigen la tortura se tomase conocimiento de ellas y se discutiesen otro día.

El Sr. Giraldo al apoyar también la proposición abolicionista nos revela cómo ya desde finales del siglo XVIII el tormento había desaparecido de la práctica de los tribunales sustituyéndole los "apremios":

«Sin embargo de que en el reinado de Carlos III se hicieron algunas declaraciones para que no se diese el tormento, no hace mucho tiempo que en una provincia de España se impuso una sentencia de tortura. Yo no soy viejo, y he visto hacer uso de varios apremios ilegales aún peores que la misma tortura; porque cuando se daba ésta se observaba por lo menos el orden de que el que se suponía reo, había de ratificar su confesión a las veinticuatro horas sin otro apremio alguno; pero en los tormentos que cito no había tiempo señalado, y no se dejaba de afligir al supuesto reo hasta que confesaba el delito, o se cansaba el juez de atormentarle». Y termina su intervención solicitando: «que se amplíe la proposición añadiendo a la palabra tortura la de apremios ilegales»⁹.

Intervenciones posteriores de los Sres. Villafañé, Pelegrín y Aznárez se adhieren a la ampliación solicitada por el diputado Giraldo proscribiendo los "apremios". El Sr. Pelegrín habla además de la tortura como de algo ya legalmente abolido y de los "apremios" como de un abuso con que los tribunales reemplaza-

8. *Diario de Sesiones de las Cortes Gcnerales y extraordinarias*, II, Madrid 1870, p. 809-810.

9. O. c., II, p. 810.

ron a aquélla: "Después que nuestra legislación más moderna prohibió expresamente el tormento..., testimonio de los medios con que se ha continuado la tortura aunque con otro nombre. después que estaba proscrita por la sabiduría de la ley" ¹⁰.

El autor de la proposición, Sr. Argüelles, interviene aclarando el alcance y el sentido de la misma. He aquí los párrafos más esenciales:

«Es verdad que la tortura está por decirlo así, fuera de uso en España; mas esto sólo es debido al espíritu público de la Nación... Con todo, la ley está viva y sin injusticia legal bien podrá todavía arrancarse de la boca de un reo la confesión de un delito por el horrendo ministerio del tormento. La palabra tortura en el sentido de mi proposición comprende ciertamente los apremios, medio no menos infame que el tormento, y en el cual se ha subrogado por el despotismo de los últimos reinados... Yo no hice expresa mención de los apremios, porque el espíritu de mi proposición excluye sutilezas, dignas solamente de la cavilación de nuestros prácticos...» ¹¹.

Después de esta explicación la proposición de Argüelles fue aprobada por unanimidad y se encargó a la Comisión de Justicia que redactase un proyecto de ley acerca de esta materia.

El debate de las Cortes de Cádiz pone bien de relieve cómo la tortura clásica, inspirada y reglamentada por las normas del "ius commune" había caído en desuso en España y se hallaba prácticamente abolida dende los años de Carlos III. A ello habían contribuido tanto las ideas de "la filosofía y la ilustración", según expresión de Argüelles, como ciertas declaraciones u órdenes de Carlos III, aludidas por el Sr. Giraldo, pero que no habían alcanzado el rango de leyes generales por lo que muy bien podía afirmar Argüelles que la ley estaba viva y era necesario derogarla.

Tan exacta era la afirmación de Argüelles que en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, promulgada en 1805, todavía se recogen diversas disposiciones que regulan la aplicación de la tortura, v. g., 5,12,13, mientras se ignoran las "declaraciones" de Carlos III.

10. O. c., p. 810.

11. O. c., p. 811.

Abandonada y proscrita la tortura legal, los tribunales, más conservadores y rutinarios que los filósofos, pensadores y ministros inspiradores de la política de Carlos III, en vez de acomodarse a las nuevas ideas penales inventaron como sucedáneo de la tortura los "apremios" (prisión reforzada con ciertas penalidades: grillos, peal o cadena de pie, esposas o brazos vueltos, prensa sobre los pulgares) que nunca adquirieron carta de legalidad, pero que se generalizaron rápidamente en la práctica procesal y por no estar reglamentados abandonaban al reo al arbitrio judicial mucho más que la misma tortura.

Entre estos apremios el más usado eran las esposas o "perriillos" que podían en algunos casos hasta ocasionar la muerte del atormentado, como en el caso mencionado en ese mismo debate de las Cortes de Cádiz por los diputados Sres. Giraldo y Pelegrín.

La Comisión de Justicia cumpliendo el encargo de las Cortes del 2 de abril presentó a las mismas el 21 del mismo mes un Proyecto de Ley precedido de un largo preámbulo o explicación de motivos "aboliendo para siempre la tortura y los apremios con que se afligía a los reos, y aun a los testigos para obligarles a declarar en medio del dolor"¹². Aun estando todos los diputados de las Cortes unánimes en la abolición de la tortura y apremios el preámbulo provocó un largo debate en el que se manifestaron una serie de reparos contra el mismo por lo que a propuesta del Presidente se acordó que volviese el proyecto de ley y decreto a la Comisión de Justicia y no se pusiera preámbulo alguno a la expresada ley.

Al día siguiente, 22 de abril, presentó de nuevo la Comisión de Justicia, conforme al acuerdo de la víspera, la fórmula de ley relativa a la abolición del tormento y apremios con que se afligía a los reos en los juicios y no sin nuevo debate acerca de los términos en que venía redactada se acordó expedir el siguiente Decreto:

«Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta unanimidad y conformidad de todos los votos declaran por abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar a los

12. O. c., p. 903.

reos, por lo que ilegal y abusivamente llamaban apremios; prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualquiera que fuese su denominación y uso, sin que ningún juez, tribunal, ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios, bajo responsabilidad y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas, leyes, órdenes y disposiciones que se hayan publicado en contrario»¹³.

Todavía hubo algún debate acerca de la forma que debía seguirse en la publicación de este Decreto, pero al fin se acordó que se publicara del mismo modo que hasta la fecha se habían promulgado los demás Decretos de las Cortes.

El tema de la tortura judicial volverá a ser abordado en otro texto legal de las mismas Cortes de Cádiz, en la Constitución de 1812, cuyo artículo 303: "No se usará nunca del tormento ni de los apremios" eleva a rango constitucional la prohibición de la tortura.

3. *Abolición definitiva de la tortura.*

El regreso de Fernando VII y el Decreto firmado en Valencia el 4 de mayo de 1814 declarando "nulos y de ningún efecto" la Constitución y los Decretos de las Cortes y restableciendo en su integridad el Derecho anterior restauraban teóricamente al menos la tortura judicial abolida por aquellos.

Pero la tortura, y aun los apremios judiciales eran ya instituciones caducas que no admitían restauración posible, y por eso dos meses después, el 25 de julio de 1814, se firmaba la Real Cédula que abolía la tortura judicial, y los apremios dentro de la legalidad absolutista.

Esta Real Cédula nos hace una breve historia o síntesis de una información que el Consejo Real hizo en 1798 acerca de los apremios usados por la Sala de Alcaldes de Corte y la resolución que en vista de dicha información tomó el mismo Consejo el año

13. O. c., p. 910.

1803. Por eso transcribiremos la parte de ella que más puede interesar a nuestro objeto:

«Don Fernando VII por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, etc., etc.

A los del mi Consejo, presidentes, regentes, etc., etc. sabed: Que conducido el mi Consejo de sus principios de humanidad en favor de los presos y detenidos en las cárceles, y deseoso de procurarles los alivios espirituales y temporales compatibles con la vindicta pública, habiendo entendido que en las cárceles reales de esta corte varios jueces mortificaban a los reos con durísimos apremios para arrancarles en medio del dolor sus confesiones, acordó en el año 1798 que la Sala de alcaldes, el corregidor y sus tenientes especificasen dichos apremios, y las formalidades y autoridad con que los decretaban. De su exposición resultó que los grillos, el peal o cadena de pie del reo, las esposas a brazos vueltos, y finalmente la prensa aplicada a los pulgares con extraordinario dolor, eran los únicos apremios que habían usado varios jueces por sí solos, y sin autoridad de la Sala en algunas ocurrencias; y conformándose el mi Consejo con el dictado de mis fiscales, acordó en 5 de Febrero de 1803 la cesación de dichos apremios, fuera del doble de grillos y peal, que por entonces y hasta nueva providencia sólo podían decretarse por el mismo Tribunal poniéndole en noticia de los ministros del mi Consejo que concurrían semanalmente a la visita de cárceles. Con el objeto de tomar una providencia general pidió iguales informes a las Chancillerías y Audiencias del Reino, por los que resultó el uso de diferentes apremios más o menos rigurosos, y de ellos tal vez la confesión de crímenes que no hubo, retractándose los reos de sus anteriores declaraciones, y cargando sobre sí la pena de un delito que no habían cometido. En vista de todo, y después de haber oído a mis fiscales, meditó el mi Consejo con la madurez y circunspección que le es propia sobre la inutilidad e ineficacia de semejantes apremios para el fin de averiguar la verdad, pues la ocultaban los robustos que podían sufrir los dolores, y se exponía a los débiles a que se culparan siendo inocentes. Tuvo también en consideración lo que resultaba acerca del estado de las cárceles, cuyo establecimiento se dirige sólo a la seguridad de las personas, y facilitar la averiguación de la verdad; y habiéndomelo hecho presente en consulta de 1 de este mes, con lo demás que estimó oportuno, por mi Real resolución, conformándome con su dictamen he tenido a bien mandar, que en adelante no puedan los jueces inferiores ni los superiores usar de apremios, ni de género alguno de tormento personal para las declaraciones

y confesiones de los reos ni de los testigos, quedando abolida la práctica que había de ello».

La Cédula Real que acabamos de transcribir motivará una reclamación o protesta de las Cortes de Navarra, reunidas en Pamplona el año 1717, y accediendo a esa reclamación de las Cortes la Cédula será declarada nula y de ningún valor.

«Se declara nula y ninguna la Real Cédula de 25 de julio de 1814, y su sobrecarta, sobre que los jueces inferiores ni superiores no pueden usar de apremios ni de género alguno de tormento personal. Decreto. Pamplona y Setiembre, 20 de 1817. Damos por nula y ninguna la Real cédula y sobrecarta que citais: no se traiga en consecuencia, ni paren perjuicio a vuestros Fueros y Leyes, antes bien se observen y guarden según su ser y tenor.—El Conde de Ezpeleta»¹⁴.

No se piense que las Cortes de Navarra pensasen ni por un instante en restaurar la tortura, la abolición de la Cédula de Fernando VII era puramente formal, cuestión de procedimiento, ya que el reino de Navarra no podía admitir Leyes que no vinieran aprobadas por las Cortes y el Rey. La Cédula de 25 de julio de 1814 era un acto unilateral del Rey, que había sido admitido por la Diputación por sobrecarta del 23 de diciembre de 1814, sin previa aprobación de las Cortes, y por lo tanto su aplicación en Navarra constituía una violación de los Fueros. En consecuencia las Cortes exigen que se declare “nula y ninguna” la Real Cédula para reparar el agravio.

Pero como las Cortes estaban conformes con el contenido o fondo de la mencionada Cédula, en la misma sesión piden al Rey:

«Que en adelante no puedan los jueces inferiores ni los superiores usar de apremios ni género alguno de tormento. Suplicamos rendidamente a V. M. se digne concedernos por Ley, que en adelante no puedan los Jueces inferiores ni los superiores usar de apremios, ni de género alguno de tormento personal para las declaraciones y confesiones de los reos, ni de los testigos, quedando abolida toda práctica contraria. Así lo esperamos

14. *Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados a suplicación de los tres estados del Reino de Navarra en sus Cortes Generales celebradas en la ciudad de Pamplona, los años 1717 y 1718, Pamplona 1819, pp. 48-49, Ley 18.*

de la notoria justificación de V. M. y en ello, etc. Los tres Estados de este reino de Navarra. Decreto. Pamplona y Setiembre de 1817. Hágase como el Reino lo pide. El Conde de Ezpeleta»

El 7 de septiembre de 1837 el título V de la Constitución de 1812 que incluía el artículo 303 aboliendo la tortura fue declarado Ley del Reino, pero esta declaración en nada modificaba la proscrición legal de la tortura vigente en todos los territorios españoles sin interrupción ni tan siquiera teórica o formal desde las Cortes de Navarra de 1817.

Tormentos y apremios hacía ya veinticinco años que habían desaparecido del orden procesal: liberales y absolutistas coincidían en el abolicionismo legal.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. J.

PROBLEMAS CANONICOS EN TORNO A LA CONVERSION DE LOS VISIGODOS AL CATOLICISMO

SUMARIO: I. Recaredo y el Concilio III de Toledo.—II. La incorporación de los visigodos arrianos a la Iglesia.—III. Templos, reliquias y libros litúrgicos arrianos.—IV. Repercusiones en el campo de la Liturgia.—V. La recepción del clero arriano en la Jerarquía católica.—VI. La duplicidad de obispos en una misma diócesis.—VII. Los obispos arrianos de los «gothi» de España.—VIII. El antagonismo entre Másona y Sunna en la ciudad de Mérida.—IX. Los obispos visigodos conversos en el Episcopado católico.

I. RECAREDO Y EL CONCILIO III DE TOLEDO.

La crónica del Biclarense, al dar noticia de la reunión del Concilio III de Toledo, traza un paralelo entre el rey de los visigodos, Recaredo, y dos de los más insignes emperadores romanos cristianos, Constantino y Marciano. Recaredo es un nuevo Constantino, y no solamente por haber abrazado como él la Religión católica, sino por desempeñar con respecto al sínodo toledano el mismo decisivo papel que había tenido Constantino en la reunión del Concilio de Nicea. Recaredo renueva y actualiza la figura del cristianísimo emperador Marciano, no por la conversión, que en el católico Marciano no se había dado, sino porque por voluntad del Rey visigodo se congregaba el Concilio de Toledo, como por iniciativa del Emperador bizantino se había celebrado el de Calcedonia¹.

1. *Monumenta Germaniae Historica, A. A. XI, Chron. Min. II*, ed. Theodorus MOMMSEN, Berolini 1894, p. 219; *Iohannis Biclarensis Chronica ad. a. 590*: «...memoratus vero Reccaredus rex, ut diximus, sancto intererat concilio, renovans temporibus nostris antiquum principem Constantinum Magnum sanctam synodum Nicaenam sua illustrasse praesentia, nec non et Marcianum Christianissimum imperatorem, cuius instantia Calcedonensis synodi decreta firmata sunt».

Recaredo no aparece, por tanto, ante el Concilio toledano como un converso que viene a llamar a las puertas de la Iglesia, sino como el Monarca católico que se adhirió a la Fe dos años antes, y que ahora consagra con una solemnidad sin precedentes la obra de que es autor: la conversión, el ingreso en la verdadera Iglesia del pueblo godo que se halla bajo su cetro². A los obispos reunidos en Toledo no les restaba entonces sino recibir del Rey, *ordinem conversionis suae et omnium sacerdotum vel gentis gothicae*³, tomar pública constancia de un trascendental acontecimiento que se hallaba ya felizmente consumado.

Este aspecto de la posición de Recaredo ante el Concilio III toledano respondía a la realidad de los hechos y se refleja de modo inequívoco en las actas de la asamblea. El Rey había abrazado la Fe poco después de la muerte de su padre, según su propia declaración al Concilio⁴. En el intervalo de los dos años transcurridos desde entonces, Recaredo no solamente había conseguido la conversión en masa del pueblo godo, sino que había ahogado la resistencia de los rebeldes y disconformes. El sínodo de obispos arrianos convocado por Recaredo para tratar tan importante problema se reunió en el año 587, y lo mismo el relato de Juan de Biclario que el de Gregorio de Tours —aun difiriendo en algún pormenor— coinciden en afirmar que desde aquel momento, y merced a la in-

2. Ramón D'ABADAL: *Els concilis de Toledo*, en *Homenaje a Johannes Vincke para el 11 de mayo de 1962*, I, Madrid 1962-1963, pp. 22-24.

3. M. G. H., A. A. XI, *Chron. Min. II*, p. 219; *Iohannis Biclarensis Chron.* ad a. 590: «*Sancta Synodus episcoporum totius Hispaniae, Galliae et Gallaeciae in urbe toletana praecepto principis Reccaredi congregatum episcoporum numero LXXII, in qua Synodo intererat memoratus christianissimus Reccaredus, ordinem conversionis suae et omnium sacerdotum vel gentis Gothicae confessionem tomo scriptam manu sua episcopis porrigens et omnia, quae ad professionem fidei orthodoxae pertinens innotescens, cuius tomi ordinem decrevit sancta episcoporum Synodus canonicis applicare monumentis*».

4. *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, ed. José VIVES, Barcelona-Madrid, 1963, p. 108: «*Non credimus vestram latere sanctitatem quanto tempore in errore Arrianorum laborasset Spania, et non multo post discesum genitoris nostri dies quibus nos vestra beatitudo fidei catholicae cognovit esse sociatos, credimus generaliter magnum et aeternum gaudium habuisse*».

tervención personal y resolutive del Monarca, los visigodos abrazaron el Catolicismo⁵. La postura de Recaredo ante el Concilio de Toledo se hallaba, pues, plenamente justificada y se explica el tono que emplea en las alocuciones dirigidas a la asamblea: él ha sido movido por Dios para dirigir a su pueblo a la Fe y a la Iglesia verdaderas —*ad agnitionem fidei et ecclesiae catholicae consortium*⁶—. Las dos *nobilissimae gentes* convertidas por Recaredo, *la gens Gothorum inclyta*, famosa entre todos los pueblos por su varonil talante, y la infinita muchedumbre de los Suevos, las presenta el Monarca como una oblación a Dios por manos de los obispos, *quasi sanctum et placabilem sacrificium per vestras manus aeterno Deo offero*⁷. Con ello queda cumplida la misión del Rey, que con pleno

5. M. G. H., A. A. XI, *Chron. Min. II*, p. 218: *Biclarensis Chron.* ad a. 587: «Reccaredus primo regni sui anno mense X catholicus deo iuvante efficitur et sacerdotes sectae Arrianae sapienti colloquio aggresus ratione potius quam imperio converti ad catholicam fidem facit gentemque omnium Gothorum et Suevorum ad unitatem et pacem revocat Christianae ecclesiae»; pp. 288-89, S. ISIDORO, *Historia Gothorum*: «Levvigildo defuncto filius eius Recaredus regno est coronatus cultu praeditus religionis et paternis moribus longe dissimilis... in ipsis enim regni sui exordiis catholicam fidem adeptus totius Gothicae gentis populos inoliti erroris labe deterosa ad cultum rectae fidei revocat».—*Scriptores Rerum Merovingicarum*, I *Gregorii Turonensis Historia Francorum*, ed. W. ARNDT et B. KRUSCH, Hannovera, 1885, p. 370: «Igitur eo tempore in Hispania Richaredus rex concunctus miseracione divina convocatis episcopis reregionis suae ait: «Cur inter vos et sacerdotes illus, qui se catholicus dicunt, iugiter scandalum propagatur et, cum per fidem sua signa multa ostendant, vos nihil tale agere potestis? Qua de re convenite, quaeso, simul et discussis utriusque partis credulitatibus, quae vera sunt cognuscamus; et tunc aut accepta illi a vobis ratione ea credant quae dicitis, aut certe vos ab illis veritatem agnuscentes, quae praedicaverint vos credatis». Quod cum factum fuisset, congregatis utriusque partis episcopis, proposuerunt haeretici illa, quae saepius ab ipsis dicta iam scripsimus. Similiter responderunt episcopis nostrae reregionis ea, de quibus haeticorum partem plerumque victam libris superioribus demonstravimus... Tunc intelligens veritatem Richaredus, postposita altercatione, se catholicae lege subdidit».

6. VIVES: *Concilios*, p. 110; concilio de Toledo III, a. 589: «Me quoque, ut re ipsa conspiciatis calore fidei accensum in eo Dominus excitavit, ut depulsa obstinatione infidelitatis et discordiae submoto furore populum, qui sub nomine religionis famulabatur errori, ad agnitionem fidei et ecclesiae catholicae consortium revocarem».

7. VIVES: *Concilios*, p. 110: «Adest enim omnis gens Gothorum in-

derecho se merece el elogio que el Concilio le tributa al proclamarle *novarum plebium in ecclesia catholica conquistator*⁸. Ahora corresponde a la Jerarquía rematar la obra mediante el adoctrinamiento en las verdades del dogma católico de los nuevos pueblos que el Rey ha conducido a la unidad de la Iglesia⁹.

Recaredo aparece, pues, según acabamos de ver, ante el Concilio III de Toledo como el autor de la conversión de los pueblos de su propia estirpe germánica. Pero ahora es también el Monarca católico de todos sus súbditos y el defensor de los intereses de la única Iglesia del Reino; bajo este nuevo aspecto le incumbía igualmente la misión de promover la restauración eclesiástica que las circunstancias de aquella hora exigían.

La Iglesia —declara el Rey en el Concilio— ha sufrido muchas pruebas, los católicos han padecido pertinaz persecución¹⁰. Como consecuencia de ello, el *ordo canonicus* se ha resentido y es urgente restablecer la disciplina¹¹. Tan importante considera Recaredo esta tarea, que dice a los obispos que para realizarla les ha reunido en Concilio —*propter instaurandam disciplinae ecclesiasticae formam ad*

clyta et fere omnium gentium genuina virilitate opinata, quae licet suorum pravitate doctorum a fide hactenus vel unitate ecclesiae fuerit catholicae segregata, toto nunc tamen mecum adsensum concordans eius ecclesiae communioni participatur, quae diversarum gentium multitudinem materno sinu suscepit et caritatis uberibus nutrit... Nec enim sola Gothorum conversio ad cumulum nostrae mercedis accessit, quinimmo et Suevorum gentis infinita multitudo, quam praesidio coelesti nostro regno subiecimus; alieno licet in haeresim deductam vitio, nostro tamen ad veritatis originem studio revocavimus. Proinde sanctissimi patres, has nobilissimas gentes, quae lucris per nos dominicis adplicatae sunt, quasi sanctum et placabile sacrificium per manus vestra deo offero».

8. VIVES: *Concilios*, p. 117.

9. *Ibid.*, pp. 110-11: «Sicut enim divino nutu nostrae curae fuit hos populos ad unitatem Christi ecclesiae pertrahere, ita sit vestrae docibilitatis catholicis eos dogmatibus instituere».

10. *Ibid.*, p. 110: Recaredo sigue dirigiéndose a los Padres del concilio III: «Vos tamem Dei sacerdotes meminisse oportet quanta hucusque ecclesia Dei catholica per Spanias adversae partis molestiis laboraverit, dum et catholici constantem fidei suae tenerent et defenderint veritatem, et haeresis pertinaciori animositate propriae niterentur perfidiae».

11. *Ibid.*, p. 108: el Rey exhorta a los obispos, «ut ordo canonicus quem a sacerdotalibus sensibus detraxerat longa ac diuturna oblivio, quae aetas nostra se nescire patetur, divino nobis rursus dono patefiat».

*nostrae vos serenitatis praesentiam devocaverim*¹²—. La falta de Concilios había sido la razón principal de la decadencia eclesiástica y resulta interesante que el Monarca atribuya aquella falta a la presión arriana, al decir que la herejía imperante *agere synodica negotia denegabat*¹³. Hay que reconocer que la segunda mitad del siglo VI registraba hasta entonces un vacío en la historia conciliar de España —sin otra excepción que los Concilios bracarenses reunidos en el Reino suevo de Galicia—, vacío que contrasta con la floreciente actividad de los decenios precedentes, mientras España estuvo sometida a la influencia ostrogoda¹⁴. Las normas del Concilio III de Toledo destinadas a promover la frecuente reunión de sínodos e incluso a conseguir una periodicidad conciliar, según estaba dispuesto por los antiguos cánones, constituyen una de las medidas esenciales para lograr el establecimiento de la disciplina en la Iglesia¹⁵.

II. LA INCORPORACIÓN DE LOS VISIGODOS ARRIANOS A LA IGLESIA.

La restauración canónica, sin perjuicio de extenderse a otras muchas cuestiones, debía afrontar algunos problemas específicos del

12. *Ibid.*, p. 107.

13. *Ibid.*, p. 107: «Et quia decursis retro temporibus haeresis imminens in tota ecclesia catholica agere synodica negotia denegabat, Deus cui placuit per nos eiusdem haeresis obicem depellere admonuit instituta de more ecclesiastica reparare».

14. En el año 516 se reunió un concilio en Tarragona y en el 517, otro en Gerona; en los dos la gran mayoría de los obispos asistentes pertenecían a la provincia Tarraconense. El concilio II de Toledo se celebró el 17 de mayo del 527. Nuevamente, en la cuarta década del siglo volveremos a encontrarnos otros dos concilios en la Tarraconense: el I de Barcelona, en el año 540 y el de Lérida del 546. Finalmente, el concilio de Valencia del año 549, año de la muerte de Teudiscló y de la ascensión al trono de Agila, cierra por el momento la serie conciliar. El próximo concilio de que tenemos noticia celebrado en el Reino visigodo será el III de Toledo del 589, reunido a los cuarenta años justos del concilio de Valencia, último de la serie anterior.

15. ABADAL: *Els concilis...*, pp. 24-25.—J. ORLANDIS: *Iglesia, Concilios y Episcopado en la doctrina conciliar visigótica en El Colegio Episcopal*, I, Madrid, 1964, págs. 316-320.

momento, derivados de la conversión de la Monarquía y de la incorporación a la Iglesia de todo un pueblo hasta entonces arriano. El primero de esos problemas, por otra parte, resuelto ya cuando se celebraba el Concilio, había sido el de la forma que revestiría la adhesión a la Fe católica de los antiguos arrianos, es decir, el ceremonial litúrgico de su ingreso en la Iglesia. El pseudo Fredegario dice que Recaredo había recibido en secreto el bautismo católico y que luego hizo que fuesen bautizados todos los godos¹⁶. La noticia de Fredegario es seguramente inexacta, lo que no es de extrañar por tratarse de una fuente extranjera y tardía. Todas las fuentes contemporáneas están acordes en que no se exigió a los godos la rebautización, y una de las proposiciones de la profesión de Fe suscrita por los obispos y magnates visigóticos en el Concilio III de Toledo condena precisamente como obra sacrílega la reiteración del bautismo¹⁷.

Los godos habían practicado con anterioridad la rebautización de los católicos que pasaban a la herejía, y, según Gregorio de Tours, la reina Goswintha, mujer de Leovigildo, hizo rebautizar arrianamente por la fuerza a la princesa franca Ingunda, la esposa católica de Hermenegildo, en uno de los episodios de violencia doméstica que precedieron a la ruptura armada entre el Príncipe y su padre el Rey¹⁸. Pero la repetición del bautismo producía una gran repugnancia y sería sin duda un obstáculo importante al tránsito de católicos a la herejía arriana. Por eso, cuando Leovigildo planeó la

16. M. G. H., *Scriptores Rer. Merov., II, Fredegarii et aliorum Chronica*, ed. Bruno KRUSCH, Hannovera 1888, p. 125: «Eo anno (587) Richarid rex Gotorum divino amplectens amore, prius secretius baptizatur. Post haec omnes Gothus, dum Arianam sectam tenebant, Toledo adhunare precepit et... ad christianam legem baptizare fecit». Todavía en alguna obra moderna se habla del «bautismo» de Recaredo. Vid. M. TORRES LÓPEZ: *Las Invasiones y los Reinos Germánicos de España*, en *Historia de España dirigida por RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL*, tomo III, *España visigoda*, p. 110.

17. VIVES: *Concilios*, p. 119; profesión de fe de los obispos, clérigos y magnates del pueblo godo en el concilio III de Toledo, proposición XV: «Quiquumque rebaptizandi sacrilegum opus bonum esse credit aut crediderit, agere aut egerit, anathema sit».

18. M. G. H., *Script. Rer. Merov. I*, p. 230: Gregorio de TOURS, *Hist. Francorum*, V.

conversión general de los hispanorromanos al arrianismo, decidió suprimir esa barrera, y en el Concilio arriano reunido en Toledo el año 580 hizo aprobar un nuevo rito, según el cual los católicos no tenían ya que rebautizarse para abrazar la Fe gótica, sino que era suficiente recibir la imposición de manos y la comunión de un sacerdote arriano y recitar la doxología trinitaria según la fórmula herética, dando gloria al Padre por el Hijo en el Espíritu Santo¹⁹.

Según la crónica de Juan de Biclario, el expediente ideado por Leovigildo favoreció la apostasía de muchos católicos. Cuando la situación cambió radicalmente de signo y llegó la hora de tener que abrir las puertas de la Iglesia al pueblo gótico, es posible que el recuerdo de aquella experiencia pesara en el ánimo de la Jerarquía católica y que ésta, ante lo extraordinario del caso, resolviera suprimir la posible exigencia de un bautismo condicional, porque ello hubiera supuesto una notable dificultad para la conversión en masa de los visigodos arrianos. El rito de incorporación a la Iglesia se redujo a administrar a los conversos la Confirmación y a una bendición o imposición de manos²⁰. Ello se completaba, naturalmente, con la pública profesión de Fe católica que el Rey, los obispos y los próceres, en representación de todo el pueblo, emitieron solemnemente en el Concilio de Toledo.

19. *M. G. H., A. A. XI, Chron. Min. II*, p. 216; *Biclarensis Chronica* ad a. 580: «Leovegildus rex in urbem Toletanam Synodum episcoporum sectae Arianae congregat et antiquam haeresem novello errore emendat, dicens de Romana religione a nostra catholica fide venientes non debere baptizari, sed tantummodo per manus impositionem et communionis perceptione pollui et gloriam patri per filium in spiritu sancto dare. per hanc ergo seductionem plurimi nostrorum cupiditate potius quam impulsione in Arrianum dogma declinant».

20. VIVES: *Concilios*, p. 112; alocución de Recaredo en el concilio III de Toledo: «...ut hae gentes quarum in Dei nomine regia potestate prae-cellimus, et quae deterseo antiquo errore per unctionem sacrosanti chris-matis vel manus impositionem Paraclitum intra Dei ecclesiam perceperunt Spiritum...» *M. G. H., Script. Rer. Meroving.*, II; p. 371 Gregorio de TOURS, *Historiae Francorum*, IX: «...et acceptum (Recaredus) signaculum beatae crucis cum chris-matis unctione, credidit Iesum Christum, filium Dei, aequalem Patri cum Spiritu Sancto regnantem in saecula saeculorum. Amen».

III. TEMPLOS, RELIQUIAS Y LIBROS LITÚRGICOS ARRIANOS.

Otra de las facetas del restablecimiento del *ordo canonicus* había de ser, lógicamente, la restauración del patrimonio eclesiástico. Los bienes de la Iglesia habían sufrido grave detrimento a raíz de las persecuciones de Leovigildo. San Isidoro dice que este Rey, *ecclesiarum reditus et privilegia tulit*²¹. Recaredo se esforzó por reparar los daños causados por su padre y devolvió a la Iglesia todo cuanto le había sido confiscado en el reinado precedente²². Esta reparación parece haberla comenzado el Monarca desde los primeros meses de su reinado, puesto que la lápida de consagración, según el rito católico de la iglesia toledana de Santa María, está datada el 12 de abril del año 587²³. La Iglesia católica se enriqueció además con todos los templos que habían sido antes arrianos. Estos templos pasaron a formar parte, con toda su dotación y pertenencias, del patrimonio de la diócesis en cuyo territorio se hallaban enclavados²⁴.

Los libros y reliquias de procedencia arriana fueron objeto de especial atención por parte de la Iglesia. Una noticia del pseudo Fredegario, que no se halla confirmada por ninguna otra fuente, dice que Recaredo ordenó recoger en Toledo todos los libros arrianos y que, una vez reunidos, los hizo destruir por medio del fue-

21. M. G. H., A. A. XI, *Chron. Min. II*, p. 288, *Historia Gothorum*.

22. M. G. H., A. A. XI, *Chron. Min.*, p. 218; *Biclarensis Chronica* ad a. 587: «Reccaredus aliena a praecessoribus direpta et fisco sociata placabiliter restituit, ecclesiarum et Monasterium conditor et ditator efficitur»; p. 290, S. ISIDORO, *Historia Gothorum*: «Fuit autem placidus, mitis ... adeo liberalis, ut opes privatorum et ecclesiarum praedia, quae paterna labes fisco adsociaverat iure proprio restauraret».

23. J. VIVES: *Inscripciones cristianas de la España Romana y Visigoda*, Barcelona 1942, n.º 302; lápida de consagración de la iglesia toledana de Santa María, fechada el 12 de abril de 587, primer año del reinado de Recaredo: «In nomine d[omi]ni consecrata ecclesia s[an]cte Marie in catolico die pridie idus Aprilis anno felicitur primo regni d[omi]ni nostri gloriosissimi Fl[avii] Reccaredi regis era DCXXV».

24. VIVES: *Concilios*, p. 127; concilio de Toledo III, a. 589, can. IX: «*Ut ecclesiae Arrianorum ad catholicum episcopus in cuius diocesis sunt pertineant.*—Decreto huius concilii statuitur ut ecclesiae quae fuerunt in haeresi Arriana nunc autem sunt in catholica, ad eos episcopos cum suis rebus pertineant, ad quod parochiae ipsae in quibus ecclesiae ipsae fundatae sunt pertinere videantur».

go²⁵. Es imposible comprobar la historicidad de esta información, no recogida por las crónicas contemporáneas, y procedente de un autor extranjero y tardío, cuyas noticias en torno a la conversión de los visigodos pecan, a veces, como veíamos más arriba, de inexactas. Por otra parte, parece improbable que la literatura religiosa arriana existente entre los godos de España se extendiera a mucho más que la versión de la Biblia de Wulfila y los libros litúrgicos²⁶. Y en cuanto a estos libros, sí parece verosímil que se ordenara su destrucción. En el Concilio de Toledo, cuando uno de los obispos católicos se dirige a los prelados y magnates visigodos invitándoles a que hagan una pública profesión de Fe, les requiere expresamente a que condenen la perfidia arriana con todos sus dogmas, reglas... *codicibus* —y códices o libros²⁷—. De entre estos libros, había uno que merecía especial execración y cuyo anatema constituyó uno de los puntos de la profesión de Fe de los obispos y nobles góticos. Se trataba de un “libelo detestable” compuesto en el año decimosegundo del reinado de Leovigildo —*quo continetur Romanorum ad haeresim Arrianam transductio*²⁸. Era, sin duda, el ritual de la apostasía de los católicos, elaborado como consecuencia del sínodo arriano del 580, donde se regulaba su conversión al Arrianismo sin necesidad de rebautización. Que se ordenara la destrucción de los libros litúrgicos heréticos y, sobre todo, de ese “libelo” especialmente condenado, parece una hipótesis con muchos visos de probabilidad.

Uno de los Concilios celebrados a continuación del III de To-

25. M. G. H., *Script. Rer. Merov. II*, p. 125, *Fredegarii Chron.*: «... et omnes libros Arrianos precepit ut presententur; quos in una domo conlocatis incendio concremare iussit».

26. GARCÍA VILLADA: *Historia Eclesiástica, II, 1*, pp. 74-75.

27. VIVES: *Concilios*, p. 117: «Dum patuerit vos tabem perfidiae Arrianae cum omnibus dogmatibus, regulis, officiis, comunione, codicibus praedamare».

28. VIVES: *Concilios*, p. 119, concilio de Toledo III, profesión de fe de los obispos, clérigos y magnates del pueblo godo, proposición XVI: «Quicumque libellum detestabilem duodecimo anno Leovigildi regis a nobis editum in quo continetur Romanorum ad haeresem Arrianam transductio et in quo gloria Patris per Filium in Spiritu Sancto male a nobis instituta continetur; hunc libellum si quis pro vero habuerit, anathema sit in aeternum».

ledo, el Concilio II de Zaragoza del año 592, trata de la cuestión de las reliquias que se encontrasen en templos y lugares dedicados hasta entonces al culto arriano. Las reliquias podían ser auténticas, porque había muchas veneradas en común por católicos y arrianos, pero podían ser también falsas e ilegítimas. El Concilio de Zaragoza, para dirimir la cuestión, recurrió a una solución que no sabemos si se extendería más allá del ámbito de la provincia Tarraconense, de donde procedían los preladados asistentes: remitir el problema al juicio de Dios, sometiendo las reliquias a una experiencia que se asemeja mucho a una de las más típicas "ordalías" germánicas. Los sacerdotes debían entregar las reliquias de procedencia arriana a los obispos, con el fin de que éstos les hicieran sufrir la prueba del fuego, *igne probentur*. El resultado de la prueba, el juicio de Dios, resolvería la incertidumbre²⁹.

IV. REPERCUSIONES EN EL CAMPO DE LA LITURGIA.

También en el campo de la Liturgia la conversión de los visigodos dejó impresa su huella. El Concilio III de Toledo decretó que, con el fin de que el pueblo se familiarizase con el dogma católico, en la celebración de la Misa y antes de la oración dominical, tal como era costumbre en las iglesias orientales, se recitase en voz alta por todos los fieles el Símbolo constantinopolitano, con la inserción del *Filioque*, que tan importante papel había de jugar en las futuras disputas doctrinales entre Oriente y Occidente³⁰. Especial dificultad planteaba la liturgia del bautismo, que dio lugar a una consulta de San Leandro al papa San Gregorio.

El uso romano era que, en la administración del sacramento del

29. VIVES: *Concilios*, p. 154; concilio de Zaragoza II, a. 592: «II. Statuit sancta synodus ut reliquiae in quibuscumque locis de Arrianam haeresem inventae fuerint prolate a sacerdotibus, in quorum ecclesias reperiuntur pontificibus praesentatae igne probentur quod si a quibuslibet occultatae fuerint et deteguntur a sacrosantae ecclesiae coetu segrentur».

30. VIVES: *Concilios*, p. 124; alocución de Recaredo al concilio III de Toledo; el Rey pide que se decreta que todos recen en voz alta el Credo en la Misa. El concilio —p. 125—, en el can. II, decreta que se recite el Símbolo constantinopolitano, antes de decir la oración dominical.

bautismo, se practicase una triple inmersión del neófito, mientras que en España —con excepción del antiguo Reino suevo— el uso católico era la inmersión simple. Pero el problema radicaba en que aquí el rito arriano había sido el de la trina inmersión, y coincidía, por tanto, con el uso romano.

El Papa respondió a San Leandro que cualquiera de las dos formas de conferir el bautismo era perfectamente legítima y respetable, pero que, a la vista de las circunstancias que se daban en España, donde la triple inmersión había sido la forma de bautismo arriana, parecía aconsejable no seguir empleándola, no fuera que los antiguos herejes, al seguir practicando lo que tenían por costumbre hacer antes de la conversión, pudieran alardear de que habían hecho prevalecer su uso sobre el de los católicos³¹. La cuestión no quedó, sin embargo, zanjada desde este primer momento, pues al reunirse el Concilio IV de Toledo en el año 633 seguía dándose una diversidad práctica de criterios entre los obispos en cuanto al rito del bautismo. El Concilio IV recordó la doctrina de San Gregorio sobre la ortodoxia de las dos formas, pero resolvió, según su consejo, que el rito se unificase en todas las iglesias del Reino, adaptándose universalmente la simple inmersión bautismal³².

V. LA RECEPCIÓN DEL CLERO ARRIANO EN LA JERARQUÍA CATÓLICA.

Hemos expuesto hasta ahora algunas de las cuestiones canónicas y litúrgicas suscitadas por la conversión de los visigodos. Pero los problemas más complejos los plantearía seguramente la incor-

31. M. G. H., *Epist. t. I. Registrum Epistolarum S. Gregorii Papae I*, ed. P. EWALD et L. M. HARTMANN, Berolini 1887, p. 57. En su epístola a San Leandro donde responde a la consulta que le había elevado acerca del rito bautismal, el Papa declara que tanto la forma romana de la triple inmersión, como la usada por la Iglesia católica en España de la inmersión simple, son perfectamente aceptables; pero el Pontífice añade: «Sed si nunc usque ab haereticis infans in baptisate tertio mergebatur, fiendum apud vos esse non censeo, ne dum mersiones numerant, divinitatem dividant, dumque quod faciebant faciunt, morem vestrum se vicisse gloriantur».

32. Concilio IV de Toledo, a. 633, can. VI; cfr. GARCÍA VILLADA: *Historia Eclesiástica*, II, 2, pp. 59-60; J. FERNÁNDEZ ALONSO: *La cura pastoral en la España romano-visigoda*, Roma 1955, pp. 289-91.

poración a la Jerarquía católica de los obispos y clérigos procedentes del Arrianismo. Se nos han conservado los nombres de once obispos arrianos contemporáneos de Recaredo—quizá la totalidad de ese episcopado—, cuya actitud ante la conversión del pueblo al Catolicismo distó mucho de ser unánime. Ocho de ellos suscribieron la profesión de Fe en el Concilio III de Toledo, mientras que los otros tres adoptaron una postura de resistencia.

En todos los levantamientos y conspiraciones arrianas que se produjeron en contra del paso dado por Recaredo aparece complicado, y seguramente como principal inspirador, algún obispo gótico. En la Galia narbonense, donde la rebeldía arriana alcanzó mayores vuelos, el obispo Atháloco encabezó la rebelión junto con los condes Gránista y Wildigern, dando muerte, según las *Vitae Patrum Emeritensium*, a un número incontable de clérigos, religiosos y fieles católicos³³. Los rebeldes llamaron además en su ayuda a los francos de Gontram, y Recaredo hubo de enviar para contener la invasión al más ilustre de sus generales, el hispanorromano y católico duque Claudio de la Lusitania, que restableció prontamente la situación logrando sobre los enemigos francos una memorable victoria³⁴. En Mérida, la conjura urdida por varios nobles arrianos para dar muerte al metropolitano Másón, fue alentada y dirigida por Sunna, obispo arriano de la ciudad e inveterado adversario del prelado católico³⁵. En los ambientes palatinos de Toledo,

33. *España Sagrada*, XIII², p. 381: *De Vita Patrum Emeritensium*, 44: «Duo denique comites ... Granista videlicet et Wildigernus, una cum Ariano Episcopo nomine Athalocus, vel alii plurimi compares errorum suorum, graviolem in eadem regione fecerunt turbationem: nam suscitantes adversus Fidem Catholicam infinitam multitudinem Francorum in Galias introduxerunt quatenus vi pravitatem Arianae partis vindicarent, et si fieri potuisset, Regnum viro Catholico Reccaredo praeriperent: Interim per idem tempus innumerabilem Clericorum, Religiosorum, et omnium Catholicorum interficientes multitudinem inmensam fecerunt stragem».

34. *M. G. H., A. A. XI, Chron. Min. II*, p. 218; *Biclaensis Chronica* ad a. 589.

35. *M. G. H., A. A. XI, Chron. Min. II*, p. 218; *Biclaensis Chronica* ad a. 588: «Quidam ex Arrianis, id est Siuma episcopus et Segga, cum quibusdam tyrannidem assumere cupientes deterguntur; convicti Siuma exilio traditur et Segga manibus amputatis in Gallaeciam exul transmittitur». Cfr. *De Vita Patrum Emeritensium*, *España Sagrada* XIII², p. 375 y ss.

las maquinaciones de la vieja reina Goswintha contra su hijastro Recaredo encontraron la complicidad del obispo Uldida, seguramente un antiguo prelado de la corte arriana que hubo de ser desterrado del Reino³⁶. De todas las conspiraciones habidas contra el Monarca católico, tan frecuentes en los primeros años de su reinado, tan sólo en una, la del duque Argimundo, quizá desprovista de motivación religiosa, no aparece complicado algún obispo arriano³⁷.

Sin embargo, y pese a lo significativas que fueron estas excepciones, la mayoría de los obispos y clérigos procedentes del Arrianismo abrazaron la Fe y su incorporación a la Iglesia no planteó dificultades en el terreno de la ortodoxia. Sí suscitó, en cambio, problemas en el orden disciplinar, tanto por las nuevas obligaciones que su estado les imponía al entrar a formar parte de la Jerarquía católica como por el hecho de coincidir en algunas sedes dos titulares, el prelado católico y el antiguo obispo arriano, convertido ahora a la Fe verdadera.

Los obispos y clérigos arrianos fueron recibidos en la Iglesia católica respetándose la dignidad y el grado que habían ostentado en su propio clero. No quiere esto decir que se reconociera validez a las ordenaciones arrianas. Existen, por el contrario, fuertes indicios de que no fue así, puesto que se exigió que los obispos y clérigos hubiesen de recibir una bendición, que en los sacerdotes sería una nueva colación del orden presbiterial, a juzgar por la fórmula *acceptam denuo benedictionem presbiteratus* que emplea el Concilio II de Zaragoza³⁸. Y en cuanto a los obispos, la bendición ten-

36. M. G. H., A. A. XI, *Chron. Min. II*, p. 218; *Biclaensis Chronica* ad a. 589: «Uldida episcopus cum Gosuintha regina insidiantes Reccaredo manifestantur et fidei catholicae communionem, quam sub specie Christiana quasi sumentes proiciunt, publicantur. quod malum in cognitionem hominum deductum Uldida exilio condemnatur, Gosuintha vero catholicis semper infesta vitae tunc terminum dedit».

37. *Ibid.*, p. 219.

38. VIVES: *Concilios*, p. 154; concilio de Zaragoza II, a. 592: «I.— Quum in Dei nomine in urbem Caesaraugustanam provinciae Tarraconensis ex permissu gloriosi atque sanctissimi principis Reccaredi regis in anno septimo regni eius congregati fueissemus pro Dei timore tractantes id placuit sancto et venerabili synodo, ut presbyteri, qui ex haerese Arriana ad sanctam catholicam ecclesiam conversi sunt, qui sanctam et puram fidem atque castissimam tenuerint vitam, acceptam denuo benedictionem

dria el valor de nueva y legítima consagración episcopal, pues no se reconoce validez a la *consecratio* de iglesias hecha por uno de esos prelados antes de recibir aquella bendición, aun cuando hubiera consagrado ya el templo *sub nomine catholicae fidei*³⁹.

Pero la dificultad mayor provendría de que la Iglesia arriana no parece haber exigido el celibato a sus ministros, ni aun siquiera a aquellos que ocupaban los grados superiores de la jerarquía de orden. Ese se desprende del tenor del canon V del Concilio III de Toledo, que dicta una legislación transitoria para los clérigos casados procedentes del Arrianismo y que se ha de aplicar a los obispos, presbíteros y diáconos *venientes ex haerese*. No se declara roto el vínculo matrimonial que les ligaba a sus esposas, pero, *manente inter eos fide conjugali*, se les exige que pongan fin a la vida en común y que guarden en lo sucesivo perfecta continencia. Si tuvieran virtud suficiente para vivir plenamente la castidad, podrán conservar dentro de la Iglesia católica el mismo grado jerárquico y ejercer el ministerio que tenían antes de la conversión. De lo contrario, si desean seguir cohabitando con sus esposas, serán reducidos al rango de lectores o incluso al estado secular⁴⁰.

presbiteratu[s] sancte et pure ministrare debeant; ceteri vero, qui hanc suprascriptam vitam adimplere vel tenere neglexerint, ab officio depositi sunt in clero. Ita et de diaconibus sicut et de presbyteris constitutum est».

39. *Ibid*: «III.—Statuit sancta synodus ut episcopi de Arriana haerese venientes si quas ecclesias sub nomine catholicae fidei consecraverint necdum benedictione a catholico sacerdote percepta, consecrentur denuo».

40. VIVES: *Concilios*, p. 126; concilio de Toledo III, can. V: «*Ut sacerdotes et levitae caste cum uxoribus suis vivant*.—Compertum est a sancto concilio episcopos, presbyteres et diacones venientes ex haerese, carnali adhuc desiderio copulari: ne ergo de cetero fiat, hoc praecipitur quod et prioribus canonibus terminatur: ut non liceat eis vivere libidinosa societate, sed manente inter eos fide conjugali, communem utilitatem habeant, et non sub uno conclavi maneant, vel certe si suffragat virtus in aliam domum suam uxorem faciat habitare, ut castitas et apud Deum et homines habeat testimonium bonum. Si qui vero post hanc conventionem obscene cum uxore elegerit vivere, ut lector habeatur...»; p. 134, *Lex in confirmatione concilii*, V: «*Ut episcopis, presbyteris, et diaconibus ex haerese conversis iam non liceat misceri uxoribus: vel quod hii qui semper catholici fuerunt in cellulis suis cum mulieribus extraneis non morentur*»; cfr. texto del concilio de Zaragoza II en la nota 38.

VI. LA DUPLICIDAD DE OBISPOS EN UNA MISMA DIÓCESIS.

El problema de la duplicidad de titulares en una misma diócesis fue otro de los que se plantearon como consecuencia de la abjuración del Arrianismo por los visigodos; pero este problema debe ser rectamente comprendido para poder apreciar su verdadera naturaleza. García Villada, haciendo alusión a los obispos arrianos que abrazaron la Fe en el Concilio III de Toledo, escribió: "Cinco de los obispos convertidos eran intrusos, puesto que había obispos católicos en aquellas diócesis y firman también en el Concilio, a saber: los de Tortosa, Oporto, Lugo, Tuy y Palencia"⁴¹. Si el apelativo "intrusos" se aplica a tales obispos por cuanto eran hereéticos e ilegítimos, ningún reparo de mayor entidad merece tal calificación; pero en este caso, intrusos eran no tan sólo los cinco obispos mencionados, sino los ocho que se convirtieron y suscribieron la profesión de Fe en el Concilio toledano. Pero considerar como intrusos solamente a aquellos cuya titulación coincidía con la de un obispo católico, parece ser un criterio que no responde a una exacta comprensión de la realidad religiosa de la España de finales del siglo VI.

El planteamiento religioso vigente en España bajo la Monarquía visigoda arriana no guarda semejanza alguna con el que había conocido el Imperio romano del siglo IV, durante la época de la preponderancia oficial del Arrianismo. Por estos días, la herejía provocaba una escisión en el seno de las poblaciones cristianas de numerosas ciudades y la fracción arriana procuraba situar obispos de su bandería en muchas de las diócesis de la Cristiandad, obispos estos que pretendían, naturalmente, ser los únicos y exclusivos titulares de la sede y ejercer su potestad sobre todo el pueblo, aunque no siempre lo lograsen porque muchas veces la mayor parte de los fieles mantuvieron su adhesión a otro pastor legítimo y católico. Pero desde el momento en que el Arrianismo dejó de ser una herejía de la Iglesia universal para convertirse en la *Fides Gothica*, la herejía nacional de los germanos y, sobre todo, de los pueblos de estirpe goda, la situación fue muy distinta. Los obispos

41. GARCÍA VILLADA: *Historia Eclesiástica*, II, 1, p. 73.

godos arrianos no intentaban ejercer su potestad religiosa sobre las poblaciones romanas y católicas subyugadas, sino que eran tan sólo obispos de las gentes de su estirpe, que por ser de su propia raza eran también sus correligionarios.

Por esta razón, en la España visigótica, al igual que en la Italia ostrogoda, habría obispos arrianos allí donde existían núcleos importantes de población germánica y, en especial, guarniciones militares de cierta entidad. Ya por lo que respecta a la última época del Imperio de Occidente, cuando la defensa de Roma está confiada a federados germanos, advertía Pier Silverio Leicht que “la existencia de obispos arrianos iba aparejada a la presencia de fuertes guarniciones bárbaras y de funcionarios de muy alto grado”⁴². En la Italia gótica durante el reinado de Teodorico el Grande, había varias iglesias arrianas —y, naturalmente, obispos— en Rávena, residencia de la Corte. Pero había también dos iglesias arrianas en Roma, la que fue luego dedicada a San Severino y la de Santa Agatha dei Goti. Esta segunda se hallaba emplazada en una zona de acuartelamiento militar de la guarnición goda, y aquí residía el obispo. Este obispo, pese a tener su sede en la propia ciudad de Roma, no puede ser considerado como intruso, si por ello hubiéramos de entender un obispo que disputa su autoridad y su jurisdicción sobre la Urbe al Pontífice Romano. Nada más lejos de las intenciones de Teodorico, que mantuvo una respetuosa actitud hacia los Papas y la Sede Apostólica durante la mayor parte de su reinado. El obispo arriano de la Roma teodoriana sería algo así como un ordinario castrense de la guarnición de *milites* ostrogodos acantonada en la ciudad⁴³.

VII. LOS OBISPOS ARRIANOS DE LOS “GOTHI” DE ESPAÑA.

La situación religiosa de España durante la época arriana, bajo el aspecto que ahora consideramos, presentaría seguramente una sensible analogía con la que conoció la Italia de Teodorico. Los

42. *I Goti in Occidente. Problemi*, Spoleto 1956, p. 140.

43. Cfr. las noticias aportadas en sus intervenciones por los profesores CECHELLI y PICOTTI, en *I Goti en Occidente*, pp. 136-39 y 181.

obispos arrianos se concentrarían en la Corte, en las ciudades donde existían guarniciones militares y en las regiones de denso poblamiento gótico. Las noticias que poseemos sobre la procedencia de aquellos obispos parece confirmar esta hipótesis.

Es muy significativo el hecho de que cuatro de los ocho obispos arrianos que abjuraron la herejía en el Concilio III de Toledo provengan de ciudades que se hallan enclavadas en el territorio del antiguo Reino suevo: Sunnila de Viseo, Gardingo de Tuy, Béchila de Lugo y Argiovito de Oporto. En las tres últimas ciudades había también obispos católicos, y de Lugo seguía siéndolo Nitigisio, que lo era ya el año 572, cuando en calidad de tal asistió al Concilio II de Braga, presidido por San Martín⁴⁴. La abundancia de obispos arrianos en estas tierras del noroeste de la Península se explica perfectamente si tenemos en cuenta que cuando se celebró el Concilio toledano habían transcurrido escasamente cuatro años desde la unión del Reino suevo a la Monarquía visigótica y era natural que existieran allí guarniciones de tropas godas, cuya presencia garantizase la consolidación de la anexión. El obispo arriano de Palencia, Múriila, tendría a su cargo un territorio de denso poblamiento popular godo; sería el prelado de las masas campesinas establecidas en la alta meseta castellana y, en especial, en la Tierra de Campos —los *Campi Gothorum*—, y hay que hacer notar que no figura ningún obispo católico de Palencia en el Concilio III de Toledo⁴⁵. En cuanto a los tres últimos obispos arrianos presentes en el Concilio, Ugnas, Froisclo y Wiligisclo, las ciudades en que residían, Barcelona, Tortosa y Valencia, son tres puertos mediterráneos de importancia estratégica de cara a bizantinos y francos, donde es posible que existieran contingentes góticos relevantes⁴⁶.

Lo que venimos diciendo vale igualmente para aquellos obispos arrianos que rechazaron la conversión al Catolicismo y adoptaron

44. VIVES: *Concilios*, p. 85.

45. Ramón D'ABADAL: *A propos du legs visigothique en Espagne*, en *Caratteri del secolo VII in Occidente, II*, Spoleto 1958, pp. 545-53.—*Del Reino de Tolosa al Reino de Toledo*, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia, Madrid 1960, pp. 43-46 y 60-61.

46. VIVES: *Concilios*, pp. 122-23.

una postura de resistencia frente a la iniciativa de Recaredo. La provincia de la Septimania, en cuya capital, Narbona, se alzó el obispo Atháloco con algunos magnates de su raza, era la marca gótica frente a la Francia merovingia, y las guarniciones visigodas fueron siempre particularmente notables en aquella tierra de fronteras. La futura rebelión del duque Paulo frente a Wamba es una prueba más que confirma esta última afirmación. Uldida, el confidente y compañero de conjura de la viuda de Leovigildo, Goswintha, sería probablemente un obispo palatino de la Corte toledana, lugar de cita o de residencia de lo más granado de los *seniores totius gentis* o de los *maiores palatii* y gardingos visigodos. En cuanto a Sunna, su caso merece particular atención, porque se encuentra mejor documentado y arroja más abundante luz sobre la cuestión.

VIII. EL ANTAGONISMO ENTRE MÁSONA Y SUNNA EN LA CIUDAD DE MÉRIDA.

Sunna fue enviado como obispo arriano a Mérida por el rey Leovigildo. Metropolitano católico de Mérida, la capital de la provincia lusitana, era Másona, un godo de noble estirpe que se había adelantado, al igual que algunos otros de su raza, a la generalidad de su pueblo en la profesión de la Fe católica⁴⁷. Cuando Leovigildo inició la persecución contra los hispanorromanos católicos, con el fin de obligarles a apostatar y conseguir la unidad religiosa de todos sus súbditos bajo el signo arriano, era comprensible que Másona, visigodo de sangre y obispo católico, constituyera uno de los primeros objetivos de la campaña de intimidación emprendida por el Monarca. En efecto, numerosos mensajeros del Rey llegaron a Mérida con el mandato terminante para Másona de que apostatase de la Fe y abrazara la confesión arriana. La actitud de Másona podía tener especial trascendencia, dada las singularísimas circunstancias que concurrían en su caso: siendo godo de raza, era obispo cató-

47. *España Sagrada XIII*^o, p. 358; *De Vita Patrum Emeritensium*, 22: «Denique Sanctus Masona Antistes nobili ortus in seculo origine, sed vitae meritis extitit multo nobilior, genere quidem Gothus».

lico de la población romana que le reconocía como a su propio pastor, y por ello su apostasía habría de arrastrar consigo a la masa de los fieles de la iglesia metropolitana que regía. Por eso, Leovigildo le intimó a pasar a la herejía junto con toda su grey —*ut relicta fide catholica, ad Arrianam haeresim cum universitate plebis commissae diverteret*⁴⁸—.

Másona rechazó todas las presiones de Leovigildo, y éste, convencido al fin de que nada conseguiría por los ruegos o las amenazas, resolvió enviar a Mérida a Sunna, un ardiente y combativo prelado arriano. Pero lo mandó, no para suplantarlo en la silla metropolitana y en el gobierno de la comunidad católica, sino como obispo de la minoría gótica de arrianos residentes en la ciudad —*in eadem civitate episcopum Arianae partis instituit*—. El belicoso Sunna, respaldado por los funcionarios públicos y los nobles godos, era un arma de combate contra Másona y los católicos y su presencia en Mérida había de servir, en los planes del Rey, para una finalidad muy concreta: llevar la turbación y el temor al ánimo del obispo y de sus fieles —*pro conturbatione sancti viri vel totius populi*⁴⁹.

Por fin, Leovigildo, convencido de la inutilidad de sus esfuerzos, decidió adoptar medidas más radicales, desterrando de Mérida a Másona y recluyéndole en un monasterio, donde permaneció por espacio de tres años. Lo que ocurrió entonces arroja una singular claridad sobre el problema que nos ocupa. Sunna no fue designado para suceder a Másona y ocupar la silla metropolitana, porque él era sólo el obispo de la facción godo-arriana —*episcopus Arianae partis*— y la población romana y católica jamás le hubiera reconocido. Para cubrir la vacante de Másona, el Monarca recurrió al intruso Nepopis, un obispo hispanorromano de otra ciudad, pero complaciente y sumiso a los designios reales, y le entronizó

48. *España Sagrada XIII*², p. 361: *De Vita Patrum Emeritensium*, 26.

49. *España Sagrada XIII*², p. 362; *De Vita Patrum Emeritensium*, 27: «Comperto dehinc crudelissimus tyrannus quod nec minis nec muneribus, viri Dei animum a recta fide ad sui perfidiam apostatare posset ... quemdam scilicet virum pestiferum, Arianae haereseos pravitatem per omnia vindicatem, cui nomen erat Sunna, pro seditiosis simultatibus excitandis, et pro conturbatione sancti viri, vel totius populi, in eadem civitate episcopum Arianae partis instituit».

en la sede de la metrópoli lusitana —*ac in locum viri Dei in Emeritensem urbem constituitur*⁵⁰—. Cuando, poco antes de morir, Leovigildo levantó el destierro a Másona y éste emprendió el regreso a Mérida, el usurpador huyó a su diócesis de origen: *ad propriam urbem, in qua antea fuerat Episcopus fugere nitebatur*⁵¹.

IX. LOS OBISPOS VISIGODOS CONVERTIDOS EN EL EPISCOPADO CATÓLICO.

Los episodios de Mérida que acabamos de recordar y que tuvieron como protagonistas a Másona y a Sunna, resultan útiles para ilustrar el carácter de obispos de la minoría racial germánica que tenían los preladados arrianos visigodos. Sin embargo, realizada la conversión del pueblo al Catolicismo, no podía ya mantenerse indefinidamente una tal discriminación. A los obispos conversos se les respetó su dignidad jerárquica tras de recibir, como dijimos más arriba, una nueva consagración y ajustar su vida a las normas disciplinares fijadas por los Concilios. La Iglesia católica acogió sin reparos en los cuadros de su Jerarquía a los antiguos herejes y las situaciones de duplicidad de titulares en una misma diócesis irían solventándose con el paso del tiempo. Esta actitud generosa resalta todavía más en el caso de Sunna. Fue éste —como dijimos antes— uno de los obispos resistentes que rehusaron seguir a Recaredo en su conversión al Catolicismo y que —peor todavía— organizó una conjura en Mérida para asesinar a su antiguo rival Másona. Pues bien, abortado el intento, aún se le ofreció a Sunna que, si abrazaba la Fe, se le mantendría en su dignidad episcopal —*et si converteretur... cum postmodum in quacumque alia civitate ordinarent Episcopum*⁵²—. Solamente su pertinaz negativa determinó entonces a Recaredo a deterrarle del reino.

50. *España Sagrada XIII*², p. 369: *De Vita Patrum Emeritensium*, 32.

51. *España Sagrada XIII*², p. 372: *De Vita Patrum Emeritensium*, 35.

52. *España Sagrada XIII*², p. 375 y ss. y 379: *De Vita Patrum Emeritensium*. El obispo Sunna y varios nobles arrianos tramaron una conspiración para asesinar a Másona. Uno de los conjurados, Witérico, reveló los planes a Másona y al duque Claudio de la Lusitania, por lo que fue perdonado. Los demás fueron aprisionados y Recaredo dictó sentencia contra

Pero los antiguos colegas de Sunna en el episcopado arriano que siguieron las huellas del Rey disfrutaron pacíficamente sus sedes, como obispos católicos. Diez años después del Concilio III de Toledo, en el Sínodo provincial de la Tarraconense reunido en Barcelona, figuran entre los presentes dos de los obispos que abjuraron el Arrianismo en el Concilio toledano: Ugnas, que lo era de Barcelona, y Froisclo de Tortosa, que seguía compartiendo la diócesis con Julián, que firmó las actas toledanas como obispo católico de la misma ciudad⁵³. Desde ahora existiría en el Reino un solo episcopado y preladados con nombres godos o romanos figuran a la cabeza de las distintas diócesis hasta el final de la Monarquía. Sin embargo, como la realidad social no evoluciona al mismo ritmo que los grandes acontecimientos externos de la historia política o religiosa, nada tendría de extraño que los obispos de raza gótica siguieran abundando más en aquellos lugares donde se concentraban gentes de su estirpe. Tal vez sea significativo que, a los pocos años de la conversión de Recaredo, dos obispados frontereros con el enclave bizantino, donde cabe presumir que habría guarniciones y acantonamientos militares, las diócesis de Játiva y Elvira, tuviesen a su frente a los obispos Motto y Baddo, de indudable ascendencia gótica⁵⁴. Eran, sin duda, obispos católicos, porque católica era ya la minoría dominante visigótica. Pero eran a la vez godos, es decir, de la misma raza y ambiente, con la misma mentalidad y tradiciones que los *milites* estacionados en las tierras de sus respectivas diócesis. Es posible que el estudio de las series episcopales españolas durante la Monarquía católica pudiera arrojar alguna luz sobre la distribución de los núcleos de población visigoda, y, en general, sobre la "sociología religiosa" de la Península.

JOSÉ ORLANDIS

ellos: «42 — Rex ... talem dedit sententiam: Ut cuncti, omnibus patrimoniis vel honoribus privati, exilio multis vinculis ferreis constricti mitterentur; Sunnam vero pseudoepiscopum exhortarentur converti ad fidem catholicam; et si converteretur ... eum postmodum in quacumque alia civitate ordinarent Episcopum». Sunna rehusó convertirse al Catolicismo y marchó desterrado a la Mauritania.

53. VIVES: *Concilios*, pp. 160-61; concilio de Barcelona II, a. 599.

54. VIVES: *Concilios*, p. 157; concilio de Toledo del año 597.

TRAICION Y ALEVOSIA EN LA ALTA EDAD MEDIA

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento del problema. II. Aportaciones de los investigadores. III. Los datos de las fuentes y su posible interpretación.

I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las fuentes jurídicas alto-medievales de León y de Castilla se emplean los términos «traidor», «alevoso», «aleve», para designar a los autores de ciertos delitos. También, aunque con menos frecuencia, se utilizan las voces «traición», «alevosía», «aleve», para referirse al delito mismo ¹. En las correspondientes a Cataluña, Navarra y Aragón «alevosía», «aleve» y «alevoso» no se usan, salvo en algún caso aislado, que por tanto tendría carácter excepcional.

«Traidor» es una palabra de comprobado e indiscutible origen latino, no sólo en cuanto a su forma, sino también en cuanto a su significado. En efecto, la palabra latina «traditor» ya significaba en una de sus acepciones «traidor».

«Alevoso», «aleve», etc., tiene en cambio un origen más dudoso. Y por ello, esta cuestión ha preocupado a los especialistas, sin que hayan llegado a dar una solución aceptada por todos ellos.

El Diccionario de la Real Academia, hasta su doceava edición (1884), dio a «aleve» una etimología latina —del lat. «allevare», «alzarse», «levantarse», «engreirse»—. A partir de la

1. En el presente estudio se utiliza el término «delito» con un sentido muy amplio, válido por tanto para englobar a toda clase de infracciones penales, sea cual sea la importancia y gravedad de las mismas. Y, como es natural, con la misma amplia significación se emplea la voz «delincuente».

treceava edición (1899), presenta una etimología germánica, que se ha venido repitiendo ya de forma invariable en las ediciones posteriores —del gótico «levian», «hacer traición»; y del anglosajón «laeva», «traidor»², y que asimismo ha sido incluida en el Diccionario histórico de la Lengua española³.

Gamillscheg sostiene que «aleve» y su derivado «alevoso» tienen su origen en el gótico «at-lêweis», «traidor», y que «alevosía» procede del correspondiente sustantivo «at-leweins», «traición», señalando que las indicadas derivaciones de las voces germánicas sólo se encuentran documentadas en la Península Ibérica⁴. Reinhart, también se ha ocupado de esta cuestión, pero sigue a Gamillscheg sin hacer aportaciones originales⁵.

Corominas discute en su Diccionario crítico-etimológico la etimología gótica, con un extenso y detallado razonamiento, y en su lugar defiende —siguiendo a Vieira y Spitzer— la etimología árabe. Según Corominas «aleve» procede del árabe «aib», que significa «vicio», «defecto», «acción culpable»⁶.

2. Esta nueva etimología aparecida en la 13.^a ed. debió recogerse de la obra de F. DÍEZ: *Etymologisches Wörterbuch der romanischen Sprache*, 5.^a ed. (Bonn, 1887).

3. *Diccionario histórico de la Lengua Española*. Tomo I (Madrid, 1933).

4. ERNST GAMILLSCHEG: *Romania Germánica*. Tomo I (Berlín, 1934), página 383. Idem: *Historia lingüística de los visigodos*. «Rev. Filol. española», 19 (1932), págs. 117-150 y 229-260, y en especial, págs. 234-235.

5. WM. REINHART: *El elemento germánico en la lengua española*. «Rev. Filol. española», 30 (1946), págs. 295-309, y especialmente, 305 y 307. Idem: *La tradición visigoda en el nacimiento de Castilla. Estudios dedicados a Menéndez Pidal*, tomo I (Madrid, 1950), págs. 535-554, y en especial, 550-551.

6. J. COROMINAS: *Diccionario crítico-etimológico de la lengua castellana*. Vol. I (Madrid, 1954), págs. 108-109. No es posible reproducir aquí todas las disquisiciones de Corominas, pero hay un punto en el que es oportuno hacer una observación: cuando dice que el golpe de gracia a la teoría de Gamillscheg se lo da el hecho de que en *Fuero Real* aparece la forma «alep», y que esta forma exige una -b originaria, que sólo se encuentra en «aib», pues el paralelismo novem-nuef y nief-niven, prueba que «at-lêweins» sólo hubiera podido dar «alef», que según Corominas no existe. La observación es, que «alef» sí existe. Así en *F. Soria* 491: «Todo omne que matare a otro a traicion o a aleff, ssea arrastrado e

Para conocer la vida inmediata posterior de estos vocablos los mencionados Diccionario histórico y Diccionario crítico-etimológico son de muy escasa utilidad, por recoger como más antiguas referencias las de muy avanzada la Edad Media, y además, por la casi absoluta exclusión de las fuentes jurídicas⁷. Corominas sólo cita una fuente de esta naturaleza, el Fuero Juzgo, y precisamente para dar la primera documentación conocida de «aleve»: «aquellos azotes le sean aleve por que non testigue jamás»⁸. Como se verá a lo largo de este trabajo, existen referencias anteriores.

Finalmente, hay que señalar que nadie se ha preocupado de poner en relación la frecuencia posterior de «aleve», «alevosía», etcétera, en determinadas zonas, con el problema de su posible origen⁹.

En resumen, «traidor» y «aleve» son dos palabras con distinto

enforcado por ello...»; *F. Alcalá* 70: «Toda mulier que marido oviere a bendiciones hi aleph le ficiere con otro ome...»; *F. Brihuega* 48: «Por ome que falle su mugier haciendo aleph. Todo ome que fallare su mugier haciendo aleph con otro...» Aunque efectivamente esta no es la única razón que da Corominas contra el origen germánico, es desde luego, una de las más importantes y su anulación es digna de ser tenida en cuenta.

7. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Cantar del Mio Cid*, II³. (Vocab.) (Madrid, 1954), págs. 450-451. Aquí el autor también se caracteriza por dar referencias tardías, pero, en cambio, presta mayor atención a los textos de índole jurídica, como *F. Avilés*, *F. Real*, *Partidas*, etc. No se plantea ningún problema etimológico, aceptando la etimología que da el Diccionario de la Real Academia.

8. Aunque Corominas no lo dice, esta referencia está tomada de *Los Códigos Españoles*. Tomo I (Madrid, 1847), pág. 119, nota 2, donde se reproduce una ley extravagante que reviste dos formas, siendo la segunda de ellas —que sólo aparece en el manuscrito Malp. 2— la que interesa aquí: «Tod omne que su alma matare, o perdiere por periurio, e se viere reuessado, o acoytado, e negare la verdad que sabe, y el alcalde lo sopiere por cierto, fagal recibir C azotes, e non sea más recebido en testimonio; e aquellos azotes le sean «aleve» porque non testigue iamas...» Esta ley es versión un tanto libre de la *Extrav. Antiqua*, 2, 4, 14: «... et centum flegella suscipiat et statim sic notam infamie incurrat, ut postea ei testificari non liceat» (Ed. ZEUMER, M. G. H. *Leg. Vis.* Tomo I, 1902).

9. Como más adelante se verá, la mayor frecuencia de estas voces en el noroeste de la Península, puede servir de argumento para defender el origen germánico de las mismas.

origen, pero de igual significado, en los comienzos de su vida, si es cierta la etimología germánica. Y de distinto, pero análogo si la verdadera es la arábica.

¿Qué pasó después? Las fuentes lo dirán. Y la interpretación de esas fuentes es el objeto de este trabajo. O sea, el problema que en él se plantea y se trata de resolver es el siguiente: ¿Se utilizaron estas palabras en la esfera jurídico-penal de la Alta Edad Media sin pretender referirse a realidades diversas, o por el contrario, son empleadas con un significado y contenido específicos y distintos?

II. APORTACIONES DE LOS INVESTIGADORES

Hinojosa y Orlandis, los dos únicos investigadores, que con rigor han estudiado el derecho penal altomedieval, no han abordado directamente el tema objeto del presente estudio, pero ofrecen numerosos datos interesantes, y siempre una orientación provechosa.

Hinojosa, en su conocida e importante obra titulada «El elemento germánico en el derecho español», dedica unas páginas al estudio de los delitos que producían la pérdida general de la paz.¹⁰ Y no olvida la cuestión terminológica: así señala que las designaciones más frecuentes de los respectivos delincuentes eran las siguientes: «totius concilii inimicus», «enemigo de todo el concejo»; «incartatus», «encartado». Y asimismo las de «proditor», «traditor», «traydor y alevoso». Estas últimas denominaciones están fundadas, según Hinojosa, en que «casi» todos los hechos que producían la pérdida general de la paz eran considerados como «delitos de traición»¹¹. Es de sentir que no desarrolle esta afirmación, explicando por un lado las razones que le mueven a creer que por entonces existía un concepto de «delito de traición» y por otro cuál pensaba que sería éste. De todos modos está claro que para él la pérdida general de la paz se podía producir por otros caminos aparte de los «delitos de trai-

10. E. DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el derecho español*. Obras II (Madrid, 1955), págs. 446-452.

11. HINOJOSA: *El elemento...*, pág. 446.

ción». Respecto al empleo de la voz «alevoso» junto a la de «traidor», según aparece en los ejemplos que aporta, no dice nada. La razón de este silencio no se conoce. De los diversos textos que trae a colación, sólo hay uno donde se utilice aisladamente la denominación de «alevoso». Se trata de un texto tardío —de 1332— incluido en el Fuero Viejo¹². Pero Hinojosa no hace ninguna observación sobre esta circunstancia.

Se debe dejar constancia de que Hinojosa distribuye los delitos que causan pérdida general de la paz en dos grandes grupos: los que son infracción de un determinado deber de fidelidad —que son la mayoría— y los que constituyen una desobediencia a la autoridad judicial¹³. De esta forma se pone por primera vez de relieve la importancia que el hecho de faltar a la fidelidad debida tiene en la concepción penal medieval.

Hinojosa en su estudio sobre el Poema del Cid, al enfrentarse con algunos versos donde se utilizan los apelativos de «alevosos» y «traidores», dice simplemente que se trata de la fórmula sacramental del «riepto»¹⁴.

Orlandis ha estudiado con amplitud y profundidad el derecho penal altomedieval¹⁵. Y al ocuparse del concepto del delito, presta detenida atención a aquellos que producen la pérdida general de la paz. Pero así como Hinojosa se limitó a decir que los autores de estos delitos son llamados en las fuentes como «traidores», otras como «traidores y alevosos», otras como «encartados», etc., Orlandis los agrupa a todos con la denominación común de «traición». Así dice: «Las fuentes individualizan

12. HINOJOSA: *El elemento...*, pág. 450, nota 149. Por cierto, que aquí Hinojosa no advierte que la fecha de este texto viene dada en era hispánica, y por tanto, lo sitúa en el año 1370, en vez del 1332.

13. HINOJOSA: *El elemento...*, págs. 447-450.

14. E. DE HINOJOSA: *El Derecho en el Poema del Cid*. Obras I (Madrid, 1948), pág. 203.

15. Sus dos obras fundamentales son: J. ORLANDIS: *Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, AHDE, 16 (1945), páginas 112-192; Idem: *Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, AHDE, 18 (1947), págs. 61-165. Asimismo, son importantes y muy útiles las dos siguientes: *La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media*, AHDE, 15 (1944), págs. 107-161; *Huellas visigóticas en el derecho de la Alta Edad Media*, AHDE, 15 (1944), páginas 644-658.

con toda claridad la figura del delito de gravedad especial, al que designan incluso con una denominación propia: el término «trayción» aparece empleado con tal constancia que se revela como consagrado por el uso, hasta el punto de que no existe inconveniente en adoptarlo en nuestra terminología para expresar la figura de delito a que hacemos referencia. Ningún otro vocablo podría designarla con la precisión del que aparece en las fuentes con una generalidad significativa ¹⁶.

Es evidente que Orlandis cuando se refiere a la «constancia» del empleo del término «trayción», quiso decir «traidor», pues el primero se usa muy poco en los textos altomedievales ¹⁷. Por otro lado no se debe olvidar que no siempre las fuentes llaman «traidor» al autor de esos delitos, bien porque no les llaman de ninguna manera, o bien porque emplean otras denominaciones, como ya Hinojosa señaló, y como puede observarse fácilmente en los mismos textos que Orlandis aduce. De estas, destaca por su mayor frecuencia la de «alevoso», bien junto a la de «traidor», bien aislada. Orlandis en su estudio sobre el concepto del delito no toma en consideración este hecho. Posteriormente, cuando estudió las consecuencias del delito sí se fija en él: «Acostumbran las fuentes a emplear las denominaciones de «traydor» «alevoso» o «encartado» para designar al que ha incurrido en pérdida general de la paz» ¹⁸. De aquí y de otros pasajes de esta misma monografía parece deducirse que para él alevoso y traidor son conceptos afines ¹⁹.

16. ORLANDIS: *Sobre el concepto...*, pág. 125.

17. Alrededor de cuarenta textos presenta Orlandis en relación con el tema de la pérdida general de la paz, y sólo en uno de ellos aparece la palabra «traición»: *F. Soria* 491, y además, no aparece como sustantivo, sino en forma adverbial: «Todo ome que matare a otro a trayción...»

Igual sucede con «alevosía», aunque en realidad se usa algo más. Este empleo preferente del calificativo sobre el sustantivo correspondiente es manifestación normal de un sistema jurídico poco desarrollado, donde es difícil encontrar conceptos abstractos.

18. ORLANDIS: *Las consecuencias...*, pág. 126.

19. ORLANDIS: *Las consecuencias...*, pág. 131: «Observaremos así a continuación que un grupo de fuentes sanciona con la muerte esos mismos delitos de los «traidores» y «alevosos» —conservando incluso idéntica terminología— para los que los textos examinados antes imponían la pérdida de la paz».

III. LOS DATOS DE LAS FUENTES Y SU POSIBLE INTERPRETACION

Las fuentes ofrecen una variadísima casuística en relación con las infracciones penales denominadas «traición» y «alevosía», o cuyos autores son llamados «traidores» y «alevosos».

Como ya se advirtió al principio de este trabajo, la utilización de los términos «alevoso», «alevosía», «aleve» no es general en todos los territorios cristianos. Y que concretamente falta en el derecho catalán y en el derecho navarro-aragonés, donde se utilizan exclusivamente «traidor» y sus derivados²⁰. No cabe, pues, plantear respecto a estos territorios las interrogantes que informan el presente estudio. Si en ellos se llama «traidor» al que en otras regiones se llama «alevoso», o le califican de otra forma, o de ninguna especial, es cuestión que ahora no se pretende resolver y que será objeto de un estudio independiente. Sólo se prestará atención, por tanto, a los reinos de León y de Castilla, cuyo derecho muestra efectivamente el uso de ambas designaciones, bien de forma aislada, bien conjuntamente.

Ahora bien, dentro de esta zona no existe uniformidad en la frecuencia de su respectivo uso. El noroeste peninsular es región de predominio, con tendencia a la exclusividad, en el uso de «alevoso» y «alevosía». León y la Extremadura leonesa ofrecen una proporción casi igual en el empleo, por lo demás, frecuente, de «traidor», «alevoso» y sus derivados y asimismo presentan numerosos ejemplos de utilización conjunta, aunque hay excepciones, como es el caso del Fuero de Zamora, donde nunca aparecen «traición», ni «traidor», probablemente por su misma proximidad a la región gallega.

A continuación se presentan los casos de delitos que en los

20. El *F. Teruel* (latino) no constituye una excepción, pero en la forma romanceada aparece una vez la palabra «alevoso», como traducción de la latina «scelerosus». *F. Teruel* (latino) 174: «Quicumque latronem, vel homicidam, sive scelerosum, vel ineptum, aut incartatum, iudici superlevaverit...»; *F. Teruel* (romanceado) 180: «De cabo, qualquiere que ladron o omiçiero o alevoso o malvaz o encartado caplevará...» Esta traducción de «scelerosus» no se realiza en los fueros de la misma familia, excepto en *F. Plasencia* 226: «Todo omme que ladron, homizian, o tal omme que alevosia omme fecha sobre levare antel juez, et ante alcalde...»

textos se denominan «alevosía» o «aleve» o cuyos autores son llamados «alevosos». Para después determinar si a esos mismos delitos se les denomina en otras ocasiones «traición», o a sus autores «traidores» o «traidores y alevosos».

A) DELITOS LLAMADOS «ALEVOSÍA» O «ALEVE» O CUYOS AUTORES SON LLAMADOS «ALEVOSOS».

1. *Causar heridas u otro daño en la persona, cuando se ha dado fianza de salvo o treguas.*—Este supuesto es de los más interesantes, pues permite observar la existencia —no en todas partes, claro está—, de una bastante nítida distinción entre traidor y alevoso. En efecto, uno de los casos típicos de traición, reconocido como tal en las fuentes con una generalidad casi absoluta, es el homicidio realizado bajo fianza de salvo o después de haberse establecido treguas. Aparece así una precisa gradación entre el que mata en estas especiales condiciones, que es traidor y el que dentro del mismo régimen, sólo produce heridas u otro daño, que es alevoso.

Los ejemplos más relevantes aparecen en textos de León (*FZamora* 85, *FAlba de Tormes* 17)²¹ y de la Extremadura leonesa (*FCoria* 40, 372)²². En el *Fuero de Escalona* (Toledo) tam-

21. *F. Zamora* 85: «Otrossi todo omne que demandar tregua a otro omne de que se tema, delela luego fasta que vayan ante los iuyzes pora fazer quanto ellos mandaren por derecho sobre aquello quel demanda la tregua. Ese la dar non quisier, peche X mr., e depues, se sobrelo lo ferrir, sea aleyvoso por elo».

22. Siendo *F. Coria* parte de una familia de fueros íntimamente relacionados (*Costumes e foros de Alfaiates, Idem de Castel Rodrigo, Idem de Castello-Melhor, Idem de Castello-Bonn, Fuero de Cáceres, Fuero de Usagre*), sólo se citarán los párrafos de este fuero o los del de Usagre cuando este presente alguna particularidad notable. La correspondencia con los demás podrá verse en *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico*, por J. MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO (Madrid, 1949), páginas CCVII-CCLXVII.

F. Coria 40: «Qui ferir o mesar a vezino sobre salva fee o livores fezier, peche C maravedis, el querelloso reçiba la meatad e los alcaldes e los VI la otra meatad. E asaquenlo por alevoso del conçejo...» *F. Coria* 372: «... e si lo ferier sobre salva fe, peche la calonna doblada e vaya por alevoso del conçejo e del querelloso, e estos fiadores que levaron la salva fe pechen el aver».

bién es alevoso el que hiere sobre fianza de salvo²³. En el párrafo del Fuero de Alba 17 se incluyen los dos supuestos, de muerte y de heridas existiendo fianza de salvo, quedando diferenciadas perfectamente las consecuencias de uno y otro hecho: «e si lo matare, peche DC moravedis, e sea traydor e alevoso... e fueren esquerir e falaren esquisa que lo firio o que lo messo, pechen los fiadores CCC moravedis, e sea alevoso».

Un fuero castellano —el de Soria— que en general refleja una fase de superior desarrollo del derecho local, parece no admitir esta gradación: «493. Otrossi ssea dado por traydor... qui ffiriere o matare a otro sobre tregua o sobre ffiadores de salvo»; «494...cayaquel es traydor e mereçe la pena qui quebranta la tregua». La postura del FSoria sólo es explicable como manifestación de una tendencia a reforzar el valor y la fuerza de las situaciones de seguridad garantizada. Y desde luego es excepcional frente a los numerosos textos que presentan este tipo de traición, ya que ellos sólo admiten el caso de muerte.

2. *Determinadas infracciones de carácter administrativo, judicial y fiscal.*—Entre ellas se debe distinguir las realizadas por las autoridades y por los oficiales municipales en relación con la gestión de su cargo y las que cometen los particulares. La denominación de «alevosos» para los que cometen todas estas infracciones se limita también a León y a la Extremadura leonesa, con algunos casos aislados en Castilla. En general se trata de infracciones relativamente poco graves y por ello, como ya se comprobará al examinar los casos típicos de traición, no se consideran en ningún texto como tales. Pero sí en cambio como «traición y alevosía». Esta cuestión se aborda más adelante, pero ahora se puede afirmar ya, que es posible que esta anomalía sea una manifestación de una política enérgica para remozar en algún momento de la historia del respectivo municipio, sus instituciones locales en fase de descomposición.

La casuística es muy grande en este tipo de infracciones:

23. *Fuero de Escalona* (MUÑOZ: *Colec.*, pág. 40): «... e si quisiere fuera de el termino exiir dé fiadores, que non faga mal en Escalona, ni en so término, ni a so contendor, ni a home de Escalona, ni en so termino; e si lo firiere el sea alevoso, e los fiadores pechen la caloña y el daño...»

percepción indebidamente hecha, de determinadas prestaciones, penas pecuniarias, etc. (*FAlba de Tormes* 146, *FMolina*, pág 90, *FSalamanca* 335, *Plasencia* 170, *FMadrid* 115, *FUsagre* 272); ²⁴ falsedad de los alcaldes, mayordomos, escribanos, etc., y asimismo el tolerarla por los oficiales y demás miembros del concejo municipal que no la cometen (*FCoria* 194, 384, *FPlasencia* 168); ²⁵ el no acotar los alcaldes, jueces y sus delegados como deben, excediéndose en sus atribuciones al exigir prendas sin intervención del quereloso o de los jurados, o al no devolverlas en el plazo fijado, y otras anomalías (*FSalamanca* 116, 281); ²⁶ faltar al secreto debido (*FSalamanca* 132); ²⁷ desempeñar un car-

24. *F. Usagre* 272: «Los iunteros tengan las iuntas et las alcaldas de las hermandades. Et tomen su cevada et sus vibdas, et sus treguas, et si mas tomaren, excan per alevosos del portiello...» *F. Molina* (pág. 90): «Todo alcalde que dineros tomare de mientre que en el alcaldía fuere, salvo las calonnas que a el pertenecen, por algun juyzio o por alguna querella, si provadol fuere, salga ende por alevoso et por prejuizio de mas, peche cient maravedis»; *F. Salamanca* 335: «El ioyz non pida carneros perlas aldeas, ni coma, si non sobre su calona. Si comiere, ysca por alevoso e por periurado e por menos valiente». *F. Alba de Tormes* 146: «Los alcaldes del conceyo, en aquella su alcaldía metan iurados bonos omnes de las aldeas por guarda de ladrones e de sobervios; e non tomen de ellos nenguna cosa por iuradia de aquel anno, fueras si fizieren otras cosas por que. E si lo tomaren, sean alevosos por ello, e pechen L moravedis al castiello si provado fuere por verdat». *F. Plasencia* 170: «... Et si aquellos mayordomos alguna compostura con algunos fizieren ho alguna cosa tomaren sin alcalde, exean por alevosos del portiello, et pechen XX mrs...». *F. Madrid* 115: «... e esta calonia coiala un jurado e uno alcalde e uno fiador; e si por mengua destos coiedores lo perdiere el conceio, salgan por alevosos del portiello e pechen esto...»

25. *F. Coria* 194: «... Alcaldes, e seis e mayordomos, si en falseria los fallaren, pierdan el portiello e salgan del portiello por alevosos. Et quantos asi fallados fueren, tantos ixcan. E si los otros no los ecahren, ellos todos ixcan por alevosos...». *F. Coria* 384: «E el ochavero que fallaren en falseria, peche X maravedis al concejo e ixca por alevoso...» *E. Plasencia* 168: «Si el escrivano de falsedat o de alevosia vencido fuere peche L mrs. et exea por malo et por alevoso...»

26. *F. Salamanca* 116: «... E si por al acotaren que meta bestia, cayales enperjurio a las iusticias, e yscan de portiello por periurados e por alevosos...» *F. Salamanca* 281: «... E estos andadores non prinden se non por calona fecha; en as aldeas non prinden se non con el iurado o con vezino. E si por al prindaren, tresquilen lo en conceyo, e ysca por alevoso...»

go concejil, cuando se ha establecido incompatibilidad (*FUsagre* 335); ²⁸ dar un juicio indebido en ciertos casos (*FCoria* 286, *FSalamanca* 51, *FPárrega*); ²⁹ alcanzar juzgado o alcadía sin mandado del concejo (*FUsagre* 195); ³⁰ establecer relaciones privadas al margen de las oficiales (*FUsagre* 197, *FPlasencia*, 170), ³¹ etc.

Entre las realizadas por particulares se pueden citar los siguientes ejemplos: *FAlcalá de Henares* 183, *FSalamanca* 227, *FCoria* 359 ³².

27. *F. Salamanca* 132: «El escrivano iure con conceyo, que derecho sea a conceyo; e ela poridade que odiere alcaldes e a iurados por proe de conceyo, que ben la tenga; e si la non tovier, salga ende por alevoso».

28. *F. Usagre* 335: «Tod omme que fuere manpostero, non sea mas de I anno, et non tome otro portiello. Et si otro portiello tovier, exca por alevoso et derribenle las casas...»

29. *F. Coria* 286: «Todo christiano que aver dier a renuevo, sea escomungado. El alcalde que lo juzgar a dar, sea perjuro e nol preste. E si ge lo pudieran testiguar con tres omes bonos que lo juzgo a dar, salga el alcalde del portiello por alevoso». *F. Salamanca* 51: «Toda aldea que sobre otra aldea se levantara con armas o la derrompiere, peche D soldos, si les firmaren; e si firma non ovieren, iuren VI de la aldea, quales tomaren los rancurosos, e non pechen. E el alcalde que otro ioyzio iulgare, sea alevoso e periurado». *F. Párrega* (J. GONZÁLEZ: *Aportación de fueros castellano-leoneses*, AHDE, 16 (1945), págs. 653-654): «Et qui ille disturbare voluerit perdat corpus et aver et alcaldes provideant ipsam terram et si per illos remanserit ipsi erunt aleivosi et peiurati et si concilium illi ad dirēctum faciendum adiuvare noluerit erit peiurus et alevosus...»

30. *F. Usagre* 195: «Tod omme que alcaldia o iudgado acceperit sine mandato de conceio et per so sexmo, exca por alevoso de conceio et derribenle las casas...»

31. *F. Usagre* 197: «Los alcaldes non fagan amizad nin iuramento con otros omes de conceio; et qui la fiziere sea periuro e alevoso. Otro si los mayordomos e los vozeros». *F. Plasencia* 170 (vid. nota 24).

32. *F. Alcalá de Henares* 183: «Todo ome de Alcalá que comprare iudgado o alcaldia o fiaduria o iuradia, sea periurado e alevos provado...» *F. Salamanca* 227: «Todo pecho que por conceyo de Salamanca es dado, nolo conpre nadie; e si lo conpre, pora assi mismo o pora otro, peche C moravedis, e derriben le las casas e ysca por alevoso». *F. Coria* 359: «Todo ome que juicio ovier, no se avenga con los alcaldes, e si se avernien, sea aleboso, salvo por sus calonnas...»

3. *Organizar bandos, tumultos, riñas, etc.*—En este grupo de infracciones se observa, que aún manteniendo la denominación de «alevosos» para los infractores, las penas son mayores. Y así se imponen unas veces, crecidas penas pecuniarias, o la confiscación de todos los bienes, o la destrucción de la casa, e incluso la pena de muerte en la horca. Esto es una prueba más de que «alevoso» tiene, por lo común, un sentido genérico, englobando a muchos tipos de delincuentes. Los ejemplos más significativos son *FCoria* 6, *FPlasencia* 536, y *FLedesma* 372³³.

4. *Adulterio de la mujer.*—Se menciona este delito en varios fueros, abarcando una extensa zona de León y de Castilla. En todos ellos se emplea la misma palabra para referirse al adulterio de la mujer casada: «aleve», «hacer aleve». De una forma más o menos clara parece existir cierta relación entre ellos. Por lo pronto, ya es notable que en todos se denomine al delito y no se califique a la mujer (*FAlcalá de Henares* 70, *FSalamanca* 326, *FCoria* 317)³⁴. En dos textos se presenta el caso de que la mujer sea sorprendida «in fraganti» (*FBrihuega* 48, *FSepúlveda* 73)³⁵.

33. *F. Coria* 6: «... que nengun ome de Coria que vando hizier ho a vando se llamare, sino al cuerpo del Rey, saquenlo por alevoso del rey e del conçejo, e derribenle las casas, e pierda quanto ovier, e tomenlo los omes del conçejo e metanlo en el castiello». *F. Plasencia* 536: «Todo omme aldeano o cibdadano que conceio sin mandado del iuez o del alcalde fiziere, a desonrramiento del sennor, o de otro qual se quier, o algun bando sobre conceio fiziere peche CCCC mrs. et todos quantos que en el conceio, o en el conseio fueren consentientes de queles iuez o alcaldes pudieren saber, assi pechen como aquel que alevosia fiziere». *F. Ledesma* 372: «Quien confraria fizier a danno de Ledesma, e la villa bolvir o buelta fizier en lla villa o en el termino, onde alcalldes sobieren verdade, prendanlos; e los alcalldes enforquenlos como alevosos; e si lo negaren e firmas non ovieren, iure cada uno con XII vizinos».

34. *F. Alcalá de Henares* 70: «Toda mulier que marido oviere a bendiciones hi aleph le ficiere con otro ome e provado fuere con tres de sos parientes dela, si la matare so marido, non peche los cotos ni esca enemigo». *F. Salamanca* 326: «Toda muyer que presa for por aleve que faga e iusticiada for, el marido aya sus bonos». *F. Coria* 317: «Quí sospecha ovier a su mugier que ella le faz aleve, salvese con XII vezinos...»

35. *F. Brihuega* 48: «Todo omme que fallare su mugier haciendo aleph con otro: si los matare: no peche nada. Et si matare el uno et firiere al otro no peche nada ni salca por enemigo. Et si matare al uno et

5. *Distintas forma de homicidio.*— Se incluyen aquí una serie de casos de homicidio, generalmente con una sola documentación cada uno. Casi todos aparecen en el *FZamora*. Este fuero —como ya se advirtió— se caracteriza por no utilizar nunca los términos «traidor» y «traición». Por ello no es de extrañar que en él «alevoso» se refiera a veces a delincuentes muy próximos al concepto de traidor. Esta particularidad del *FZamora* posiblemente guarda relación con el uso frecuente de «alevosía» en toda la región gallega, como más adelante se verá ³⁶.

6. *Infracciones variadas.*—Se incluyen aquí varios tipos de infracciones sin relación entre sí como son: testimoniar o jurar en falso (*FCoria* 112, 223, 307) ³⁷; hacerse vasallo del señor de la ciudad (*FPárrega*) ³⁸; no ayudar a un vecino atacado por un

no al otro: peche C et VIII morabetinos et salca enemigo por siempre. Et si matare al uno es le fuere el otro: iure con VI bezinos que le fuxo et no lo pudo alcanzar: no peche nada ni salca por enemigo». *F. Sepúlveda* 73: «Si parientes a parienta, o marido a muger, fallaren faziendo aleve e mataren a el e a ella, iurando con doze, seis parientes, e cinco vezinos, e él el sesmo, que por aleve que les fazien los mataron, non pechen por ende ninguna calonna, nin salga (n) por enemigos. Et si el uno mataren e el otro non, pechen las calonnas, et vayan por enemigos por siempre a amor de sus parientes». Vid. R. GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico*. (Segovia, 1953), pág. 502.

36. *F. Zamora* 19, 62, 69 y 84.

F. Milmanda (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 126, pág. 181): «In Milmanda et in circuiti per unam leugam vicinus non occidat alium vicinum, quamvis sit eius homicida. Et si occiderit, moriatur pro eo et perdat quantum habuerit, et si inde evaserit sit alevosus et perdat quantum habuerit».

37. *F. Coria* 112: «... e si los adalides o la conpanna les provaren que mentira firmaron, tresquilenlos, e ixcan por alevosos...» *F. Coria* 223: «Ningun ome que demandar aver, ho heredade, ho qual cosa se quier, de ese es la firma. E si pesquisa dier el otro que mentira firmo, non le preste e salgan por alevosos los que firmaren, e fagan dellos justia...» *F. Coria* 307: «Todo ome que mentira jurare ho firmare, e sobrel fallaren los alcaldes e los jurados pesquisa, tresquilenlo fasta la meatad, e salga por alevoso de conçeio, e non aya mas portiello ni firme».

38. *F. Párrega*: «... et mandamus ut nemo vicinus de Parrega non sit vasallus de aliquo homine nisi de rege... et si aliter fecerit sit aleivosus et perdat quantum habuerit...»

extraño a la ciudad (*FBonoburgo de Caldelas*)³⁹; dormirse estando de centinela (*FCoria 112*)⁴⁰, etc.

Como se ve, la casuística es interminable.

7. «*Alevosía*».—En una serie de documentos correspondientes a la región gallega, se menciona el delito de «aleyvosia», o se habla de «aleyvosos». Estos documentos son, fueros, cartas de población, concesiones de inmunidad. Y sus otorgantes lo son monasterios, obispos, el rey. En todos ellos el concedente se reserva, bien de forma plena, bien de forma limitada, su derecho a percibir las penas pecuniarias derivadas de diversos delitos⁴¹. En los documentos emanados de monasterios y obispados, estos delitos son ordinariamente los siguientes: «furtum», «aleyvosia», «rousus» y «homicidium». En los documentos reales se añade el delito de quebrantamiento de camino, sustituyendo, aunque no siempre, al «homicidium»⁴².

39. *F. Bonoburgo de Caldelas* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 523, página 627): «... se alguun omne mal se over contra omnes do burgo, e in na villa quiser intrar, seforça ou alguun mal començar, todos seus vicinos succurram a sed vicino cum espada e cum lança. Et quien vicino non adiuudar, seya aleyvoso per lo foro de Allariz...»

40. *F. Coria 112*: «... atalaero ho otro o el que estodier en la vela, ho en atalaya, e lo fallaren dormiendo, tresquilenlo e ixca por alevoso...»

41. C. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *La potestad real y los señoríos en Asturias, León y Castilla. Siglos VIII al XIII*. R. A. B. M., 31 (1914), páginas 263-290, y en especial, 283-284.

42. *Fuero de Monte Rua* (HINOJOSA: *Documentos...*, 96, pág. 155): «2. Et de rauso et de omicidio et de furto et de aleyvosia, dabunt nobis episcopo et sucesoribus nostris tertiam partem...» *Carta de población de Granja de Villarente* (E. SÁEZ: *Cartas de población del Monasterio de Meira*, AHDE, 14 (1942-43), pág. 510): «... Et illas quatuor voces, scilicet, homicidium, aleivosiam, rousum, et furtum debent tirare, de quibus dare debent medietatem monasterio, alteram medietaten dare consilio...» *Inmunidad del Monasterio de Ribas del Sil* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, tomo II Madrid, 1944, doc. 327, pág. 431): «... Mando etiam firmiter et defendo quod maiorinus non intret ad aliquam vocem in hereditatibus ipsius monasterii que sunt extra cautum, nisi ad IIII^{or} causas videlicet, ad latronem scriptum, ad aleyvosiam, et rausum, et caminum ruptum, et de istis quattuor vocibus habeat monasterium medietatem de avere et maiorinus meus aliam medietatem et faciat ibi suam iusticiam». *Fuero de Lobeira* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 547, pág. 647): «... e que esos pobladores y las heredades dellos sean libres y quitas de todo otro mi fuero, sacando de estas cinco bozes, conviene a saber, de aleiboso, y de

No hay duda de que «aleyvosía» y «aleivoso», tal como aparecen en los indicados documentos no son una forma genérica utilizada para englobar delitos variados de distinta gravedad, como ha venido ocurriendo hasta ahora con «alevosos» en la larga serie de infracciones examinadas. Ahora, junto a un grupo de delitos graves y perfectamente individualizados se encuentra otro: «aleyvosía». Lógicamente hay que pensar que este delito tendrá análogas características en cuanto a gravedad y naturaleza definida. ¿Equivaldrá aquí «aleyvosía» a traición? Pero es conveniente, antes de seguir haciendo consideraciones al respecto, indicar los casos más importantes de traición en los textos castellano-leoneses y dar asimismo un concepto de delito de traición.

B) DELITOS LLAMADOS «TRAICIÓN», O CUYOS AUTORES SON LLAMADOS «TRAIDORES».

La relación que sigue coincide en muchos puntos con la que ofrece Orlandis en su monografía sobre el concepto del delito. Ahora bien, hay también algunas diferencias, que obedecen al distinto planteamiento que se ha hecho del problema. Orlandis partió para su construcción de la figura delictiva de traición, de las consecuencias del delito. Y así agrupó a los que producen pérdida general de la paz, y luego, basándose en que la designación más frecuente para estos delitos, es la de «traición», tituló

forçador de muger, y de camino quebrantado, y de ladron escripto y de omeçida...»

Otros documentos de análogo contenido son los siguientes: *Contrato de foro otorgado entre el Obispo de Mondoñedo, Munio y los pobladores de Santa María de Seseiz* (HINOJOSA: *Documentos...*, doc. 109, pág. 178); *Fuero de Pignero (Monasterio de Lorenzana)* (HINOJOSA: *Documentos...*, doc. 93, pág. 150); *Carta de población de Villanova de Archay y de Albare* (E. SÁEZ: *Cartas de población...*, pág. 505); *Carta de población de Vilar de Arcavy* (E. SÁEZ: *Cartas de población...*, pág. 509); *Confirmación al monasterio de Osera en sus cotos* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX, II*, doc. 589, pág. 684); *Concesión a la Iglesia de Orense de ciertos derechos* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX, II*, doc. 532, pág. 635); *Inmunidad del monasterio de Sobrado de Trives* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX, II*, doc. 522, página 623); *Inmunidad de Oya* (J. GONZÁLEZ: *Alfonso IX, II*, doc. 497, página 600); etc., etc.

a todo el grupo así ⁴³. No se atendió, pues, a la naturaleza intrínseca del delito, sino a sus resultados. Y así puede darse el caso de que considere delito de traición a uno que no lo es en realidad, aunque dé lugar a la pérdida general de la paz, como es —por ejemplo— el homicidio con premeditación ⁴⁴. Y

43. Que Orlandis considera el concepto de «traición» como correlativo de «pérdida general de la paz», se advierte ya en sus obras, *La paz de la casa...*, pág. 114 y *Huellas visigóticas...*, págs. 656-657. Pero esta idea la desarrolla en *Sobre el concepto del delito...*, págs. 125 y ss., y sigue manteniéndola en *Las consecuencias...*, págs. 126-139.

44. Sobre los textos que Orlandis (*Sobre el concepto...*, págs. 133-139) aporta en relación con la premeditación, hay que hacer las siguientes observaciones: *F. Zamora* 17 y *F. Brihuega* 46 se refieren efectivamente al homicidio hecho «conseyeramiento». Pero no se ve muy claro que ese sea un delito de traición. Orlandis lo afirma basándose en que la pena que ahí se impone es la misma de los delitos de traición. Después recoge un fragmento de las *Costumbres y fueros de Guarda* y su paralelo, *F. Salamanca* 14, que también aluden a la premeditación. Pero tampoco se ve fácilmente que el homicidio realizado con esa circunstancia sea un caso de traición. Lo que sí está claro en esos textos es el siguiente supuesto: si una persona piensa matar a otra y se descubre su intención y se le obliga a jurar que no lo hará, si a pesar del juramento lo hace, será traidor.

Finalmente, Orlandis ofrece otros dos textos. Se trata de *F. Salamanca* 1 y *F. Ledesma* 4. El primero dice entre otras cosas lo siguiente: «si se pudier salvar... que no lo mato por conseyo ne por traicion, mas por baraya que le avino en aquella ora... e si se non pudier salvar, salga de la villa por traydor...». Nada autoriza a separar «conceyo» de «traycion» y a suponer que se es «traydor» indistintamente si se mata «por conceyo» que si se mata «por traycion». Más lógico es pensar que estas dos circunstancias actúan conjuntamente, y que lo que da la nota de «traydor» para el delincuente es principalmente el hecho de matar «por traycion». Ahora bien, *F. Ledesma* 4 parece echar por tierra lo que se acaba de decir, porque este párrafo está redactado así: «si se podier salvar... que no lo mato por conseyo, se por baraya que a ellos viono aquella ora... e si se non podier salva, ixca de la villa por traedor...». Como se ve, aquí no aparece «por traycion», y por tanto, parece indudable que según este texto, se es «traydor» por matar «por conseyo». Pero hay que tener en cuenta un dato muy importante: del *F. Ledesma* sólo se conoce un manuscrito, que es copia, a veces literal del *F. Salamanca*. En cambio, de éste se conservan tres, y en los tres se encuentran las dos circunstancias: A: «... por conseyo ne por traicion». B: «... por conseio ny por traicion...»; C: «... por conseio nen por traycion...». Hay que concluir por fuerza que el texto del *F. Ledesma* 4 resulta en este

a la inversa, puede omitir en el grupo de delitos de traición, a traiciones típicas, como son todos los delitos que se pueden englobar en la designación general de delitos contra la seguridad del reino y delitos contra el rey, etc., por la sencilla razón de que en las fuentes, bien por tardías, bien por inspirarse en estos casos en el derecho visigodo, bien por otras razones, no se alude a pérdida general de la paz ⁴⁵.

Aquí se ha seguido un criterio distinto: se ha prescindido de las consecuencias del delito, o en todo caso sólo se las ha utilizado como criterio orientador para aclarar los textos dudosos, y se ha considerado como delito de traición tan sólo al que así es llamado en las fuentes, y también a aquéllos de la misma naturaleza, cuyos autores son llamados «traidores y alevosos» o viceversa ⁴⁶, o que no son llamados de ninguna manera especial.

Hay, pues, traición, en los casos siguientes:

Delitos contra la seguridad del reino y contra el rey ⁴⁷; de-

caso de muy poco valor. Vid. *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*. Ed. de A. CASTRO y F. ONÍS, Madrid, 1916.

Orlandis, una vez admitida esta dudosa correlación entre premeditación y traición, dice que ciertos delitos, como matar al invitado, o al compañero de viaje, o al que se llamó aparte para tenerlo a solas, etc., son traición porque hay premeditación (*Sobre el concepto...*, pág. 135). En realidad, estos delitos son casos muy claros de traición, pero no porque exista premeditación, o den lugar a la pérdida general de la paz, sino porque en ellos se da la nota distintiva del delito de traición: «causar un daño al que menos lo espera», «al que está más confiado», «al amigo».

45. Vid. *Las consecuencias...*, págs. 138-139, donde a estos delitos no se les llama «traición».

46. Como se indica después, el empleo conjunto de «traidor» y de «alevoso», o viceversa, para referirse al autor de un delito, que participa de la naturaleza propia de la traición, es frecuente, y con esta designación lo único que se pretende es destacar la gravedad del delito y poner de relieve la maldad del delincuente.

47. Además de los interesantes ejemplos recogidos por Orlandis en sus dos trabajos: *Huellas visigóticas...*, págs. 647-658 y *Las consecuencias...*, págs. 133-139, se puede citar *F. Soria* 492: «Traydor es... que desereda su rey e es con conceio de desheredarle, o qui trahe castiello o villa murada». Vid. también *F. Soria* 102 y *F. Salamanca* 254.

litos relacionados con los convenios y paces entre reinos ⁴⁸; delitos contra el señor, su mujer, hijos, etc. ⁴⁹; daños a las personas rompiendo una paz especial ⁵⁰; homicidio del padre, as-

48. La documentación de Alfonso VIII de Castilla, y Alfonso IX de León contiene numerosos tratados y paces entre reinos. Y en ellos se hacen constar reiteradamente que los que no cumplen lo acordado, bien en su totalidad, bien en parte, son traidores, o traidores y alevosos. Y esta consideración no afecta solamente a las altas partes contratantes, o sea, los reyes, sino también a todos aquellos que de una forma u otra tienen algo que ver con el cumplimiento del convenio, como son, por ejemplo, los tenentes de castillos que se entregan como garantía. Vid. *Tratado entre Alfonso VIII y el rey de Aragón, 1170* (J. GONZÁLEZ: *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*, tomo II, Madrid, 1960, doc. 147, páginas 251-253); *Confederación de Alfonso VIII con el rey de Aragón contra el de Navarra, 1179* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, II, doc. 320, página 531); *Tratado de Alfonso VIII con el rey de Navarra, 1179* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, II, doc. 321, pág. 537); *Tratado de Alfonso VIII con el rey de León, 1181* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, II, doc. 362, pág. 621); *Dotación de Alfonso IX en favor de doña Bereguela, 1199* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 135, págs. 195-96); *Tratado de Cabreros, 1206* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 205, págs. 285 y 290); *Tratado de paz con Navarra, 1207* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, III, doc. 813, pág. 428); *Concesión a la reina doña Berenguela de las rentas de varias poblaciones, 1207* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 219, pág. 305); *Tratado con el rey de León, 1209* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, III, doc. 845, págs. 481 y 483); *Tratado de paz entre Alfonso VIII y Alfonso IX, 1209* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 251, págs. 342 y 344); *Paz entre Alfonso IX y Enrique I, 1216* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 337, pág. 442); *Paz entre Alfonso IX y Fernando III, 1217-1218* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 352, pág. 462); *Tratado entre Alfonso IX y Fernando III, 1218* (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 366, pág. 479).

49. *F. Brihuega* 36 y 141; *F. Fuentes de la Alcarria* (L. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, AHDE, 18 (1947), págs. 349-398); *F. Baeza* 815 y 840; *F. Cuenca* 873 y 901; *F. Heznatoraf* 785 y 803; *F. Ledesma* 320 y 369; *F. Plasencia* 404, 405 y 412; *F. Soria* 492 y 493.

50. *Alfonso VIII concede al monasterio de San Zoil de Carrión una feria en el barrio o villa de dicho Monasterio, 1169* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, II, doc. 124, pág. 212): «et quicumque ad illam feriam venerint, securi veniant postquam de domibus suis exierint cum omnibus mercaturis suis donec ibi redeant, et nullus eos in aliquo, sive pro pignore sive pro rapina sive pro inimicitia, neque pro qualibet alia causa illos tangere audeat; et qui hoc facere presumpserit, tanquam proditor et interfector domini sui reus habeatur et iudicetur, et nullus eum in toto regno meo receptare vel defendere audeat». *Decretos de Alfonso IX en las Cortes*

cendientes, colaterales, etc.⁵¹; homicidio existiendo fianza de salvo, treguas, o alguna seguridad garantizada⁵²; homicidio después de la reconciliación con el «inimicus»⁵³; homicidio de personas allegadas⁵⁴; homicidio «a traición»⁵⁵.

En ciertos casos las fuentes consideran como traición ciertos homicidios que ordinariamente no lo son⁵⁶. Quizás circuns-

de León de 1188: «Juravi etiam quod ego, nec aliquis, ad domum alicuius per vim vadat... et si forte dominum vel dominam domus occiderit sit alevosus et traditor...»

51. *F. Brihuega* 61; *F. Soria* 493: «Otrossi ssea dado por traydor qui matare su padre o su madre o dent arriba, como avuelo o visavuelo, o qui matare su hermano...»

52. *F. Salamanca* 14, 24 y 29; *F. Alba de Tormes* 14 y 17; *F. Plasencia* 374, 375 y 377; *F. Brihuega* 40; *F. Guadalajara* 72; *F. Madrid* 12, 110; *F. Medinaceli* (MUÑOZ: *Colec.* pág. 436); *F. Béjar* 481 y 483; *F. Baeza* 388; *F. Cuenca* 413; *F. Heznatoraf* 388; *F. Soria* 493 y 494.

53. *F. Salamanca* 6; *F. Alba de Tormes* 52; *F. Plasencia* 374; *F. Brihuega* 26; *F. Guadalajara* 70; *F. Molina* (pág. 124); *F. Soria* 493.

54. *F. Brihuega* 46: «Tod omme que combidare a otro a su casa a comer: o beber: o a conceio, si lo matare muera por ello, et si aver no lo pudieren, vaya por traydor...» *Idem* 47: «Todo compannero que vaya en carrera con otro *fiando el uno en el otro*, si lo matare si no fuere sobre varaia, muera por ello, et si aver no lo pudieren, vaya por traidor...» Vid. *F. Soria* 510.

55. En los textos suele aparecer la expresión «matar a traición». Aquí puede plantearse la duda de si con ella se quiere englobar a cualquier forma de muerte con las circunstancias que caracterizan el delito de traición, o si se piensa en la forma concreta de realizar la muerte, es decir, atacando por la espalda, cuando la persona está dormida, o descuidada, etc.; también es posible que se refiera tanto a un caso como a otro. *F. Alcalá* 175: «Todo ome qui vezino matare de Alcala en conceio a pregon ferido a traicion, sea iusticiado...» Vid. *F. Salamanca* 1 y 47; *F. Plasencia* 739 (texto muy tardío); *F. Soria* 491, Vid. también *Libro Fueros de Castilla* 300 y *F. Ledesma* 105.

56. Se trata de homicidios sin ninguna circunstancia especial que los agrave, o bien de homicidios sin desafío previo —siendo el desafío previo una exigencia poco frecuente— o bien de homicidios «sin baraia»; este último supuesto es resultado de una concepción muy simplista que sólo admite el homicidio con «baraia» y el realizado fuera de ella. Y, naturalmente, éste tiene la máxima gravedad. Vid. *F. Salamanca* 1; *F. Ledesma* 4; *Libro Fueros de Castilla* 225 y 258; *F. Miranda de Ebro* 34; *F. Ibrillos* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, III, doc. 952); *F. Haro* (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, III, doc. 470); *F. Salamanca* 282; *F. Párrega* (GONZÁLEZ: *Aportación fueros castellano-leoneses*, pág. 649).

tancias especiales y el deseo de cortar una frecuencia excesiva de los mismos, ha derivado en esta consideración y trato más riguroso. También aparece con carácter excepcional como traición el «deshonrar mujer ajena»⁵⁷. Y para este proceder cabe una explicación parecida.

Los traidores, como se viene observando, no son llamados así sin una razón muy justificada. Si se examina detenidamente la relación que antecede, se advierte que en todas estas infracciones hay una nota común: el delito se realiza precisamente contra aquellas personas con las que se debe tener fidelidad, respeto, amor, etc., contra aquellas que precisamente por eso, o por otras circunstancias, menos esperan el daño, la agresión de que son objeto. Es esta la esencia de la traición.

Y ahora corresponde preguntarse, ¿existe esa nota, esa idea, en los casos que se han señalado de alevosía? Probablemente sólo en los que aparecen en documentos gallegos con ese nombre⁵⁸. La idea de traición es algo muy arraigado en la mentalidad medieval penal, el delito que lleva esa nota es el delito más grave⁵⁹. Cuesta mucho creer que con el nombre de «alevosía» se pueda aludir a un delito distinto ¿cuál iba a ser? En textos leoneses coetáneos, y aún anteriores, y en algunos castellanos aparecen a menudo emparejados «traidores» y «ladrones»⁶⁰. Sólo cabe, por consiguiente, explicar esta particula-

57. *F. Ledesma* 190.

58. Y también es probable que en algunos supuestos del *F. Zamora*.

59. Para las mentalidades sencillas y primitivas tenía que aparecer, en un primer plano, como digno de reprobación y castigo todo delito, y más concretamente el homicidio, cuando el que lo cometía se prevalía de ser persona de la que la víctima no podía esperar ningún daño. Esto significaba una gran maldad, pues por un lado, la víctima estaba con la máxima confianza y, por tanto, en la mayor indefensión, y el delincuente demostraba una falta de respeto a todos los vínculos merecedores del mismo, un afán de aprovechar esa situación de indefensión, en suma, unos sentimientos muy reprobables. Por otro lado, en una sociedad organizada en gran parte a base de vínculos personales de fidelidad, donde la fe prometida, las promesas de no hacer daño, las treguas, los pactos de no agresión, etc, eran indispensables para garantizar la seguridad, que de otro modo no sería posible, es natural que se mirase como gravemente peligroso al que hacía caso omiso de toda esta clase de compromisos.

60. Vid., entre otros muchos: *F. León*, 1020 (L. VÁZQUEZ DE PARGA: *El Fuero de León*, AHDE, 15 (1944), pág. 496); *F. Guadalajara* (breve),

ridad de la región gallega y zonas próximas como una manifestación del arraigo que allí ha tenido la palabra «aleyvosía» con el significado de «traición», arraigo que los reyes leoneses respetan cuando se trata de dar normas jurídicas para personas o instituciones de esa región ⁶¹.

En los demás casos de «alevosos» no se muestra de forma tan clara esa idea de faltar a la confianza, faltar a la fe debida, propia de la traición. En realidad, en esa extensa variedad de infracciones apenas puede encontrarse una línea constante, una nota común. Por eso, es por lo que se puede afirmar que en ellos «aleyvosía», «alevoso», aluden simplemente a delito, a delincuente, a acción malvada, y al hombre que la realiza ⁶². En algún caso, quizás aliente la idea de traición, pero en un segundo plano, tal sucede con el que hiere mediando «fianza de salvo». E incluso, en el caso de la mujer adúltera, tampoco aparece exactamente la idea de traición típica.

No debe olvidarse que el significado de la voz germánica «at-lêweis» es «traidor», y el de la árabe «aib» es, entre otros, «acción culpable». Quizás ambos significados adquieran carta de naturaleza en distintas zonas, y así quizás se explique el

1133 (MUÑOZ: *Colec.*, pág. 508); *F. Fresno*, 1146 (L. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fueros leoneses inéditos*, AHDE, 6 (1929), pág. 431); *F. Sahagún*, 1152 (MUÑOZ: *Colec.* pág. 311); *F. Palencia*, 1181 (HINOJOSA: *Documentos...*, doc. 113, pág. 187); *F. Santander*, 1187 (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, II, doc. 484, pág. 835); *F. Santillana*, 1209 (GONZÁLEZ: *Alfonso VIII*, III, doc. 855, página 502); *F. Salamanca* 174.

61. Ni que decir tiene que las palabras «traición» y «traidor» no son desconocidas en el noroeste peninsular, y se usan además, con su propio significado. Vid., por ejemplo: *Fueros de los pueblos del Obispado de Compostela*, 1113 (MUÑOZ: *Colec.* págs. 405 y 407): «Proditores et latrones nemo protegere, nemo defendere praesumat... Quiquique latronem comprehenderit, eum villico terrae tradat, et quaecumque villicus ab eo abstraxerit, horum tertiam partem habeat, sic et de proditoribus». *F. Bonoburgo de Caldelas*, 1228 (GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, II, doc. 523, página 625): «Traedor provado e ladron conuçudo seyam in iuyso do meryno e do concello, e todas aquelas cousas delle seyan do señor do burgo...»

62. Aparte de los numerosos casos de «aleyvosía» recogidos en su lugar correspondiente, que son un buen ejemplo de este hecho, vid. *F. Plascencia* 382: «Por fuero mandamos que todo aquel omme matare o atra alevosia fiziere...»

apego en el noroeste, por el predominio germánico, a la significación de este origen.

Queda todavía un problema por resolver: el de la denominación conjunta de «traidor y alevoso», o viceversa.

C) DELITOS CUYOS AUTORES SON LLAMADOS «TRAIDORES Y ALEVOSOS» O VICEVERSA.

Se pueden hacer dos grupos con estos delitos:

1. Delitos típicos de traición cuyos autores son llamados «traidores y alevosos» o viceversa. Esto no ofrece problema alguno. Se trata de una superabundancia terminológica, hecha con la finalidad de destacar la gravedad del delito. Así, el autor del mismo, aparece como traidor y alevoso, es decir, como traidor y malvado, como traidor y perverso, etc. Pero la concepción del delito, que sigue siendo la de traición, no se altera.

2. Delitos típicos de alevosía (en el sentido de acción culpable, etc.). Aquí el problema es más difícil de resolver, pues no es válida la explicación que se ha dado para el caso anterior. Pues, teniendo «traidor» un significado muy específico, no es indiferente que así se llame al «alevoso», pues supone cambiar la concepción del delito, convirtiéndolo en uno mucho más grave. Sólo cabe pensar que los ejemplos que nos ofrecen los textos en este sentido, son manifestación o bien de una imprecisión extrema en el lenguaje y en los conceptos, o bien casos aislados de la política encaminada a reprimir determinadas infracciones no muy graves, pero que por su frecuencia, o por otras causas, originan graves perjuicios a la comunidad.

Los casos previstos no son, de todos modos, muy numerosos. Y además aparecen localizados en determinados puntos. En primer lugar destaca el *Fuero de Madrid*, donde se consideran «traidores y alevosos» los que realizan determinadas infracciones de carácter administrativo o económico, o al novio que en las donaciones a la novia rebasa los límites señalados en el fuero ⁶³. El *Fuero de Alba de Tormes* presenta también nume-

63. *F. Madrid* 117: «Todo omne de Madrit e de so termino non vendat corderos... e qui lo vendiere peche XX morabetinos, e estos mo-

rosos casos donde se estiman «traidores y alevosos» o viceversa a los jueces y alcaldes que cometen diversas infracciones en su gestión⁶⁴. Estos preceptos se contradicen con otros del mismo fuero y de otros fueros, mucho más numerosos en total, que sólo señalan «alevosía» en estos casos. En *Fuero de Ledesma* y *Fuero de Alhóndiga* se encuentran algunos preceptos de la misma índole⁶⁵.

JUAN GARCÍA GONZÁLEZ.

rabetinos coialos uno jurado... Et si por menga de los coiedores lo perdere el conceio, sean traidores e alevosos del conceio...» *F. Madrid* 116: «... que en ninguno tiempo del anno non mate ninguno omne pescado en fresco, e el que lo fiziere, sea alevoso e traidor al conceio». *F. Madrid* 115: «... Que todo homne que casare en Madrit con manceba, del L morabetinos pos vestidos... et el dia del desposorio non de el novio jantar ninguna; et ninguno que esto fecho quisiere quebrantar, sea alevoso e traidor del conceio de Madrit...»

64. *F. Alba de Tormes* 2: «Los alcaldes de Alba e el iuez non prendan a nenguno omne nin a nenguna muler su cuerpo, nin ninguna cosa de su aver... Essi los alcaldes e el iuez amas de esto passare sean alevosos e traydores de la real potestat e del conceyo...» Vid. párrafos 5, 6, 145 y 147.

65. *F. Ledesma* 151: «Todo pecho que es pora conceyo de Ledesma, o dado, nonlo conpre nade; e si lo conprar pora si o pora otre, peche c moravis, e ixca por traydor e por alevoso». *Idem* 104: «Et si omne ladron o soberbioso presier e lo soltar, pierda quanto ovier e ixca por traydor e alevoso; e si fur niego e non podier firmar, iure si V e ixca de calonmia». *F. Alhondiga* (HINOJOSA: *Documentos*, doc. 46, pág. 74) 36: «Nullus sit iudex nec alcaldes duos annos unum post alium, et qui esse voluerit, sit traditor et alevoso et falso ex domino et ex omni concilio».

LA DIPUTACION DE LAS CORTES DE CASTILLA (1525-1601)

SUMARIO. CAPÍTULO PRIMERO. *Cuestiones preliminares*. I. Planteamiento (números 1 y 2). II. Las Diputaciones de Cataluña, Valencia, Aragón y Navarra (números 3 a 7). III. Los orígenes de la Diputación castellana (números 8 y 9).—CAPÍTULO SEGUNDO. *Composición y funcionamiento de la Diputación*. I. Misiones y estructura (números 10 a 15). II. Participación de las ciudades en la Diputación (números 16 a 19). III. Nombramiento y gestión de los Diputados (números 20 a 26). IV. Los oficiales del Reino (números 27 a 30).—CAPÍTULO TERCERO. *La Diputación y el encabezamiento de tercias y alcabalas*. I. Cuestiones generales de la Hacienda castellana (números 31 a 34). II. Las renovaciones del encabezamiento general (números 35 a 37). III. La administración del encabezamiento: régimen legal (números 38 a 40). IV. Oposición planteada entre la Diputación y la Contaduría Mayor de Hacienda, en orden al encabezamiento general (números 41 a 44). V. Administración de la Hacienda del Reino (números 45 a 47).—CONCLUSIONES (números 48 a 50).—APÉNDICE DOCUMENTAL.

CAPÍTULO PRIMERO

CUESTIONES PRELIMINARES

I. PLANTEAMIENTO.

I. La Diputación permanente de las Cortes de Castilla es una de tantas instituciones cuya Historia está por hacer. Falta hasta

* PRINCIPALES ABREVIATURAS EMPLEADAS

A. C. C.	= Actas de las Cortes de Castilla.
A. D. A.	= Anuario de Derecho Aragonés.
A. G. S.	= Archivo General de Simancas
A. H. D. E.	= Anuario de Historia del Derecho Español.
B. R. A. H.	= Boletín de la Real Academia de la Historia.
C. L. C.	= Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla.
E. E. M. C. A.	= Estudios de la Edad Media de la Corona de Aragón.
N. R.	= Nueva Recopilación castellana (1567).
P. V.	= Revista "Príncipe de Viana".
R. E. P.	= Revista de Estudios Políticos.

la fecha una monografía dedicada al tema, y de ello se resiente a mi modo de ver la Historia jurídica castellana en varios sectores, ya que la Diputación es pieza importante para reconstruir la trayectoria de las Cortes y de la Hacienda de Castilla, a partir del siglo XVI.

El hueco es tanto más notorio cuanto que las Diputaciones de otros Reinos peninsulares —por lo menos las de Cataluña y Valencia— han sido estudiadas más o menos exhaustivamente. Es cierto que en estos Reinos su Generalidad tuvo mayor vigor y gozó de más alto prestigio que la Diputación castellana, pero también es indudable que no puede hacerse Historia sólo de las instituciones de más aparente gloria.

En el caso de la Diputación castellana resulta extraño el silencio casi completo de los historiadores. Podemos encontrar solamente breves alusiones en las obras generales de Historia del Derecho, o en los estudios sobre las Cortes. Hay una indirecta y poco clara referencia en la *Teoría de las Cortes*, de Martínez Marina; Colmeiro menciona una Petición de las de Salamanca en 1465 sobre la creación de la Diputación, así como también la Petición análoga de las Cortes de 1525; y Piskorski apunta ideas a mi juicio erróneas sobre la Diputación y el Consejo Real en el siglo XV¹. Por su parte, Riaza y García-Gallo aluden también muy de pasada a la Diputación; hay también pocos datos sobre ella en el reciente "Manual" del Prof. García Gallo². Sobre la Comisión o Cámara de Millones, en la que vino a desembocar la primitiva Diputación, pueden también reunirse algunos datos espigando aquí y allá la bibliografía³.

1. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Teoría de las Cortes*, II. Madrid, 1820, páginas 455 a 457.—COLMEIRO, M.: *Curso de Derecho Político, según la Historia de León y Castilla*, Madrid, 1873, pág. 342.—PISKORSKI, W.: *Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*, (1188 a 1520), Barcelona, 1930, traducción de Sánchez Albornoz, pág. 178 y ss.; sobre este autor volveré luego, en la nota 33.

2. RIAZA, R. y GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 537, 542 y 595.—GARCÍA-GALLO, A.: *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 406 y 448 a 449.—GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1959, página 801.

3. GARCÍA-GALLO, A., tanto en el *Curso...*, como en el *Manual...*, páginas

Obras que por su tema inciden en lo que fue tarea principal de la Diputación (la administración del encabezamiento de tercias y alcabalas) apenas la mencionan⁴; y recientes estudios de muy destacados historiadores, muy relacionados temáticamente con nuestra institución, le dedican a lo sumo alguna frase aislada⁵.

Ello es a todas luces insuficiente para poseer una idea clara acerca de su papel histórico, de su composición y funciones, de su importancia y utilidad. Mi intención es contribuir a cubrir ese hueco y ese casi general silencio sobre la Diputación castellana.

No es posible estudiar ésta desglosándola totalmente de las Cortes; por el contrario, resulta evidente la necesidad de señalar modos de obrar de las Cortes, de insistir en algunos caracteres y situaciones concretas de este organismo, sin cuyo conocimiento sería vano todo intento de comprender la Diputación. Análogamente, el estado de la Hacienda castellana en el siglo XVI y su organización son otras realidades en función de las cuales hay que entender la Diputación.

Por ello se intenta aquí un estudio que no quede limitado a la mera descripción del armazón institucional de la Diputación, sino que abarque y tenga presente el ambiente o circunstancia dentro del cual existió, su relación con otros organismos y los problemas que el funcionamiento de ella planteaba al chocar con la competencia mal delimitada de otras instituciones.

Por otra parte, se ha intentado también (aun a riesgo de incurrir en cierta prolijidad) estudiar la vida interna de la Diputación, sus entrañas, no siempre limpias por cierto. Se ha achacado a la Historia del Derecho, o más en concreto a la Historia institucional, el pecado de ocultar tras el aparato frío y abstracto de la institución

citadas en la nota anterior.—FONT RIUS, Voz: "Diputación del Reino", en el *Diccionario de Historia de España de la Revista de Occidente*.—COLMEIRO, M.: *Historia de las Cortes de León y de Castilla*, R. A. H., I, 1883, pág. 102.—DANVILA Y COLLADO, M.: *Cortes de Madrid, de 1632 a 1636, y de 1638 a 1643*, en el *B. R. A. H.*, XVI, 1890, págs. 69 a 164, y *B. R. A. H.*, XVII, págs. 273 a 320 (*Cortes de 1655 a 1658 y de 1660 a 1664*).

4. MOXO, S.: *La alcabala*, C. S. I. C., Madrid, 1964.—DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Política y Hacienda de Felipe IV*, Madrid, 1960.

5. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Concesiones de votos en Cortes a ciudades castellanas en el siglo XVII*, A. H. D. E., XXXI, pág. 185.—MODESTO ULLOA: *La Hacienda real de Castilla en el reinado de Felipe II*, Roma, 1963, pág. 115

estudiada en cada caso, "la inmediata pasión humana de sus creadores o sus usufructuarios"⁶. Quizá sea injusta esta afirmación, pues no resulta fácil compaginar el examen de los elementos institucionales (forzosamente impersonales) con el de los individuos que los viven. Pero, aun consciente de esta dificultad, he intentado mostrar los intereses personales, las ambiciones, las deficiencias y la mayor o menor competencia técnica de los hombres que componían la Diputación. Al fijarme en el espíritu codicioso por lo general de los Diputados y oficiales, así como de los Procuradores, no persigo un enjuiciamiento moral de los mismos, sino hacer ver cómo este usual modo de entender los cargos y oficios públicos iba íntimamente ligado con la decadencia de las Cortes, y de rechazo vinculado con la no muy pujante vida de la Diputación. El sentido patrimonial de los oficios tuvo otras muchas repercusiones y facetas que exceden del campo de nuestro tema, para constituir uno de los fenómenos más generales e importantes de aquellos siglos. Pero como esa mentalidad general se sumó a la política real tendente a minar las Cortes por la vía —entre otras— de atraerse a los Procuradores con ayudas de costa, gratificaciones y otros medios análogos, se creó un ambiente en torno a la Diputación que se reflejó claramente en ella.

2. Por ahora he estudiado tan sólo la primera etapa de la Diputación de Castilla. A grandes rasgos se puede dividir su vida en tres épocas bastante bien delimitadas. La primera abarca desde el nacimiento de este organismo en 1525 hasta 1601. Su principal y casi exclusiva función entonces consistía en la administración de las rentas del encabezamiento de las tercias y alcabalas.

Pero a partir de 1601 la Diputación tuvo una nueva tarea: la administración del "servicio de millones", bien que con carácter transitorio.

En efecto, en las Cortes de 1588 a 1590 se concedió como es sabido por vez primera este "servicio", cuya escritura se otorgó el 4 de abril de 1590. En ella no se previó la intervención de la Diputación en la recaudación y administración de los ocho millones

6. VICENS VIVES, J.: en su "Prólogo" a *Principios generales de Historia, economía y sociología* de CH. MORAZÉ. Barcelona, 1952, pág. 5.

de ducados⁷. No obstante, los Procuradores intentaron que cuatro de ellos y el Contador del Reino (que era uno de los tres oficiales de la Diputación) actuaran junto a los Contadores de Hacienda para vigilar que el “repartimiento” de los Millones se hiciera “con la justificación e igualdad que es necesario”, y dentro de la fiel observancia de las condiciones estipuladas en el texto de la escritura. Pero los Procuradores no lograron llevar a cabo su propósito y tuvieron que conformarse con protestar “a posteriori” contra los abusos cometidos por los Contadores de Hacienda, a quienes acusaron de incumplir las condiciones de la escritura⁸.

Todo esto debió de servir de experiencia a las Cortes, pues las de 1598 a 1601 se apresuraron a estipular en una de las condiciones de la nueva escritura de concesión de otro y más cuantioso “servicio de millones”, que éste había de ser distribuido y administrado por el Reino⁹. Ahora bien; las Cortes tuvieron que disolverse casi inmediatamente después de conceder el “servicio”¹⁰, lo cual planteó el problema de “a quien se cometerá la administración del servicio de los diez y ocho millones”; la cuestión fue resuelta confiriendo tal misión a la Diputación del Reino¹¹.

De este modo la Diputación adquirió una nueva finalidad que aun siendo de naturaleza análoga a su primitiva función, implicaba mayores dificultades y empresas de mayor envergadura. Los Diputados se ocuparon de la administración del “servicio de millones” intermitentemente¹². Luego, cuando ya no se ocupó la Di-

7. A. C. C., XI, págs. 321 a 331. Para las equivalencias entre ducados y maravedís (1 a 375), cfr. MATEU LLOPIS, F.: *Glosario hispánico de numismática*, Barcelona, 1946, pág. 37.

8. A. C. C., XI, págs. 335 y 349, y A. C. C., XII, pág. 300.

9. A. C. C., XIX, págs. 684 y 710 a 711.

10. La escritura se aprobó el 1-I-1601 y las Cortes se disolvieron el 28-II-1601.

11. A. C. C., XIX, págs. 832, 834 y 846.

12. Lo hicieron desde el 28-II-1601 (en que se disuelven las Cortes) hasta el 8-III-1602, día en que las nuevas Cortes nombraron cuatro Procuradores como comisarios para administrar el “Servicio de millones” junto con el Contador de la Diputación. Al disolverse las Cortes el 28-VI-1604 fueron encargados los Diputados otra vez de la administración, hasta el 30-IV-1607, en que dieron cuenta de ella (y de la de las alcabalas, que continuaron desempeñando). Parece que al terminar la sesión de las Cortes

putación de esta tarea, su relación con la Comisión de Millones determinó aspectos nuevos y problemas no existentes en su época inicial. Y cuando las Cortes dejaron de reunirse en la segunda mitad del siglo xvii, la Diputación se sintió seriamente afectada, hasta llegar a ser absorbida en 1694 por la Cámara de Millones del Consejo de Hacienda, organismo que sustituyó desde 1658 a la Comisión de Millones¹³.

Por todos estos acontecimientos, juzgo conveniente estudiar el siglo xvi y xvii como etapas claramente separables en la vida de la Diputación castellana. Y lo mismo puede afirmarse respecto al xviii. Durante él, la Diputación del Reino se vio seriamente transformada como consecuencia de la política centralista y unificadora de los reyes; dejó de ser, como hasta entonces, una institución castellana para adquirir, como las Cortes, ámbito nacional.

De momento, pues, vamos a estudiar aquí la primera fase (1525-1601) de la historia de la Diputación de Cortes castellana.

Como fuente básica hemos utilizado las Actas de las Cortes. A las ya publicadas, añadido en el Apéndice unos fragmentos de las Actas de las Cortes de Valladolid de 1555, hasta hoy inéditas, y cuyo interés con referencia al tema que nos va a ocupar es muy notable.

II. LAS DIPUTACIONES DE CATALUÑA, VALENCIA, ARAGÓN Y NAVARRA.

3. En estos territorios existieron desde la Baja Edad Media las Diputaciones de sus respectivas Cortes. El único Reino que no tuvo esta institución hasta el siglo xvi fue Castilla. La Diputación de las Cortes nace allí cuando ya los análogos organismos de los otros Reinos gozaban de prestigio y de una provechosa experiencia.

Font Rius ha definido las Diputaciones medievales como "organismos político administrativos surgidos hacia fines de la Edad Media en los distintos Reinos de la Corona de Aragón y también

en 1611, ya no es la Diputación, sino los Comisarios de Millones, quienes se encargaron de la administración de dicho "servicio" (A. C. C., XIX, página 834; XX, págs. 82, 86, 92, 141 a 153; XXII, págs. 414, 434 y XXIII, página 53 y siguientes).

13. Cfr. las obras y páginas citadas en la nota 3.

en Navarra, como una delegación o emanación de las respectivas Cortes, llegando a adquirir en ciertos casos un carácter representativo del país y de sus instituciones”¹⁴; en las frases transcritas se contienen los puntos esenciales de las Diputaciones medievales, excepto, quizá, uno: su preferente dedicación a la administración fiscal.

La primera Diputación que aparece en la Península es la catalana¹⁵. Los precedentes de la Generalidad hay que buscarlos en las comisiones que se nombraban en las Cortes para que después de su disolución y hasta la próxima reunión, se encargasen de recaudar los impuestos votados. Un primer caso se dio en el reinado de Alfonso III (Cortes de Monzón de 1289), y otros tres en el de Jaime II (Cortes de Barcelona de 1292, 1300 y 1323). Después, en tiempos de Pedro IV, el Ceremonioso, las Comisiones recaudadoras fueron enlazándose unas a otras, hasta convertirse en permanentes. Así queda constituida la Diputación del General, como organismo estable cuya vida se prolongó hasta principios del siglo XVIII. Económicamente, la Diputación se alimentó siempre de la percepción de ciertas tasas o impuestos llamados “drets del General”, que gravaban el tráfico de bienes o la entrada de ellos por las fronteras del país.

La composición de la Diputación de Cataluña sufrió varias modificaciones. En un principio constaba de tres Diputados, cada uno de ellos elegido por un brazo de las Cortes, a los que Fernando I añadió en 1419 tres oidores de cuentas, como miembros de carácter técnico a quienes se encargaba de la contabilidad fi-

14. *Diccionario de Historia de España de la Revista de Occidente*, I, página 899. Cfr. también, FONT RIUS: *Instituciones medievales españolas*, CSIC, Madrid, 1949, págs. 34 y 35.—GARCÍA-GALLO, A.: *Curso...*, pág. 284.—BENEYTO, J.: *Historia de la Administración española e Hispanoamericana*, Madrid, 1958, pág. 259.

15. A. DE LA TORRE Y DEL CERRO: *Orígenes de la Deputació del General de Catalunya*, Barcelona, 1923.—COROLEU y PELLA I FORGAS: *Las Cortes catalanas*, Barcelona, 1876, pág. 44.—BROCA, G.: *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona, 1918, I, págs. 262 y 264.—RUBIO, I.: *La Deputació del General de Catalunya en los siglos XV y XVI*, Barcelona, 1951, y A. CAPMANY, *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el Reino de Aragón, Principado de Cataluña y Reino de Valencia, con una noticia de las de Castilla y Navarra*, Madrid, 1821, págs. 144 y ss.

nanciera. Los cargos eran de duración trienal. A los miembros básicos de la Generalidad (Diputados y oidores) se incorporaron poco a poco otros: el regente de cuentas, los abogados, el fiscal, el racional.

Durante el siglo xv los reyes comienzan a intervenir en la designación de los miembros de la Generalidad. Los lugartenientes de Alfonso V introducen algunas modificaciones en el nombramiento de los Diputados, y lo mismo sucede en 1488, ya en el reinado de Fernando II. Pero el Rey Católico no se contentó con intervenciones indirectas, y en 1493 establece para el nombramiento de Diputados el sistema de la insaculación entre individuos previamente escogidos por él (18 por cada brazo). Con ello se pretende combatir la cerrada oligarquía que al amparo de la Diputación se oponía a la Monarquía; como resultado de esta política, la Diputación quedó desde entonces más sujeta al poder real.

También a lo largo del siglo xv se fueron ampliando las funciones de la Diputación, pues a las de carácter fiscal se sumaron otras atribuciones de tipo político, que dieron nuevo perfil al organismo. La Diputación encarnó y encauzó la representación y la oposición del país frente a la Monarquía. Así, vigilaba el cumplimiento estricto de los acuerdos tomados en Cortes, los interpretaba y atendía a su publicación. Se ocupaba también del mantenimiento de la paz y el orden, y poseía para ello armas y fuerzas de mar y tierra. La riqueza del organismo respaldaba los gastos necesarios para el cumplimiento de tan complejos fines.

Cuando, durante el reinado de Juan II estalló la lucha entre el trono y el pueblo, la Diputación adoptó una actitud tan definida, que precisamente como represalia contra ella hay que entender las ya mencionadas reformas de Fernando II, que buscó así disminuir en el futuro la intervención de la Generalidad en la vida política del país catalán.

En el siglo xvi, y siguiendo esta misma política real, se reformaron los órganos de vigilancia a través de los cuales el Rey mantenía un cierto poder sobre la Generalidad. Pero a pesar de todo ello, la idea de que la Diputación representaba a las Cortes y al país se conservó vigente en Cataluña durante los siglos xvi y xvii.

4. Los primeros tiempos de la Diputación de Valencia son

muy semejantes a los de la catalana¹⁶. También en este Reino se crearon comisiones provisionales con la misión de recaudar las contribuciones aprobadas por las Cortes. Así, en 1340, y en 1342-1343. Nuevamente se otorga al rey una ayuda en 1367, ahora para financiar la guerra contra Castilla; los administradores de la ayuda monetaria votada en Cortes, con la misión de recaudarla y entregarla a Pedro IV, reciben el nombre de clavarios; eran tres y estaban auxiliados por un abogado asesor y un notario. Lo mismo sucedió con ocasión de las ofertas de las Cortes en 1371 y 1383, y con la votada en las Cortes de Segorbe de 1401 para Martín I. En esta última fecha, la comisión de las Cortes recibe ya el nombre de Diputación del General, pese a su carácter no permanente y a las variaciones frecuentes que todavía experimentó, a modo de tanteos, en su composición.

La Diputación valenciana no gozó de permanencia hasta el reinado de Alfonso V. Las Cortes de 1417-1418 pusieron como condición para votar un nuevo servicio al rey, la aprobación de los estatutos de la Diputación del General, que fueron completados con nuevas disposiciones en 1419, 1424 y 1439.

La "Generalitat" quedó integrada por seis Diputados —elegidos dos por cada brazo—, tres clavarios o tesoreros, tres administradores y seis contadores nombrados para recibir y juzgar las cuentas de Diputados y clavarios. Había además un abogado asesor, un procurador, notarios, escribanos, porteros... Los oficios se renovaban trienalmente.

Dos puntos parecen fundamentales respecto a la competencia y funcionamiento de la Diputación: uno, el hecho de que los Diputados y oficiales auxiliares gozaban de competencia absoluta para recaudar los impuestos y pagar las ofertas al rey, y de jurisdicción privativa sobre todos los problemas, pleitos o dudas tocantes a dicha materia. El otro carácter esencial fue que los contadores eran las únicas personas facultadas para pedir cuentas a Diputados y clavarios.

Pero la Diputación valenciana no se limitó a sus tareas fis-

16. Cfr. en general, MARTÍNEZ ALOY, J.: *La Diputación de la Generalidad del Reino de Valencia*, Valencia, 1930, obra escrita sobre nutrida documentación extraída de los Archivos valencianos. También del mismo autor *La Casa de la Diputación de Valencia*, Valencia, 1909.

cales, sino que también intervino políticamente en los graves problemas del reinado de Juan II. Prueba de ello es que Enrique IV de Castilla se dirigió en 1461 a la "Generalitat" para indagar cuál sería la actitud tomada por ella en el conflicto entre Juan II y el Príncipe de Viana.

Fernando el Católico actuó respecto a esta Diputación con la misma política empleada en Cataluña. Primero intervino ilegalmente en cuestiones privativas de la Generalidad, y después, en las Cortes de Monzón de 1510 estableció de modo absoluto el sistema de insaculación, privando por consiguiente a las Cortes de la facultad de elegir a los Diputados, tal como hasta entonces se había hecho.

Desde entonces no hubo ya reformas esenciales en la estructura ni en las atribuciones de la Diputación. En 1563 las Cortes dan Fueros para regular la rendición de cuentas de los clavarios, cortando así abusos que iban haciéndose crónicos; y a lo largo de los siglos XVI y XVII son frecuentes las disposiciones de Cortes con las que se ataja el boato excesivo que desarrollaba la Diputación como organismo.

Pese a estos abusos —hijos en gran parte de la abundancia— la vida de la Diputación era floreciente y su esfera de influencia y de actuación, amplísima. La puerta legal utilizada por los Diputados para intervenir en cualquier asunto o problema del Reino era la autorización que poseían para gastos "inopinats". Este elástico concepto permitía a los Diputados destinar fondos de la Generalidad para conceder créditos a cualquiera de los estamentos de las Cortes, o para remediar una catástrofe pública, o para sufragar obras de utilidad general, etcétera.

5. Aunque la constitución permanente de la Diputación de la Generalidad del Reino de Aragón se fija en 1412¹⁷, ya durante el siglo XIV, y concretamente en tiempo de Pedro IV, se forman también en Aragón comisiones delegadas de las Cortes para recaudar los subsidios votados. Así sucedió en 1367, año en que se nombró una comisión de miembros pertenecientes a los cuatro bra-

17. Cfr. SALORD COMELLAS, S.: *La Casa de la Diputación de la Generalidad de Aragón*, en E. E. M. C. A., VI, pág. 247 y ss., especialmente pág. 249.

zos de las Cortes, quienes actuaron en nombre del General, con el fin de dirigir la recaudación de la cantidad ofrecida al rey.

En 1371 las Cortes aragonesas prohibieron la imposición de sisas, y por esto, para obtener ingresos que permitieran pagar los subsidios al rey, y con la idea de que todos los regnícolas contribuyeran, se estableció un impuesto general e indirecto, que gravaba la importación y exportación de mercancías¹⁸. La administración y cobro de esta contribución general ("dreyto de la generalidad", "dreyto del General", o simplemente "generalidades") corrió a cargo de la comisión de Diputados del Reino, que fue tomando paulatinamente el nombre de Diputación de la Generalidad.

Los Diputados eran ocho, dos por cada brazo, y se elegían por el período de Cortes, hasta que en las de Alcañiz de 1436 obtuvieron ya un nombramiento trienal. Pero la designación de las personas que habían de ejercer el cargo cambia radicalmente a partir de 1518. La misma política seguida por Fernando el Católico en Cataluña y Valencia respecto a la insaculación de los cargos, venía advirtiéndose también en Aragón, y cuajó en lo que afectaba a la Diputación aragonesa en un Acto de las Cortes de Zaragoza en 1519¹⁹.

Los Diputados rendían cuentas ante los contadores y el ejecutor de cuentas, y podían ser acusados según un Fuero de las Cortes de Monzón de 1533, ante los Lugartenientes del Justicia Mayor. Eran auxiliados por el notario, los abogados, el procurador, los escribanos y los porteros.

Las atribuciones de los Diputados eran amplísimas. Ya en los Fueros de Calatayud de 1461 se regulan sus funciones en orden a la administración de las "generalidades", punto sobre el que se vuelve a tratar en 1519 y en las Cortes de Monzón de 1547 y 1564, concediéndose poder a los Diputados para juzgar a cualquier oficial real que fuese acusado ante ellos de cobrar excesos en las contribuciones del General o en los peajes, y aun extendiendo su

18. FAIREN GUILLEN, V.: *Notas sobre la técnica fiscal aragonesa*, en A. D. A., I, págs. 239 y ss.

19. *Fueros de Aragón*, en la edición de SAVALL y PENEN, Zaragoza, 1886. II, pág. 320 y págs. 336 y ss. Otros datos posteriores, *ibidem*, I, págs. 420 y 421.

competencia a impuestos extraños a las "generalidades" en sentido estricto ²⁰.

Además de todo ello la Diputación intervenía en otros muchos aspectos de la vida del país. Era un organismo rico y poderoso, y en él se fueron acumulando prerrogativas que acaso tiempo atrás gozaron los Municipios, pero que desde fines del siglo xv en adelante, se concentraron en ella, permitiéndole absorber la vida entera del Reino y asumir su representación ²¹.

Los Diputados gastaban enormes cantidades de dinero "para cosas de libertad y otras cosas en beneficio del Reino", con lo que intervenían en la vida social y económica del país y adquirían prestigio a los ojos de los aragoneses.

Además, para mantener el orden en los caminos y permitir así el libre tránsito de los comerciantes con sus mercaderías, la Diputación poseía fuerzas armadas a su costa, y las enviaba discrecionalmente a los lugares que consideraba más necesitados. Tal fuerza la empleaba de hecho no sólo en estas cuestiones, sino también para pacificar revueltas o poner orden entre familias nobiliarias. Pero estas atribuciones y otras varias fueron suprimidas en las Cortes de Tarazona de 1592, probablemente como consecuencia de la intervención de la Diputación en las contiendas relacionadas con Antonio Pérez ²².

También las atribuciones políticas de la Diputación eran importantísimas. Los Diputados estaban facultados para perseguir de oficio a expensas del Reino y por medio de sus abogados, a todos los oficiales reales que actuasen contra alguna de las libertades regnícolas. Desde 1467 intervienen decisivamente en la elección de

20. Cfr. bajo la rúbrica "De officio Dipputatorum Regni Aragonum". (ed. SAVALL y PENEN, por la que cito siempre, I, págs. 47 y ss.), un Fuero de Juan II en Calatayud, 1461; otro de Felipe II en las Cortes de Monzón de 1547 (I, pág. 203), y un tercero también dado en Monzón en 1564 (I, página 403).

21. CANELLAS, A.: *Antecedentes históricos de las armas heráldicas de la Diputación de Aragón*, E. E. M. C. A., IV, Zaragoza, 1951, págs. 447 y ss.—DANVILA Y COLLADO, M.: *El poder civil en España*, Madrid, 1845, páginas 331 y 332 y *Las libertades de Aragón*, Madrid, 1881, pág. 333.

22. *Fueros de Aragón*, edición SAVALL y PENEN, I, pág. 436. Cfr. MARI-CHALAR y MANRIQUE: *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho Civil de España*, Madrid, 1868, tomo VI, págs. 136, 137 y ss.

los Lugartenientes del Justicia²³, y en 1509 al menos hicieron la insaculación general de todos los oficios del Reino. Finalmente en 1533 se les da poder para elegir directamente a los Lugartenientes de los Sobrejunteros de todas las Juntas, autorizándoles además a marcar los límites territoriales de cada una de ellas²⁴.

A partir de las modificaciones implantadas en Tarazona en 1592, y que sin duda suponen una disminución muy notable de la personalidad política de la Diputación aragonesa, ya no experimentó ésta ningún cambio de importancia en su estructura. Así se mantuvo durante todo el siglo xvii, hasta la incorporación de Aragón a la Diputación castellana —desde entonces nacional— en 1712.

6. Según Marichalar y Manrique la noticia cierta más antigua de la Diputación de Navarra es del año 1450, pero a través de un testimonio indirecto²⁵. No obstante, parece ser que la constitución permanente de la Diputación data de 1501, año en que las Cortes la organizan con seis individuos pertenecientes a los tres brazos, para que se ocupasen de la reforma y administración de las alcabalas, y de la vigilancia sobre la observancia de los Fueros y reposición de los contrafueros. La institución se afirmó más establemente a lo largo del siglo xvi.

El número de miembros de la Diputación sufrió varias alteraciones, pero a partir de 1678 fue ya fija la estructura de dicho organismo: un Diputado por el brazo eclesiástico, dos del militar y cuatro de las ciudades, pertenecientes dos de estos últimos a Pamplona y siendo nombrados los otros dos rotativamente por las ciudades cabezas de merindad. De los siete Diputados sólo se formaban cinco votos, pues los dos de Pamplona tenían un voto, y otro también conjuntamente los Diputados elegidos por las demás ciudades y villas navarras.

Es importante señalar las atribuciones de la Diputación al menos desde 1501. Las reuniones de las Cortes se espaciaron bastante,

23 *Fueros de Aragón*, edición SAVALL y PENEN, libro III, pág. 143.

24. Cortes de Monzón de 1533, *Fueros de Aragón*, edición SAVALL y PENEN, I, págs. 47 y 48.

25. Sobre la Diputación de Navarra, cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE: *Historia...*, IV, págs. 433 y ss.—LACARRA, J. M.^a: *Estructura político-administrativa de Navarra antes de la ley paccionada*, P. V., 1963. números 92-93, págs. 231 y ss., en especial págs. 244 a 246.

y este fenómeno dejó más abierto el camino para la actuación de los Diputados. Todo navarro acudía a este organismo cuando se creía víctima de un contrafuero, y la Diputación realizaba las gestiones pertinentes para repararlo. Si se obtenía éxito ante las autoridades reales residentes en Navarra, no se seguía adelante; en caso contrario, el Diputado que habitaba en la corte castellana ponía en conocimiento del rey el agravio; y si ni así se lograba remedio, se daba cuenta a las Cortes navarras, las que negaban el "servicio" a la Corona si no conseguían la enmienda del contrafuero. También era la Diputación el órgano encargado de recibir el juramento de los Virreyes.

La vida de la Diputación navarra aparece condicionada por tres hechos: la reunión más o menos frecuente de las Cortes, la incorporación a Castilla y la cuantía de su patrimonio. Al espaciarse más la celebración de Cortes en el *xvi*, cobra la Diputación más importancia, y al incorporarse por entonces (1512) Navarra a Castilla, la Diputación adquiere mayor sentido en cuanto celosa guardiana de los Fueros navarros. Y también desde comienzos del *xvi* se incrementa el patrimonio de la Diputación, coincidiendo así los tres factores en favor del auge de dicho organismo.

En efecto, durante el siglo *xv* la Diputación había podido disponer de muy escasa Hacienda, en concreto unas 1.500 libras, que se consignaban para la Diputación sobre la cantidad de los subsidios votados en Cortes. Pero desde 1513 esta suma reservada o "vinculada" (se hablará del "Vínculo" de la Diputación para referirse a su patrimonio) crecerá ininterrumpidamente, bien porque se aumenta la cantidad líquida a "vincular", o bien confiando a la Diputación la percepción de determinadas rentas.

A pesar de este tardío crecimiento, la Diputación navarra no poseyó nunca ni tan rico caudal ni tanta significación política como las de los Reinos de la Corona de Aragón. Tardía en su origen y en su desarrollo, viene a quedar como a mitad de camino entre las Generalidades catalana, valenciana y aragonesa, y la Diputación castellana.

7. Conviene reunir ahora ante nuestra vista los caracteres más importantes que se desprenden de la rápida exposición de la evolución de las Diputaciones de Navarra y de los Reinos orientales de la Península.

Obsérvese en primer lugar que las de la Corona de Aragón nacen a finales del siglo XIV y principios del XV como entidades organizadas de forma permanente; pero en realidad todas ellas venían actuando como piezas fundamentales de la administración fiscal desde principios del siglo XIV o incluso desde finales del XIII. Teniendo en cuenta que las Cortes de Cataluña, Aragón y Valencia nacen en ese mismo siglo XIII (con las naturales diferencias entre sí), es claro que sus respectivas Diputaciones surgen en el período más vigoroso de las Cortes, cuando éstas representan verdaderamente al Reino, y sus intereses frente a la Corona no siempre coinciden con los de ésta. Las Cortes —y los Municipios que hay tras de ellas— son todavía un organismo fuerte y joven, y de su salud y prestigio se beneficiarán las Diputaciones.

La recaudación de las ofertas para el rey se hace en las Diputaciones de la Corona de Aragón a través de impuestos generales e indirectos, cuyos fondos no ingresan directamente en el Patrimonio real, sino en el haber de la Generalidad, del Reino. Con ello se constituye una Hacienda del General distinta a la Hacienda del rey. El fenómeno no tiene nada de extraño si tenemos presente que la organización de ésta era muy deficiente, que sus ingresos eran insuficientes, y que el monarca tenía que pedir subsidios a las Cortes pudiendo éstas negárselos. El rey estaba en cierto modo a merced de las Cortes, del Reino, y éste, que lo sabía, ponía condiciones a sus concesiones de subsidios. Y comprendiendo que el dinero que entregara al rey no había de invertirse directamente en el beneficio y mejora del Reino, sino quizá en sufragar campañas militares (siempre impopulares) o en sostener los gastos reales, el Reino se organiza por su cuenta y se provee de fondos que son administrados en beneficio propio. Para ello, son necesarios y suficientes unos impuestos indirectos (bien sobre el tráfico de bienes o sobre el precio de venta de las mercaderías en general y en especial de los bienes de consumo más necesarios), que por su propia naturaleza gravan a todos, y un organismo fiscal que en nombre del Reino los administre y recaude.

A veces, los Diputados calculaban que las cantidades recogidas por medio de los impuestos eran insuficientes para pagar los subsidios reales y hacer frente a los gastos propios de la Diputación, y entonces tomaban dinero a préstamo, constituyendo en favor de

los prestamistas derechos de censos sobre los bienes del Patrimonio de la Generalidad. Estas operaciones creaban nuevos lazos e intereses en torno a la Diputación y sus fondos; la burguesía poderosa de Barcelona, Zaragoza, Valencia y quizá también la de Pamplona estaba directamente implicada en la Diputación de su respectivo país, y es fácil adivinar una corriente de intereses mutuos entre los prohombres ciudadanos y las Diputaciones.

Pero pronto adquieren estas instituciones un carácter político y representativo que en sus comienzos no tuvieron. Las Diputaciones se consideran como órganos defensores de los Fueros de cada país frente a la Monarquía. Como las Cortes sólo se reúnen periódicamente, y la Diputación, que es su delegación permanente, está integrada por miembros de todos los brazos de aquéllas, era lógico que asumiera la representación del Reino, y que cuando éste adopta en determinados casos una actitud política contraria al Rey, sea la Diputación el vehículo a través del cual la actitud se traduce en actos concretos.

Después de los sucesos del reinado de Juan II, Fernando II se esforzó en intervenir en la vida interna de las Diputaciones, pero aunque modificó el sistema de elección de sus componentes, la institución continuó gozando del mismo prestigio y siguió poseyendo igual poderío económico. Es más, la incorporación de todos los territorios de las Coronas de Castilla y Aragón en una sola Monarquía (a la que se suma también Navarra) hizo todavía más celosos defensores de sus respectivos Fueros a catalanes, aragoneses, valencianos y navarros. Y ello politizó en un sentido en cierto modo nuevo a todas las Diputaciones ya mencionadas.

Así, pues, durante la época que más nos interesa aquí, el siglo XVI, las Diputaciones aun contando con cierta oposición real —ya que los reyes no podían contemplar tranquilamente la floreciente riqueza y poder de tan prestigiosas instituciones— conservaron la mayoría de sus caracteres y gran parte de sus prerrogativas: fundamentalmente, la de regir y administrar sus respectivas Haciendas, que quedan así sustraídas de toda intervención real, y la de representar al Reino y defender sus Fueros y libertades políticas.

III. LOS ORÍGENES DE LA DIPUTACIÓN CASTELLANA.

8. Con la importante intervención de las Cortes orientales en la administración de los subsidios por ellas aprobados, contrasta la actitud de las Cortes castellanas durante aquellos mismos siglos.

La actuación de las Cortes de Castilla en materia de concesión de "servicios" fue siempre demasiado dócil a los deseos de la Monarquía. Las peticiones reales fueron generalmente atendidas por los Procuradores.

Cierto es que las Cortes ponían casi siempre condiciones a cumplir por el rey si éste quería recibir los "servicios" votados. Pero también lo es que ni las cláusulas proponían la intervención directa de los Procuradores en la recaudación y administración de los "pedidos", ni los monarcas tuvieron escrúpulos a la hora de incumplir las condiciones estipuladas²⁶. A veces las Cortes exigían que los recaudadores de los "servicios" no fueran judíos, o que los arrendadores de las rentas fueran por lo menos naturales de Castilla, o, incluso, que los vecinos de cada ciudad y villa recogiesen los "pechos" correspondientes a ella, para evitar que el rey los diese en arrendamiento²⁷. Sin embargo, aunque se respetasen estas cláusulas por parte del rey —lo cual es muy dudoso— ello no suponía la creación de alguna comisión u organismo recaudador dependiente de las Cortes, ni mucho menos la formación de una Hacienda del Reino en la cual ingresase el dinero percibido con las cargas fiscales.

Además, el principio de que toda contribución hubiera de ser aprobada previamente por las Cortes, no siempre se respetó en Castilla. Las Cortes de Valladolid de 1307 impusieron expresamente esta norma, que hasta entonces sólo fue una costumbre poco observada por los reyes. Pero la misma insistencia con que las Cortes siguientes recordaban al rey la ley de 1307, y los explícitos

26. Cfr. como ejemplos C. L. C., I, pág. 435 (Cortes de Madrid en 1329); sobre las Cortes de 1407 en que se exigió juramento a los Regentes de invertir el "servicio" en el fin asignado, cfr. *Crónica del rey don Juan II*, B. A. E., 68, págs. 281 y 282; cfr. también PISKORSKI, W.: *Las Cortes...*, págs. 165 a 170.

27. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Teoría...*, II, págs. 437 y ss. y 450 a 454, donde ofrece varios ejemplos de las Cortes de Palencia 1286, Valladolid 1293, 1295, 1299, 1307 y 1315, Carrión 1317, Valladolid 1325 y Segovia 1386.

reproches que le hacían por haberla incumplido, son demostraciones incontrovertibles de que los reyes nunca se sintieron seriamente constreñidos a obedecer dicho principio fundamental; antes bien, imponían nuevos “pechos” cuando los necesitaban, es decir, con harta frecuencia ²⁸.

No obstante hubo ocasiones en que la intervención de los ciudadanos en la recaudación de los “servicios” aprobados en Cortes fue un poco más activa. La primera fue a raíz de las de Palencia en 1388: los Procuradores concedieron a Juan I una importante cantidad para que pudiera pagar sus deudas al duque de Lancaster; y entre otras varias condiciones impusieron al rey la de que nombrase “cinco o seys omes buenos, onrrados, rricos e abonados de las vuestras çibdades e villas” para que recibiesen en depósito el dinero de manos de los recaudadores reales, y lo entregasen al duque “en manera que la vuestra debda sea conplida”. Se trata, pues, tan sólo de un requisito nacido de la desconfianza, introducido para evitar que el rey destinase a otros fines el dinero cobrado. Pero ni los ciudadanos recaudaban por sí el “servicio”, ni tampoco eran elegidas por las Cortes, sino designadas por el rey, las personas encargadas de dicha misión ²⁹.

Otro caso muy análogo. En 1425 Juan II pidió a las Cortes un nuevo “servicio” para “tener aparejo de dinero” con que hacer frente a cualquier posible guerra, ya que —decía en frase muy expresiva— “según la condición de estos reynos e las cosas pasadas siempre se esperan bollicios”. Después de leve resistencia, las Cortes conceden al rey unos treinta y ocho millones de maravedís con tal de que estuviesen en depósito “de dos personas quales el rey quisiere escoger, uno allende los puertos e otro aquende, e que dellos no se tomase cosa alguna, salvo para guerra de moros o para otra grande necesidad, y esto se hiciese con licencia de los Procuradores” ³⁰. La iniciativa de crear un ente dependiente de las Cor-

28. La disposición de 1307 fue confirmada en las Cortes de 1315, 1329, 1388, 1393 y 1420. Figuraba entre las condiciones que firmó Enrique IV en Medina del Campo, en 1465, y fue confirmada por Isabel la Católica en su testamento. También Carlos I la juró en 1518 y se incluyó en la Recopilación de 1567 (N. R., VI, 7, 1). Cfr. PISKORSKI, W.: *Las Cortes...*, págs. 150 y 156 y ss.

29. C. I. C., II, pag. 409.

30. *Crónica del rey don Juan II*, B. A. E., 68, pág. 433.

tes para vigilar el gasto de la suma ofrecida al rey es muy tímida. Obsérvese que esa autorización de los Procuradores sólo podría concederse o denegarse estando reunidas las Cortes en el momento en que el rey quisiera disponer de dinero; no habiéndolas, no se dice que los dos depositarios pudiesen oponerse a la voluntad real; y puesto que tanto la convocatoria de las Cortes en un momento dado, como la elección de estos dos depositarios eran atribuciones reservadas al rey, en manos de éste quedaba poder suficiente para que el aparente control de los depositarios careciera de eficacia.

El intento más serio por parte de las Cortes de crear una Diputación aunque sin darle tal nombre, quizá fuera el de las de Salamanca en 1465. Quejándose, como tantas otras veces, de que el rey no ejecuta las leyes aprobadas en Cortes, los Procuradores proponen que residan continuamente en la corte cuatro de ellos, designados entre los del estado llano, cuya misión sería la de solicitar ante el rey y su Consejo “que las cosas contenidas en las dichas leyes o pragmáticas sençiones ... se guarden, e cumplan e executen”, pues (piensan con cierta ingenuidad) “es de creer que suplicando e ynstando sobre ello vuestra rreal sennoria lo mandará proveer”. Las Cortes piden que el rey aposente en su corte a dichos cuatro procuradores y que mande pagarles “lo que sea rrazonable por su mantenimiento”. La contestación real fue la previsible: que él los aposentaría, “pero que vengan e estén a vuestras propias costas”³¹. Si era el Reino el interesado en velar por el cumplimiento de lo acordado en Cortes, ¿por qué sufragar con cargo a la Hacienda real los gastos de esta Comisión de Procuradores? Y ahí quedó todo.

Es más; en las Cortes siguientes se repitió si no la misma sí muy análoga escena. Lamentándose los Procuradores de los defectos de la recaudación de los “pechos” aprobados en Cortes, piden al monarca que para la “rrecaudança de los dichos pedidos e monedas, que vuestra sennoria rresciba dos thesoreros, uno para allende los puertos e otro para aquende, quales por nos otros fueren nombrados, para que rresçiban todas las contias que montaren en los dichos pedidos e monedas”, y depositen los fondos donde el rey y las Cortes acuerden, vigilando se destinen a los fines señalados en

31. C. L. C., III, Fetición 21, pág. 759.

el acto del otorgamiento. Es esta una demanda muy similar a las ya vistas de 1388 y 1425; también como en Salamanca 1465, los Procuradores piden que el rey fije a tales tesoreros "salario razonable"; en la contestación real, muy contemporizadora, ni siquiera se alude a los pretendidos Procuradores-tesoreros³².

Estas fueron las ocasiones en que más cerca se estuvo de formar una comisión permanente de las Cortes. Como se puede apreciar, la distancia entre los titubeantes propósitos (fácilmente derrotados) y la realidad de una Diputación de Cortes como órgano administrador de la Hacienda del Reino y representante de éste en ausencia de las Cortes, fue enorme. Aunque Piskorski opinase lo contrario³³, Castilla careció de tal organismo durante toda la Edad Media.

9. La diferencia entre las Cortes castellanas y las orientales se muestra muy clara en este punto. Todas las Cortes de los distintos Reinos peninsulares tiene la misma naturaleza jurídica (quizá en esencia el representar a, o identificarse con, el Reino)³⁴, aná-

32. Cortes de Ocaña, 1469, C. L. C., III, pág. 789, petición 10.

33. El citado autor parece confundir el Consejo Real con el de Regencia. Comienza afirmando que el Consejo Real se organizó en las Cortes de Guadalajara de 1297. (En C. L. C. no figuran tales Cortes y él tampoco indica dónde ha consultado documentación perteneciente a ellas.) De modo semejante volvió a organizarse según PISKORSKI el Consejo Real en 1313, durante la minoría de Alfonso XI. En verdad creo que no hubo tal Consejo Real; lo que se crea en 1313 es un Consejo de Regencia, cuyo destino era auxiliar a la Reina doña María y al infante don Pedro, tutores del rey niño (cfr. C. L. C., I, pág. 222 y ss.). Y PISKORSKI, a mi juicio, erróneamente, viendo la influencia y vigilancia que las Cortes ejercían sobre tal Consejo, lo considera como Diputación de las Cortes.

Durante el reinado de Juan II, como es sabido, se organiza el Consejo Real con cuatro miembros de cada uno de los tres estamentos representados en Cortes. Exagerando este nuevo paralelismo, PISKORSKI vuelve a ver en el Consejo Real una Diputación permanente de las Cortes.

Finalmente, considera PISKORSKI que la reforma llevada a cabo por Enrique III en 1406 en la estructura del Consejo Real hizo que éste perdiera definitivamente "su carácter de Diputación de las Cortes; al fijarse en el año 1406 el número de los consejeros, no figuró entre ellos ningún miembro del estado ciudadano y dominaron los juristas". (Cfr. PISKORSKI, W.: *Las Cortes...*, págs. 178 a 184.)

34. Cfr. GARCÍA-GALLO, A.: *Manual...*, págs. 776 a 798, cuyas principales ideas sigo yo aquí. Muy reciente también, pero muy distinta a esta visión, es la de PÉREZ PRENDES, J. M.: *Cortes de Castilla, Cortes de Cádiz*, R. E. P.,

loga composición y atribuciones (entre las que aquí hay que destacar las fiscales). Pero el uso que de hecho se hizo de tales poderes fue distinto en cada caso, y ahí, en el "juego político" que las Cortes supieron o no extraer a sus atribuciones radican las importantes diferencias entre unas y otras. En el terreno de los hechos la debilidad de las Cortes castellanas es manifiesta. Los reyes supieron manejar los resortes necesarios para tener a raya a las Cortes; no antepusieron la discusión de los "agravios" a la de los "servicios" y lograron éstos con facilidad, entre otras razones por la temprana centralización e intensa influencia real en los municipios desde la segunda mitad del siglo XIV. Ya hemos visto varios ejemplos de cómo en el terreno fiscal las Cortes de Castilla se limitaron a conceder casi siempre los "servicios" solicitados por el rey, y a oponer a éste condiciones a sabiendas de que carecían de poder suficiente para forzarle a cumplirlas. Hasta qué punto la escasa pujanza de la burguesía castellana, y las luchas y ambiciones de la nobleza influyeron en la debilidad de las Cortes a finales del XIV y en el siglo XV, son cuestiones cuyo estudio no cabe aquí.

Los reyes por su parte nunca cometieron el error de alentar las tímidas tentativas aventuradas por las Cortes en orden a la creación de una Diputación: tal institución hubiera podido quizá desnivelar la situación, e inclinar la balanza en favor de las Cortes en orden a fortalecer su posición y a facilitar su supervisión de la recaudación y gasto de las ayudas concedidas al rey. La política real en este punto fue lógica, firme e inteligente.

Y sin embargo, en 1525 aparece como hemos de ver, la Diputación de las Cortes de Castilla. ¿No es esto una paradoja? ¿No es extraño que nazca la Diputación tan sólo unos años después de la derrota de las Comunidades, cuando ya la decadencia de las Cortes es innegable?

A mi juicio no hay tal paradoja. Maravall ha insistido en que las Cortes salieron derrotadas del movimiento de los Comuneros. Pretendían éstos³⁵ libertad en la elección de los Procuradores,

núm. 126, págs. 321 a 428. Mi intención no es ni siquiera esbozar una interpretación de las Cortes; por ello ni cito la bibliografía clásica sobre el tema, ni argumento o justifico mis afirmaciones.

35. MARAVALL, J. A.: *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, R. O., 1963, págs. 201 a 205.

mandato dado a éstos por las ciudades sin intervención real respecto a su contenido, periodicidad de las convocatorias de Cortes, e independencia de los Procuradores, cuyos gastos serían sufragados por las ciudades y nunca por el rey ni directamente ni por medio de ayudas de costa o gratificaciones de ningún otro tipo.

Fracasado este levantamiento, el rey tuvo por completo en sus manos a las Cortes. Los salarios de los Procuradores van a ser costeados por el rey; éste intentará a través de los Corregidores conseguir que los poderes dados por las ciudades a sus mandatarios versen sobre los asuntos que al rey interesan y se ajusten a las minutas por él presentadas; e influirá decisivamente en la elección de los Procuradores, que desde 1538 serán sólo los ciudadanos. La mayor preocupación de los reyes será tener personalmente satisfechos al círculo cerrado de los Procuradores; para ello les concederá Peticiones inofensivas y los contentará con amplios beneficios económicos ^{35 bis}. A cambio los Procuradores deberán aprobar obedientemente las solicitudes reales, en especial las de orden fiscal.

Hubo todavía en el siglo XVI hombres dentro de las Cortes capaces de ver claro en lo más hondo de los problemas del país y de expresarlo con palabra llana y contundente; hubo individuos corafán de servir más que de lucrarse. Pero al margen de ello, las Cortes fueron en esencia, como se ha escrito recientemente “una máquina de crear y legalizar impuestos dándoles una apariencia de consentimiento popular” ³⁶.

En este ambiente la Diputación nació muy modestamente, como inofensivo órgano derivado de otro ya dominado. Ganada la batalla decisiva a este respecto, los reyes no tuvieron inconveniente en hacer a las Cortes concesiones como ésta, que sin poner en peligro el dominio político de la institución, mantenían una apariencia de respeto a la misma. Políticamente la Diputación no tuvo nunca

35. bis. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: Ha escrito recientemente: “La corrupción en gran escala de los Procuradores a Cortes desnaturalizó por completo esta venerable institución...”; (*La Sociedad española en el siglo XVII*, I, C. S. I. C., Madrid, 1963, pág. 13).

36. Cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Concesiones de votos...*, págs. 176 a 177. Cfr. también GARCÍA-GALLO, A.: *Manual...*, págs. 786, 787 y 788.—DANVILA Y COLLADO, M.: *El poder civil...*, tomos V y VI *passim*., y COLMEIRO, M.: *Curso...*, págs. 296 y ss.

ninguna intervención; y en lo fiscal las adquirió sobre la marcha y siempre en colisión con la Hacienda del Rey y sus Contadores. Tuvo encima también al Consejo Real y acabó en el siglo xvii disolviéndose en la Cámara de Millones de la Hacienda real, desligada ya de unas Cortes inexistentes.

Podemos ya anticipar que su vida no fue muy floreciente, y que nunca logró el arraigo de cualquiera de las restantes Diputaciones peninsulares. Nació tarde, como rama de un tronco ya caído. Con todo, fue creciendo en complejidad y en funciones, hubo Diputados y oficiales, hubo Hacienda del Reino y hasta luchó con otras instituciones esforzándose por mantenerse viva. Veamos, pues, cuál fue su estructura, cómo y en qué materias concretas actuó y qué beneficios aportó al Reino y a los individuos que la componían.

CAPÍTULO SEGUNDO

COMPOSICION Y FUNCIONAMIENTO DE LA DIPUTACION

I. MISIONES Y ESTRUCTURA.

10. Su aparición se produce a raíz de las Cortes de Toledo de 1525; en una de las Peticiones los Procuradores solicitaban autorización real para elegir dos Diputados que residirían permanentemente junto al rey o su Consejo a costa de las ciudades; el Emperador contestó afirmativamente a la Petición, aunque con mucha cautela³⁷.

Para nombrar a los Diputados había de hacerse un sorteo entre todos los Procuradores, a fin de saber a qué ciudades correspondería elegir en sus respectivos Regimientos la persona que desempeñara el oficio de Diputado; del sorteo no quedaba excluida ninguna ciudad o villa con voto en Cortes, y en cada ocasión debían nombrar Diputados dos ciudades, una del Norte de los puertos (esto es, Castilla la Vieja y León) y otra del Sur (Castilla la

37. C. L. C., IV, pág. 413, Petición 16. Esta Petición confirmada y retocada por las Cortes de 1548 pasó a la Recopilación de 1567 (N. R., VI, 7, 8); como en 1548 ya los Diputados se encargaban del encabezamiento, este fin es el que se hace constar en el texto recopilado. Sobre ello se insistirá más adelante.

Nueva, Andalucía, Murcia). Los Procuradores de 1525 querían que se hiciera también el sorteo para designar las ciudades a quienes correspondería enviar Diputados en los turnos siguientes, a fin de que de este modo quedase fijada desde el comienzo la rotación entre todas ellas.

El contenido de la Petición no deja lugar a dudas sobre un punto importante: la nobleza y el clero no tienen nada que ver con el nombramiento de los Diputados. Una vez más, manifiestan una actitud indiferente ante problemas de índole general, que por serlo también afectaban a nobles y clero. Su desaparición de las Cortes a partir de 1538 imposibilitó a estos dos estamentos cualquier forma de intervención en la vida de la Diputación.

Eran varias las misiones que en ese texto en cierto modo fundacional se atribuyen a los Diputados. La más importante era la de velar para que "se cumpla y execute lo que se proveyere en las Cortes", y ésta es precisamente la función de los Diputados que el rey acoge como válida en su respuesta a la Petición 16.

Otra tarea que habían de cumplir los Diputados era la de atender a los negocios diversos que por las ciudades les fueran encomendados, siendo gestores en la corte de los asuntos propios de las ciudades y villas. Para este fin los Diputados debían residir donde estuvieran en cada momento el rey y su Consejo Real, y si éstos se separaban, donde quedase el Consejo ^{37 bis}.

37 bis. La Diputación no tuvo nunca un edificio propio que le sirviera de sede o domicilio oficial. Sólo se ausentó de Madrid en 1570, con motivo de las órdenes que a este respecto dieron a los Diputados las Cortes reunidas entonces en Córdoba (cfr. A. C. C., III, pág. 30; es posible que en el período de 1525 a 1563, en que hubo Cortes frecuentemente fuera de Madrid, la Diputación saliera también de la capital alguna vez). Pero dentro de Madrid no tuvo local de su pertenencia. En 1566 ya se quejó de ello el Diputado Juan de Ovalle (A. C. C., II, pág. 380 y A. C. C., IX, pág. 31), pero como el problema sólo se resolvió provisionalmente, las Cortes de 1588 a 1590 presentaron a Felipe II un Memorial planteando la necesidad de que tuviera la Diputación aposento fijo (A. C. C., X, pág. 293); no obstante, la resolución real no debió ser muy complaciente, porque en 1592 y 1595 la Diputación tuvo que cambiar nuevamente de domicilio (A. C. C., XII, página 225 y A. C. C., XIV, pág. 344). Por fin, en 1595, las Cortes pidieron al rey "que diese lugar en Palacio para hacer la Diputación del Reyno", y seguramente la gestión tuvo éxito, pues no he visto que volviera a plantearse el problema.

Finalmente se establecía la duración anual del cargo y el salario de cien mil maravedís a cada Diputado, cifra que “se les ha de pagar repartiéndolos por los lugares y villas por iguales partes”.

Aunque el rey aprobó la Petición, curándose en salud remitió el asunto al Consejo Real a fin de que “para lo de adelante”, proveyera el Consejo lo que creyere más conveniente. Desde el primer momento, pues, la Diputación estuvo intervenida en último término por el Consejo Real, y no hay duda de que éste modificó puntos concretos de su estructura en estos años iniciales, y decidió en el futuro acerca de los problemas que se plantearon en orden a su composición y caracteres fundamentales.

En su comienzo, pues, la Diputación no se dedica a cuestiones relativas a la recaudación de ninguna renta ni “servicio”. Su misión es mucho más amplia e imprecisa. Los Procuradores de 1525 no intentaron crear un organismo de altos vuelos, sino que su modesto propósito fue procurar con cierta eficacia que se llevase a cabo lo otorgado por el rey a las Cortes. Casi exactamente lo mismo que pidieron en 1465, pero corriendo ahora los gastos y salarios de los Diputados a costa de las ciudades.

11. En 1536 y como consecuencia de antiguas Peticiones de Cortes, repetidas con éxito en las de 1534, se produjo un hecho que motivó la transformación de la Diputación de 1525 y condicionó su vida y funciones durante el resto del siglo: la aprobación por el rey del encabezamiento general de las tercias y alcabalas. A partir de entonces la misión fundamental de la Diputación será su intervención en la administración del encabezamiento; y para que pudiera cumplirla se cambió su composición y se la dotó de nuevos miembros, de piezas aparentemente adecuadas a su nuevo fin.

El régimen de encabezamiento consistía en un acuerdo contractual entre el rey y las ciudades en orden a la recaudación de las tercias y alcabalas. Las ciudades se comprometían solidariamente a entregar al rey una determinada cantidad al año, que era luego repartida entre ellas y todos los lugares y villas del Reino (salvo los de “alcabalas privadas”). El precio del encabezamiento —o cantidad a pagar en un año— se mantenía fijo durante el tiempo de vigencia del contrato, lo cual significaba en principio una notable ventaja para las ciudades, que sabían anticipadamente lo que habían de pagar por este concepto, e incluso también para la Hacen-

da real, que contaba así con un dato invariable para el cálculo de sus ingresos. Al terminar la duración del contrato se producía siempre un forcejeo entre las ciudades y el rey; aquéllas pretendían que el precio del primer, o del anterior, encabezamiento se rebajase, o se perpetuase o, al menos, se prorrogara durante nuevo plazo, y el rey aspiraba a elevar la cuantía del precio. Como iremos viendo, se logró siempre la prórroga del régimen de encabezamiento, aunque con algunas alteraciones en los precios del mismo.

Tanto en el contrato de encabezamiento de 1536 como en el de 1560 y en las prórrogas y modificaciones sucesivas, se asignaba un papel principal a la Diputación del Reino. Pronto ha de verse con detalle en qué consistía esta intervención. Baste aquí hacer constar que el reparto entre las ciudades del precio del encabezamiento, su recaudación y administración eran realizados conjuntamente (aunque no en buena armonía) por la Contaduría Mayor de la Hacienda real y por la Diputación del Reino. Como consecuencia de ello se constituyó la Hacienda del Reino como fondo distinto a la Hacienda real, al que iban a parar las sobras del encabezamiento, esto es, el montante entre lo recaudado realmente y el precio fijado en el contrato. La Diputación se hacía cargo de este capital y lo administraba y repartía.

La Diputación se convierte así en un órgano de carácter primordialmente fiscal. Ahora bien, su inicial dependencia de las Cortes no se disminuye por ello, sino que más bien se acrecienta desde 1536. La Diputación actúa siempre por delegación de las Cortes, y por ello si éstas están reunidas, son los Procuradores quienes toman las decisiones relativas a la gestión del encabezamiento, al menos en sus líneas esenciales. Igualmente, al disolverse las Cortes, se deja a los Diputados y oficiales del Reino una concisa Instrucción, en la que se les indica puntualmente en qué ha de consistir su actuación.

Aquél organismo de 1525 de muy simple estructura y de imprecisos fines, adquiere desde 1536 un nuevo sentido y misión. Pero la continuidad entre ambos es manifiesta, pues se conserva el mismo sistema de designación de los Diputados (salvo modificaciones secundarias que se introducirán más adelante), el carácter de delegación permanente de las Cortes, y las mismas funciones

iniciales de la Diputación, que coexistirán con las a ellas atribuidas en relación con el encabezamiento³⁸.

12. Los Diputados actuaron siempre en nombre del Reino y por delegación expresa de sus Cortes, y si su gestión se redujo casi exclusivamente a la administración del encabezamiento general no fue porque las Cortes limitasen la vida de la Diputación a esa materia y dejaran la ejecución y vigilancia de otras cuestiones a organismos ajenos a la Diputación, sino porque la preocupación y la ocupación de las Cortes había quedado reducida de hecho a la votación de "servicios", a la discusión de las condiciones del encabezamiento y a una mera intervención formularia en las demás cuestiones de la política y administración del país.

Por lo demás, los Diputados actuaban representando los intereses del Reino en algunos escasos asuntos en los que las Cortes tuvieron intervención; así, la Diputación envió a uno de sus oficiales, el Solicitador, a diversas y sucesivas reuniones del Consejo de la Mesta a partir del año 1595, y a petición de las ciudades interesadas en los problemas de la citada institución³⁹.

Análogamente, el carácter de delegación de las Cortes que tenía la Diputación, y su especialización en cuestiones fiscales, fueron causa de que en ocasiones aisladas se encargase a los Diputados que vigilasen las actuaciones de los Contadores Mayores de Hacienda respecto a las gestiones tocantes a los "servicios" ordinario y extraordinario votados en Cortes, cuya administración era, por supuesto, independiente de la del encabezamiento de tercias y alcabalas; al tomar este acuerdo tanto en 1563 como en 1599 se trataba de conseguir que los Diputados impidieran a los Contadores Mayores cometer abusos y excesos en los repartos de dichos "servicios"⁴⁰.

38. Cortes de Valladolid, 1548, C. L. C., V, pág. 475, Petición 216.

39. A. C. C., XIII, Cortes de 1592 a 1598, pág. 506 y A. C. C., XIV, Cortes de 1592 a 1598, pág. 217. Hay constancia de la asistencia del Solicitador al Consejo de 1597 en Fuensalida (A. C. C., XIV, 25-II-1597, páginas 464 y 469), y a los de Uclés de 1599 (A. C. C., XVIII, pág. 369), Talavera en 1600 (A. C. C., XIX, pág. 369), Talavera en 1600 (A. C. C., XIX, pág. 173, mes de marzo) y Sigüenza, agosto de 1600.

40. A. C. C., I, Cortes de Madrid, 1563, pág. 84 y A. C. C., XVIII, Cortes de 1598 a 1601, pág. 200.

Siguiendo esta misma línea de conducta, las Cortes acabaron por confiar a la Diputación del Reino la administración del “servicio de Millones” en ciertas circunstancias ya someramente descritas y en las que no es oportuno insistir.

13. Inicialmente los Diputados eran solamente dos, y no estaban asistidos por ningún oficial ni subalterno. Pero probablemente en las Cortes de 1544⁴¹ se aumentó a tres el número de Diputados, cifra que ya no se modificó —salvo en ocasiones extraordinarias— durante todo el siglo XVI.

Cuando cesaban en su cargo anual los tres Diputados, se nombraba otros tres distintos, sin que hubiera nunca prolongación del poder de algún Diputado antiguo a fin de asistir y aconsejar a los entrantes. En las Cortes de Valladolid de 1555 se pidió que uno de los Diputados salientes —don Melchor de Guevara— continuara como Diputado durante el período siguiente, con la misión de servir de lazo de unión entre los Diputados salientes y los entrantes, favoreciendo así la continuidad de las gestiones. De haberse llevado a cabo este propósito hubiera salido ganando la eficacia de la Diputación; pero el Consejo Real, ante el que se apeló contra otro distinto acuerdo de estas mismas Cortes, resolvió incidentalmente esta cuestión, negando validez al acuerdo de prorrogar el nombramiento del Diputado en cuestión, y aunque se inició una oposición contra el Auto del Consejo, prevaleció definitivamente la voluntad de éste⁴². He aquí un primer caso en que el Consejo Real interviene decisoriamente modificando un acuerdo de las Cortes concerniente a la estructura de la Diputación.

Aunque los Diputados tenían la obligación de residir en la

41. En las Cortes de 1542 todavía se habla de dos Diputados (C. L. C., V, pág. 211), y en las de 1548 ya se mencionan tres (*ibidem*, pág. 369). Como el tiempo de duración del cargo era entonces un trienio y en 1555 cumplieron dicho trienio unos Diputados, remontándonos en la cuenta, podemos formar la siguiente relación: 1555-1554-1553, un grupo de Diputados; 1552-1551-1550, otro; 1549-1548-1547, un tercero; 1546-1545-1544 otro más. Sabemos que ya en 1548 había tres Diputados, pero no se aumentaría el número a tres en esas Cortes, porque ello habría alterado la duración trienal del cargo; hubo de ser, pues, entre 1542 y 1548, en un año que coincidiera con el comienzo de un período trienal y con una reunión de Cortes, año que no puede ser sino el de 1544.

42. Cfr. Apéndice, Cortes de 1555.

corte, frecuentemente necesitaban ausentarse de ella para realizar gestiones propias de su cargo, tales como el visitar las ciudades que solicitaban reducción en los precios de sus encabezamientos particulares; eso sin mencionar las ocasiones en que por enfermedad, o con licencia —y aun sin ésta— abandonaban la corte. Para evitar que los tres se marchasen al mismo tiempo, en la Instrucción que las Cortes les entregaban se prohibía a los Diputados que se fueran más de uno ⁴³.

A pesar de tal medida persistía un grave problema, como era que entre los dos Diputados residentes podían producirse empates de voto, o de decisiones contrapuestas. Por ello, en las Cortes de 1566 se trató nuevamente de la creación de un cuarto Diputado, sugiriéndose que fuera persona con experiencia en cuestiones fiscales y a ser posible en las propias del encabezamiento; también se propuso que en el nombramiento de este Diputado no interviniesen las ciudades, siendo por el contrario elegido directamente por los Procuradores ⁴⁴. La votación acerca de la Petición propuesta por Núñez de Illescas fue muy igualada, y aunque en las Actas no se recoge su resultado, sabemos que no volvió a discutirse sobre este tema y que el cuarto Diputado no fue nombrado nunca.

Tan sólo ante situaciones concretas y siempre con carácter ocasional, las Cortes encargaron a algún Procurador que actuase como suplente del Diputado ausente o enfermo, para evitar que en la corte quedase un solo Diputado; pero siempre hubo necesidad de resolver este problema con soluciones de urgencia, pues nunca se previó sistemáticamente el nombramiento anticipado de Diputado suplente. El Procurador que actuaba como tal lo hacía de modo provisional y sin consumir el turno correspondiente a su ciudad para la elección de Diputado ⁴⁵.

14. Aunque en 1525 el poder que se concedió a cada Diputado era anual, probablemente desde 1544 y con toda certeza desde 1550 ⁴⁶ la duración del poder fue de un trienio. Así vino sucediendo hasta las Cortes de 1563. Pero como el tiempo entre unas

43. Cfr., por ejemplo, A. C. C., III, pág. 100.

44. A. C. C., II, Cortes de 1566, pág. 259.

45. A. C. C., XI, pág. 46 (Cortes de 1588 a 1590), y A. C. C., XVIII (Cortes de 1598 a 1601) pág. 165.

46. Cfr. nota 41 y A. C. C., II, pág. 406.

Cortes y las siguientes casi nunca era de tres años exactos, surgía el inconveniente de que los Diputados cesantes no podían dar inmediatamente cuenta a las Cortes de su actuación, sino que o no la daban o habían de esperar para hacerlo a que el Reino se juntase en Cortes.

Para remediar este obstáculo, en las Cortes de 1563 se tomó el acuerdo de que los Diputados fueran nombrados de Cortes a Cortes, comenzando el plazo de ejercicio del cargo tan pronto como los Diputados anteriores rindieran cuentas ante los Procuradores⁴⁷. En los días finales de cada reunión, se daba poder a las ciudades a quienes correspondiese para que nombraran Diputado "desde las Cortes próximas venideras" hasta las siguientes⁴⁸.

En las Cortes de Madrid de 1588 a 1590 se planteó un problema sobre este punto. Para comprenderlo hay que observar que el tiempo transcurrido entre el comienzo de unas Cortes y las siguientes, fue aproximadamente de tres años en el período comprendido entre 1563 y 1586, por lo cual solían coincidir el antiguo criterio de la duración trienal y el posterior de la duración de Cortes a Cortes. Pero los Diputados de Zamora, Salamanca y Jaén, que fueron recibidos en Cortes a mediados de diciembre de 1586, se encontraron con la desagradable sorpresa de que las Cortes siguientes fueron convocadas demasiado pronto (empezaron el 3 de abril de 1588), con lo que el trienio aproximado que solía llevar cada

47. A. C. C., I, pág. 104. Hubo disputa aquel año 1563 sobre si se debía prorrogar el nombramiento a los Diputados presentes hasta las primeras Cortes, o si éstos habían de ser designados por las ciudades a quienes correspondía el turno hasta entonces trienal; zanjó la cuestión el Consejo Real (cfr. A. C. C., I, págs. 115, 117, 123, 124, 137, 240 y 241).

48. A. C. C., I, págs. 240-241; A. C. C., II, pág. 362; A. C. C., III, pág. 69; A. C. C., IV, pág. 88; como se sabe, no están editadas las Actas de las Cortes de 1576 a 1577, pero por la continuidad del turno entre ternas de ciudades, es fácil deducir que también en estas Cortes se siguió el mismo sistema; A. C. C., VI, pág. 125; A. C. C., VII, págs. 756; A. C. C., X, pág. 50; A. C. C., XII, pág. 78; A. C. C., XV, págs. 718 y ss.; A. C. C., XIX, pág. 837.

Pese a todo, al principio de los poderes dados a los Diputados se fija la expresión "para este trienio". Sólo tiene sentido pensando que las Cortes creyeran que iban a reunirse con periodicidad trienal, o considerando dicha expresión como mero residuo formal arrastrado desde 1563.

Diputado en el cargo, quedaba para estos de Zamora, Salamanca y Jaén notablemente reducido.

Los Diputados mencionados se quejaron de tal situación y pidieron que les fuera prorrogado el poder hasta que sirvieran un trienio. Pero tras el informe de los Letrados del Reino que estimaron inadmisibles las peticiones de los Diputados salientes, los Procuradores la rechazaron; y desde entonces el sistema de la duración "de Cortes a Cortes" se aplicó sin ninguna protesta⁴⁹. La insistencia de los Diputados de Zamora, Salamanca y Jaén en este incidente, muestra el espíritu con que los Diputados actuaban; su personal gestión (más o menos eficiente) les reportaba cuantiosos beneficios a los que, como se ve, no renunciaban fácilmente.

15. Los Diputados no eran los únicos componentes de la Diputación. Como ha de verse luego ellos no eran personas peritas en materias contables, ni especialmente conocedores de los problemas fiscales o jurídicos. Las ciudades a las que en cada ocasión tocaba la elección, los designaban sin tener en cuenta este tipo de consideraciones; y ya expusimos cómo fracasó la tentativa de nombrar un cuarto Diputado con capacidad técnica específica.

Para remediar un tanto este grave defecto se dotó a la Diputación de unos oficiales encargados de desempeñar las funciones más técnicas en relación con el encabezamiento de las tercias y alcabalas. Estos oficiales del Reino fueron desde 1536 a 1563 dos —Receptor y Solicitador— a los cuales se añadió en esta última fecha el Contador.

Así fue la estructura de la Diputación durante el resto del siglo XVI. Destaca su simplicidad en la que se refleja su dependencia excesiva a las Cortes. En la Diputación ni había nadie capacitado para recibir las cuentas de los Diputados, ni éstos tenían facultades para aprobar o rechazar definitivamente las de los oficiales; unos y otros rinden cuenta de su gestión ante las Cortes dentro de los primeros cuarenta días de cada reunión de éstas.

No tuvo tampoco la Diputación jurisdicción alguna en materia fiscal, como la tuvieron algunas otras Diputaciones peninsulares. Y cualquier cambio en su organización se decidió sin apenas intervención de los propios Diputados. La Diputación tenía, pues, muy

49. A. C. C., X, págs. 50, 89, 90 y ss.

escaso margen de iniciativa; como hijuela de las Cortes, les estaba sujeta.

II. PARTICIPACIÓN DE LAS CIUDADES EN LA DIPUTACIÓN.

16. Ya se vio cómo en 1525, cuando todavía acudían a las Cortes la nobleza y la Iglesia, sólo promovieron la Diputación los Procuradores de las ciudades. Entonces, en sentido estricto no podía decirse que los Diputados representaran a las Cortes sino tan sólo al estamento ciudadano. La ulterior exclusión de clero y nobleza de las Cortes perpetuó esta situación.

Pero aproximadamente desde entonces se generaliza la expresión "Diputados del Reino" y "Diputación del Reino"⁵⁰, términos que se mantienen en uso durante toda la centuria, produciendo así una disociación entre este pretendido carácter representativo de la Diputación y su verdadera estructura. Si recordamos además que tan sólo dieciocho ciudades castellanas tenían voto en Cortes, y que ellas se irrogaban la representación de todo el Reino⁵¹, comprenderemos que tan discutible como fue el carácter representativo de las Cortes castellanas durante la Edad Moderna, lo era el de su Diputación. Las alteraciones de la composición de las Cortes, y el fracaso de las Comunidades desnaturalizaron en el futuro su carácter representativo.

Y, sin embargo en ellas continuó tratándose en ocasiones acerca de cuestiones que interesaban a todo el Reino: tanto los formularios juramentos de fidelidad al rey, como la votación de "servicios" con frecuencia traducidos en impuestos indirectos de repercusión general, como la discusión de cuestiones políticas y económicas. Fijándose en todo ello aún podría defenderse el carácter representativo de las Cortes. Y a esta apariencia se acogieron tanto el rey como los Procuradores de las ciudades para mantener una ficción que a todos convenía. No siendo imaginable la total eliminación de las Cortes, los reyes del XVI se contentaron con desnaturalizarlas conservando tan sólo una apariencia de continuidad. Y los Procu-

50. Cortes de Valladolid, 1542, C. L. C., V, pág. 178.

51. Sobre los intentos de aumentar el número de ciudades con voto en Cortes, cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Concesiones de votos...* ya citado. Acerca del carácter representativo de las Cortes del XVI y XVII, cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *La Sociedad...*, págs. 20 y 46.

radores, interesados en perpetuar un organismo que aún podía ser útil a las ciudades y que desde luego lo era para ellos como grupo cerrado, admitieron la ficción y siguieron titulándose Procuradores de las Cortes del Reino.

Sólo en este sentido y dentro de ese cuadro de problemas puede admitirse el nominal carácter representativo de la Diputación del Reino. La apariencia no se compaginaba con la realidad, ni en las Cortes ni en la Diputación, reproducción suya.

17. El turno a seguir entre las ciudades con voto en Cortes para la elección de los Diputados no estuvo claramente determinado en los años siguientes a 1525.

En 1542, los Procuradores de Madrid y Córdoba presentaron Peticiones particulares insistiendo en la solicitud ya formulada en las Cortes anteriores —las de 1538— respecto a que “en la Diputación del encabezamiento haya rueda entre todas las ciudades e villas que tienen voto en Cortes”, según se había acordado en las de Toledo de 1525⁵²; es probable que el Consejo Real hubiera fijado cierto orden para la elección de Diputados, con el cual no estaban satisfechas las ciudades. Pero la petición de Madrid y Córdoba no fue atendida.

En 1555 un Procurador afirma “que en la manera que hasta aquí se ha tenido de nombrar Diputados no se ha tenido orden que parezca ser forçoso guardalla agora”; y otro Procurador alude a la confusión que había habido hasta entonces acerca de esta cuestión⁵³. Según se desprende de las Actas de estas Cortes, el Consejo Real había intervenido dos veces para fijar el orden a seguir en la elección, y ya todas las ciudades habían disfrutado de su turno, lo cual permitía introducir cambios en el sistema sin perjudicar a ninguna. Frente a la opinión de algunos Procuradores que preferían siguiera vigente el sistema establecido por el Consejo, se propuso la celebración de un sorteo en el que entrasen todas las ciudades con voto en Cortes, y del que saliesen formadas seis ternas quedando así constituida la rotación completa para la designación de Diputados.

No se dice en las Actas en qué consistía el orden fijado por el Consejo; pero parece que estribaba en formar tres series de seis

52. Cfr. nota 37, y C. L. C., V, pág. 178 y 211.

53. Para lo relativo a las Cortes de 1555, cfr. el Apéndice documental.

ciudades y en elegir por suerte dentro de cada serie tres ciudades o villas, que serían las encargadas de designar Diputado, quedando las otras tres de esa serie para el trienio siguiente. De este modo las ciudades componentes de las otras dos series ignoraban cuándo tocaría a cada una de ellas el turno; por otra parte, los sorteos habían de repetirse cada seis años, ya que en cada uno sólo entraban seis ciudades. Parece claro que era conveniente implantar el sistema del sorteo definitivo.

La elección entre uno y otro criterio fue sometida a votación en dichas Cortes de 1555. Si se continuaba aplicando el del Consejo Real había de efectuarse el sorteo entre Burgos, Segovia, Toro, Toledo, Cuenca y Sevilla, que integraban la primera serie nombrada por aquél organismo. Por ello los Procuradores de estas ciudades —a excepción de don Diego de Ulloa, representante de Toro— votaron en defensa del sistema del Consejo, más atentos a defender sus inmediatos beneficios que la conveniencia de la institución. Frente a este bloque, los Procuradores de León y Murcia se esforzaron por hacer triunfar el nuevo criterio, que fue finalmente derrotado en la correspondiente votación. Se apeló ante el Consejo Real contra el acuerdo tomado, pero como era de prever el Consejo ratificó la decisión de la mayoría de los Procuradores.

Todavía surgió otra duda y fue que aunque hasta entonces se había formado Diputación con dos miembros procedentes de las ciudades situadas al Norte de los puertos y uno de las del Sur (y al trienio siguiente en proporción inversa), el Auto del Consejo silenciaba esta acostumbrada distribución. El temor reverencial de los Procuradores al Consejo era tal que se discutió mucho sobre si podría o no mantenerse tan inofensiva y sensata práctica. Al fin se decidió respetarla y tras el sorteo obligado salieron elegidas Burgos, Sevilla y Cuenca para el trienio 1556-1557-1558, quedando Segovia, Toro y Toledo encargadas de elegir Diputado para el trienio siguiente.

Este enojoso sistema de los sorteos sucesivos y parciales rigió hasta las Cortes de 1559. En éstas era necesario hacer uno nuevo entre la serie siguiente de seis ciudades. Pero entonces triunfó entre los Procuradores el criterio de decidir definitivamente y en un solo

sorteo el turno completo entre todas las ciudades ⁵⁴. La "rueda" así establecida quedó formada por las seis ternas siguientes: Granada-Avila-Córdoba; Jaén-Salamanca-Zamora; León-Murcia-Madrid; Soria-Valladolid-Guadalajara; Sevilla-Cuenca-Burgos y Toledo-Segovia-Toro ⁵⁵.

Parece ser que en vez de efectuarse un verdadero sorteo, se respetó como definitivo el orden resultante de los sucesivos sorteos hasta entonces realizados, ya que lo interesante era lograr la seguridad y permanencia del turno. Y también, como puede comprobarse, se mantuvo la distribución geográfica entre las ciudades al Norte y al Sur de los puertos castellanos.

18. Vamos ahora a tratar de una cuestión importante en relación con la efectiva composición de la Diputación, para lo cual es imprescindible adelantar algunas ideas sobre el encabezamiento de las tercias y alcabalas, sin perjuicio de desarrollarlas ulteriormente.

Hasta el contrato general de encabezamiento que empezó a regir en 1575 casi todas las ciudades del Reino estaban encabezadas, esto es, aceptaron la cuantía del precio general del encabezamiento y el particular que a cada una se asignó.

Pero desde 1575 varias ciudades, villas y lugares del Reino estimaron excesivo el precio general del encabezamiento y el particular a ellas atribuido, y por ello no se encabezaron. Pese a esto, estaba sometidas a la Diputación respecto a la recaudación de sus tercias y alcabalas, pues dicha corporación enviaba administradores a tales ciudades para que recaudasen en ellas las rentas en cuestión; pero no gozaban de las sobras o montante del precio general del encabezamiento en el caso de que la Diputación lograra reunir

54. Lo creo así porque: a) no pudo ser en las Cortes de 1558, pues ya estaba decidido que el trienio 1559-1560-1561 correspondía en virtud del sorteo efectuado en 1555 a Toledo, Segovia y Toro; b) en A. C. C., I, página 123, en el día 23-V-1563, el Procurador de Zamora, don Luis Ordoño, se refiere a "... la orden questá puesta por el Reyno en las Cortes pasadas y pasada por determinación del Consejo Real..." acerca de la elección trienal de Diputados; seguramente en tales Cortes se trató del turno; c) a partir de 1563 ya no hay problemas de turno y como en estas Cortes no se estableció la rotación definitiva, ello indica que ya lo estaba en las anteriores.

55. El turno se transcribe al final de las Actas de las Cortes de 1556; A. C. C., II, pág. 406. A partir de entonces es fácil reconstruirlo, ya que no se alteró nunca el orden de las ternas.

mayor caudal del que el Reino se había obligado a pagar en el contrato general de encabezamiento.

Pues bien; en torno a esta situación de las ciudades no encabezadas surgieron dos problemas de muy espinosa solución. El primero consistía en si los Procuradores de estas ciudades podrían asistir y votar en los debates sobre temas relativos al encabezamiento general. El segundo era el de si una ciudad podría nombrar Diputado si le tocaba el turno no estando encabezada.

Ya en las Cortes de 1576-1577 se tomó el acuerdo de que los Procuradores de las ciudades no encabezadas no asistieran a las sesiones en que se trataran cuestiones relativas al encabezamiento⁵⁶. En las de 1579-1582 se discutió sobre si convenía ratificar o dejar sin efecto este acuerdo, triunfando la opinión de mantenerlo en vigor y de obligar a los representantes de Granada, Córdoba, Guadalajara y Toro —que se hallaban en tal situación— a abandonar la sala de reuniones cada vez que se debatiese algún punto referente al encabezamiento. La razón esgrimida en favor de esta exclusión era que las ciudades encabezadas habían tomado el precio del encabezamiento “a su cargo, riesgo y aventura”, y que siendo esto así la administración “desta hazienda y el buen cobro que a ella se debe poner, es y pertenece a las ciudades que lo han tomado y corren el riesgo”⁵⁷.

No obstante los Procuradores de las ciudades no encabezadas insistieron en su posición, pero prosperó a la hora de la votación el criterio de excluirlas, ratificando el acuerdo de las Cortes anteriores. La apelación de Granada, Córdoba, Toro y Guadalajara ante el Consejo Real fue también inútil⁵⁸.

Pero al margen de esto ¿podría una de dichas ciudades, u otra cualquiera tampoco encabezada, elegir Diputado llegado el turno?

Junto con Segovia y Toledo, al comienzo de aquellas Cortes de 1579 debía nombrar Diputado la ciudad de Toro, pero como no estaba encabezada, los Procuradores, dando por supuesto que Toro no podía hacer uso de su derecho, empezaron a discutir sobre el sistema a seguir para designar a la ciudad sustituta de Toro.

56. A. C. C., V, págs. 129, 137 y 141.

57. A. C. C., V, pág. 155 y ss.

58. A. C. C., V, págs. 255 y ss.

Contra esta tácita exclusión protestó el Procurador de Toro en requerimiento presentado a las Cortes, pero no consiguió imponer su criterio ⁵⁹. Esta solución se mantuvo desde entonces, y volvió a aplicarse en las Cortes de 1592 en relación con Guadalajara ⁶⁰.

Tampoco hubo fácil acuerdo entre los Procuradores en orden a la sustitución de Toro en 1579 y de Guadalajara en 1592. Tras muchas disputas, en la primera ocasión citada se impuso el criterio de sortear el cargo de Diputado entre todas las ciudades encabezadas a excepción de las otras dos componentes de la terna junto con Toro (que eran Segovia y Toledo). Y esta misma solución, aunque con alguna pequeña variante, se aplicó también en 1592 ⁶¹.

19. He expuesto prolijamente estas cuestiones por estimar que ambas se resolvieron de modo muy significativo.

La privación de los derechos discutidos sufrida por las ciudades no encabezadas, muestra claramente la predisposición de los Procuradores a hacer de la Diputación y aun de las mismas Cortes, entidades cada vez más cerradas. El número de dieciocho ciudades y villas con voto en Cortes queda reducido, a efectos del encabezamiento y de la designación de Diputados, desde que se sienta el principio de que para intervenir en aquél o elegir a éstos es preciso que cada ciudad esté encabezada. Poco importa que los lugares y villas de la provincia o distrito que cada Procurador aparentemente representa estén o no encabezadas; si la ciudad cabecera no aceptó el régimen de encabezamiento, se ven privados de los derechos ya aludidos.

Nótese que el Consejo Real vio con buenos ojos todo lo que contribuía a achicar la importancia de las Cortes y la Diputación, probablemente pensando que más fácil sería controlar esta institución cuanto menor fuese el número de ciudades que en ella intervinieran.

Finalmente conviene tener en cuenta otro motivo egoísta y personal que sin duda fue decisivo a la hora de excluir a las

59. Cfr. A. C. C., V, pág. 265 y el Auto del Consejo Real del día 3-VI-1579, en págs. 280, 281, 286 y 326.

60. Cfr. A. C. C., V, pág. 278 y págs. 292 a 295.

61. A. C. C., XV, pág. 105 y ss.

62. A. C. C., V, págs. 255, 296 y 565, y A. C. C., VI, págs. 282 a 288 y 152.

ciudades no encabezadas. El cargo de Diputado era muy codiciado, y al eliminar a tales ciudades, el individuo que había de ocupar el puesto vacante debía nombrarse por sorteo entre los Procuradores de las ciudades encabezadas. Cada uno de éstos al inclinarse en favor de tal decisión pensaría seguramente que él podía ser el afortunado que disfrutase las ventajas económicas inherentes al cargo de Diputado.

III. NOMBRAMIENTO Y GESTIÓN DE LOS DIPUTADOS.

20. Hasta 1579 no se dio una regulación general acerca de los requisitos necesarios para poder ser Diputado, ni tampoco sobre las posibles incompatibilidades entre este cargo y algunos otros. Tan sólo en 1555 en el acto de conceder poder para elegir Diputado a las tres ciudades a que entonces correspondía, se les indicó que nombraran "a personas tales... .. que usen bien y diligentemente los dichos cargos, y que no sean tratantes ni que tengan negocios en la Justicia Mayor, por que sin ningún respecto puedan hazer lo que conviniere"⁶³.

No obstante la falta de una regulación general, sabemos que en 1563 se permitía al Diputado ya elegido la renuncia libre (aunque no la realizada en favor de un tercero) de su cargo, o incluso la no aceptación. En tales casos se determinaba que la misma ciudad que nombró al Diputado renunciante había de elegir al sustituto⁶⁴. Pero en algunos casos de renunciaciones que surgieron en fechas posteriores, no siempre se aplicó este principio, y se osciló entre elegir por votación de los Procuradores y entre ellos al Diputado nuevo, o en someter a sorteo entre las ciudades el derecho a designarlo⁶⁵.

21. En cuanto a incompatibilidades, la alusión de las Cortes de 1555 (no ser tratante ni tener negocios procesales en la corte) era demasiado vaga e insuficiente. Por eso en 1566 hubo necesidad de acudir al dictamen de los Letrados del Reino para decla-

63. Cfr. Apéndice documental.

64. Cfr. A. C. C., I, pág. 114.

65. Cfr. A. C. C., VI, págs. 220 a 222, 258 y 259; 275 a 277; 616 y 620, A. C. C., XII, págs. 62 y ss.; A. C. C., XIII, págs. 286 y ss.; A. C. C., XIV, págs. 326; A. C. C., XV, pág. 9; A. C. C., XVIII, págs. 364 y 365, y A. C. C., XIX, pág. 850.

rar la incompatibilidad entre el cargo de Diputado y el de Contador Mayor de Cuentas, para evitar que ambos coincidieran en la persona elegida como Diputado por Jaén⁶⁶.

En 1579, por iniciativa e insistencia del Procurador de Burgos Diego Martínez de Soria, las Cortes aprobaron unos Capítulos o Instrucciones tocantes al oficio de Diputado⁶⁷. En ellos se dispuso la incompatibilidad entre este cargo y cualquier otro, a excepción del de Procurador en Cortes o del de criado de la casa del rey. También se prohibía a los Diputados que tuvieran o iniciaran pleito que hubiera de llevarse a la corte, si bien se les permitía defenderse en juicios incoados contra ellos después de su nombramiento.

Pero estas disposiciones apenas se cumplieron. Los Procuradores no pusieron mucho empeño en su observancia; así en 1592 el Diputado elegido por Guadalajara era Corregidor en Soria, pero no por ello fue privado de aquél cargo; antes bien se le dispensó de residir en la corte, y al cabo de unos meses cesó, al parecer voluntariamente, como Corregidor de Soria⁶⁸.

Aún hubo otro caso más claramente comprendido en el régimen de las incompatibilidades, y que tampoco se resolvió con arreglo a lo dispuesto en 1579. En 1599 el Licenciado Luis Maldonado, nombrado Diputado por Valladolid, era ya Oidor de la Contaduría Mayor de Hacienda, organismo que estuvo (como se verá) en permanente rivalidad con la Diputación. Ninguna ocasión mejor que ésta para declarar la incompatibilidad, y sin embargo no sólo no se reconoció así, sino que las Cortes dieron permiso a Maldonado para que no acudiese a rendir cuentas ante ellas como los demás Diputados, en consideración a las ocupaciones y trabajos de su digno oficio de Oidor⁶⁹.

¿Por qué esta actitud tan tolerante de los Procuradores? sencillamente porque en cierto modo ellos eran jueces y parte en tales asuntos. No sólo desde los Capítulos de 1579 sino probablemente desde el principio, los Procuradores y los Diputados fueron elegidos entre los caballeros de las ciudades castellanas. Muchos Di-

66. A. C. C., II, págs. 158 y 159.

67. A. C. C., V, pág. 458 y ss.

68. A. C. C., XV, págs. 105, 144, 145, 173, 180 a 188, 192, 193 y 567.

69. A. C. C., XVIII, pág. 126.

putados fueron escogidos en cada ciudad entre sus propios Regidores: en 1573 juró el cargo de Diputado elegido por Soria, Bernardino de Morales, que era Regidor de aquella ciudad; en 1586, comienza igualmente a actuar como Diputado el Regidor de Zamora, Juan Dávila Carvajal; en el mismo año, Jaén nombra Diputado al "veinticuatro" don Gonzalo Mexía; en 1587 es Diputado el salmantino don Rodrigo Paz, Regidor de su ciudad; las Cortes de 1588-1590 recibieron como Diputado al Regidor de Murcia, Juan de Medina Lisón. Y estos casos no debieron ser los únicos ⁷⁰.

En este mismo sentido, un Procurador de las Cortes de 1586-1588 dijo que "está ya introducido que ayan de ser y sean los Diputados del Reyno de los cavalleros que salen de ser Procuradores de Cortes, los cuales son y han de ser siempre de los más principales y granados de las ciudades,..." ⁷¹. Los Diputados, pues, solían ser ex-Procuradores de Cortes. Hecho que estaba en conformidad con los Capítulos de 1579, en los que junto a las prohibiciones ya comentadas se añadía: "... permitiéndose, como se permite, que puedan nombrar por Diputado al que fuese Procurador de Cortes..." ⁷².

De ahí la indulgencia de los Procuradores con los Diputados, pues sabían que quien hoy juzgaba como miembro de las Cortes podía ser juzgado mañana en calidad de componente de la Diputación ⁷³. La clave de las relaciones entre ambos institutos ra-

70. A. C. C., IV, pág. 114; A. C. C., V, pág. 262; A. C. C., VIII, pág. 137; A. C. C., X, pág. 185. Téngase en cuenta que estos datos han sido extraídos de los textos de los poderes entregados por cada ciudad al Diputado por ella nombrado, los cuales sólo se reproducen en las Actas de las últimas Cortes del XVI; hay que pensar que en poderes más antiguos habríamos podido comprobar varias veces el mismo hecho.

71. A. C. C., IX, pág. 365.

72. Cfr. nota 67.

73. Otro dato más: el 1-VII-1587 se discute en Cortes dónde han de presenciar las próximas fiestas de toros los Procuradores y los Diputados. Tras el debate prevalece el criterio de que en el tablado que se levantará para los Procuradores estén también los Diputados "por ser personas que han asistido por Procuradores de Cortes y algunas veces concurre el ser Procurador y Diputado"; cfr. A. C. C., IX, págs. 8 y 9.

dica con frecuencia en su composición personal y en los lazos de interés que de ello se derivaban.

22. Cuando las Cortes estaban a punto de disolverse se daba poder a las tres ciudades a las que correspondiese el turno, para que nombraran Diputados. Este poder había de ser reproducido en el texto del apoderamiento individual que cada ciudad entregaba al Diputado electo ⁷⁴.

Con la documentación acreditativa de su nombramiento el Diputado debía presentarse ante el Consejo Real, donde juraba el cargo, y tras ello acudía a las Cortes si estaban reunidas —como sucedía desde que los cargos duraban de Cortes a Cortes—, o ante los Diputados salientes, y volvía a jurar fidelidad al Reino ⁷⁵ comprometiéndose a “usar bien y fielmente el oficio de Diputado”.

Desde que el período de ejercicio de tal oficio fue de Cortes a Cortes, los Diputados entrantes comenzaban a actuar y a percibir salario después de los primeros cuarenta días de reunión de las Cortes, plazo durante el que éstas tomaban las cuentas a los Diputados salientes y a los oficiales del Reino.

23. Mientras las Cortes estaban reunidas los Diputados recibían órdenes directas de los Procuradores. Así, prohibieron en varias ocasiones a los Diputados y al Receptor que librasen pagos sin previa comunicación a las Cortes ⁷⁶; de modo análogo, los Procuradores fijaban qué días y a qué horas debían reunirse los Diputados y concedían o denegaban permisos para faltar a las reuniones ⁷⁷. Hasta tal punto se realizaba esta supervisión constante por parte de los Procuradores, que en 1593 llegaron a ordenar a los Diputados que mientras estuviesen reunidas las Cortes acudieran dos veces al mes para dar cuenta cada cual “del uso de sus oficios” ⁷⁸.

74. A. C. C., VIII, pág. 184 y A. C. C., V, págs. 282 y 322.

75. No sabemos en qué consistía el juramento ante el Consejo Real; quizá en él se prestase fidelidad al rey y en las Cortes fidelidad al reino; cfr., por ejemplo, A. C. C., IV, pág. 87; A. C. C., V, pág. 238 y 282; A. C. C., VIII, pág. 137 y A. C. C., X, págs. 114 y 185.

76. A. C. C., VIII, págs. 11 y 254; A. C. C., XII, pág. 51; A. C. C., XVIII, pág. 125.

77. A. C. C., III, pág. 336; A. C. C., XII, pág. 237 y A. C. C., XVIII, pág. 135.

78. A. C. C., XII, pág. 355.

De esta forma, durante las reuniones de Cortes la Diputación estaba estrechamente dirigida por ellas, de modo semejante a como lo estaban las numerosas Comisiones de las Cortes, con la única diferencia (aparte de su permanencia en los intervalos de una a otra convocatoria, y de los fines también invariables) de que sus componentes no fueran tres o cuatro Procuradores, como sucedía en las Comisiones propiamente dichas, sino los tres Diputados y los oficiales del Reino.

La superioridad de las Cortes se plasmaba también en la "Instrucción" para los Diputados que se les entregaba días antes de disolverse aquéllas. En 1566 se acordó que los Diputados debían jurar obediencia a los mandatos en ella contenidos; en 1570 se les eximió de tal obligación, conformándose los Procuradores con recomendarles en conciencia su cumplimiento⁷⁹; pero en definitiva, en la fórmula del juramento general prestado por los Diputados entrantes ante las Cortes, se incluyó la obediencia a la "Instrucción", con lo que la inferioridad jerárquica y el acatamiento de tal situación por los Diputados tuvo siempre un reconocimiento expreso y solemne.

Además de los encargos de gestiones concretas a realizar por Diputados y oficiales, en la Instrucción se incluían los Capítulos de 1579⁸⁰. En un principio su redacción era discutida en el pleno de las Cortes, pero aproximadamente desde 1570, cuando el vicio de nombrar Comisiones para cualquier asunto fue tomando carta de naturaleza, las Cortes delegaron en tres o cuatro Procuradores para la ejecución de dicha tarea⁸¹.

24. Al concluir los Diputados el período de ejercicio de su cargo, antes de ser despedidos (y generalmente gratificados) por las Cortes, daban cuenta a éstas de todas las gestiones cuya realización se les encargó en la "Instrucción". Generalmente solían rendir cuentas al mismo tiempo los Diputados y el Receptor del Reino, pues sus respectivas actuaciones estaban íntimamente vin-

79. A. C. C., II, pág. 400 y A. C. C., III, pág. 348.

80. A. C. C., I, pág. 209; A. C. C., III, pág. 107 y 155; y A. C. C., XV, pág. 771.

81. A. C. C., III, pág. 151; A. C. C., VII, pág. 755; A. C. C., XIII, pág. 250; A. C. C., IX, pág. 244; A. C. C., XV, pág. 625, y A. C. C., XIX, pág. 629.

culadas. Los otros dos oficiales (Solicitador y Contador) presentaban cuentas con relativa independencia. Cada uno respondía personalmente de sus actos, y los Diputados no eran premiados o sancionados como consecuencia de las actuaciones de los oficiales a ellos subordinados.

Mientras los nombramientos de los Diputados fueron trienales, la cesación en el cargo podía no coincidir con la reunión de Cortes, en cuyo caso los Diputados esperaban a la próxima convocatoria para justificar su gestión. Precisamente en las de 1563 hubo dificultades a este respecto, pues los Diputados salientes habían marchado a sus respectivas ciudades y no se presentaron a rendir cuentas. Cuando lo hicieron después de ser expresamente requeridos para ello, dejaron la clara impresión de haber actuado con negligencia y torpeza. Ello determinó a los Procuradores por una parte, como ya dijimos, a establecer el periodo de ejercicio de la calidad de Diputado desde una a otra reunión de las Cortes: y en segundo lugar se adoptó una enérgica actitud de censura contra los Diputados y el Receptor del Reino. Como consecuencia de su incompetencia y despreocupación fueron sancionados con la pérdida de la parte de sus salarios que aún no se les había librado, y además se consideró al Receptor como deudor del Reino por el importe de varios pagos que había efectuado indebidamente⁸³.

Pero éstas o análogas sanciones apenas se repitieron, aunque no faltaron ocasiones para ello; en los años siguientes la disciplina es menor, la autoridad de las Cortes se deja sentir menos a la hora de aprobar o rechazar cuentas y conductas, y la tónica marcada en 1563 no se mantuvo.

25. El poco celo de los Diputados y la escasa severidad de los Procuradores se pone también de manifiesto en punto a las ausencias de aquéllos durante los periodos de ejercicio de sus cargos.

En la "Instrucción" se concedía a cada Diputado tres meses de licencia anual para que pudiera ausentarse de la corte, cobrando el salario correspondiente a esos noventa días igual que si hubiese estado cumpliendo sus funciones⁸⁴. Pero a pesar de tan am-

82. A. C. C., I, pág. 95 y ss, y 115 a 117.

83. A. C. C., I, págs. 139, 240 y 158 a 160.

84. A. C. C., II, pág. 197 y A. C. C., XII, pág. 337.

plio período de descanso casi siempre se marchaban los Diputados, con el consiguiente abandono de sus tareas, más días de los permitidos. Por ello en el acto de rendición de cuentas se pasaba también revista a las ausencias extraordinarias; la sanción por esta causa podía consistir en descontarles del último tercio del salario —que se les entregaba después de aprobarles las cuentas— la parte proporcional a los días de ausencia injustificada, a no ser que las Cortes estimaran admisible la causa por la cual el Diputado o Diputados estuvieron fuera de la corte más de los noventa días de licencia ordinaria.

Y también en este punto las Cortes fueron demasiado tolerantes⁸⁵. Es obvio que ello repercutía desfavorablemente en la marcha de la Diputación, pues en muchos momentos —y en contra de lo preceptuado en la Instrucción— sólo había un Diputado en la corte, además de que con tan largas ausencias los Diputados perdían contacto con los problemas que tuvieran planteados en cada momento.

Así pues, no obstante la estrecha vigilancia ejercida por las Cortes sobre la Diputación, su tutela fue defectuosa y casi nunca sirvió para corregir los errores orgánicos de ésta. Los Procuradores no afrontaron a fondo el problema de si los Diputados estaban o no bien preparados para cumplir sus fines; cuando comprendieron que la Diputación funcionaba deficientemente no se decidieron a rectificar radicalmente sus imperfecciones notorias, sino que o sancionaron blandamente a los Diputados y oficiales alguna vez, o pidieron ayuda técnica a la Contaduría Mayor de Hacienda,

85. En 1566 perdonaron a un Diputado quince días de ausencia injustificada (A. C. C., II, pág. 197), y a los otros dos Diputados del mismo trienio se les perdonaron cuarenta y treinta y dos días, respectivamente (A. C. C., II, págs. 219, 220, 254, 340 y 355). Las Cortes de 1570 fueron más rigurosas en este punto y descontaron a los Diputados salientes el salario proporcional a los días de ausencia injustificada, que en el caso del Diputado Antonio de Ledesma eran 169 en dos años (A. C. C., III, págs. 128 y 140). Las de 1579 y 1583 no tomaron en cuenta a los Diputados las ausencias extraordinarias, y les libraron íntegros los últimos tercios de sus salarios (A. C. C., V, pág. 176 y A. C. C., VII, págs. 380, 486 y 775). Y análogamente actuaron las de 1592 a 1598 (A. C. C., XIII, págs. 99, 201, 372, 447 y 582; A. C. C., XIV, pág. 338 y A. C. C., XV, págs. 574, 587 y 636) y las de 1598 a 1601 (A. C. C., XVIII, pág. 603).

como ya iremos viendo. La fase de rendición de cuentas que debió ser aprovechada para modificar la constitución de la Diputación, ni siquiera se tomó como ocasión de juzgar severamente al personal de la institución. Y naturalmente este no era camino adecuado para dirigirla y encauzarla. En cuanto a las causas de esta tolerancia culpable sobre los incumplimientos de los Diputados, valga lo ya indicado en el número 21.

26. En la Diputación se llevaba un "Libro de ayuntamientos" que desde 1571 estuvo a cargo y en poder del Contador del Reino⁸⁶, y otro llamado "Libro de la Diputación" en el que Diputados y oficiales anotaban las libranzas de pagos que ellos ordenaban y efectuaban, y que servía también como "Libro inventario" de las escrituras y demás documentos importantes en poder de los Diputados, relativos a los contratos y demás operaciones jurídicas realizadas por ellos en orden al encabezamiento general; este libro estaba siempre en poder del Diputado más antiguo⁸⁷, que usualmente detentaba un cierto honor o prioridad respecto a los otros dos.

Sin embargo, cuando las Cortes nombraban a un Procurador para desempeñar provisionalmente (por ejemplo, en casos de sustitución) el cargo de Diputado, tal Procurador en ejercicio, pese a su carácter de miembro no definitivo de la Diputación, presidía las reuniones de los tres Diputados y tenía sobre ellos preferencia en el voto y en el asiento⁸⁸.

IV. LOS OFICIALES DEL REINO.

27. Se ha anticipado ya que además de los tres Diputados formaban parte de la institución que estudiamos unos oficiales, en concreto el Receptor y Solicitador, y más adelante también el Contador. Aunque en las Actas se habla con frecuencia del "oficio" de Diputado, la expresión "oficiales del Reyno" alude a estos otros tres, como integrantes de un grupo distinto y dependiente del constituido por los Diputados.

El Receptor era una especie de Tesorero único de la Diputación. Recaudaba las sobras del encabezamiento y las tenía en de-

86. A. C. C., III, pág. 283.

87. A. C. C., II, págs. 340 y 400, y A. C. C., VIII, pág. 399.

88. A. C. C., XII, pág. 97.

pósito, pagando de estos fondos los salarios de los Diputados y oficiales y cualquier otra partida que los Diputados o las Cortes le ordenasen liquidar⁸⁹. Se le exigían fianzas de la cuantía y naturaleza que las Cortes estimaran oportuno, en el momento de jurar el oficio⁹⁰.

A veces, como ocurrió en 1563 con Francisco de Laguna y en 1573 con Juan Núñez de la Cuadra, el Receptor quedaba deudor del Reino por no considerársele debidamente justificados algunos pagos hechos por él⁹¹. Pero en otras ocasiones (y ello demuestra el escaso orden interno en el funcionamiento de la Diputación) el Receptor tenía que pagar con cargo a su particular patrimonio determinados gastos de la Diputación en momentos en que los fondos de ésta se habían agotado; ni que decir tiene que posteriormente el Receptor sabía resarcirse del favor prestado, con la correspondiente retribución extraordinaria solicitada por él, y siempre con éxito, a las Cortes⁹².

El Receptor como todos los oficiales actuaba bajo las órdenes de los Diputados y, sobre todo, siguiendo el contenido de la "Instrucción" dada por los Procuradores. Debía responder ante éstos de su gestión cuando rindieran cuentas los Diputados salientes, aunque su responsabilidad era personal y nunca solidaria con la de éstos. Según fuera el balance entre los libramientos hechos por él y no aprobados "a posteriori" por las Cortes, y los efectuados a cargo de su peculio privado, el Receptor resultaba acreedor o deudor del Reino⁹³.

Ejercieron este oficio los siguientes individuos: probablemente desde 1536 a 1566, Francisco de Laguna; desde entonces a 1573,

89. Probablemente desde 1536 fue Receptor Francisco de Laguna: cfr. A. C. C., II, pág. 221.

90. A. C. C., II, pág. 229; A. C. C., IV, pág. 64 y ss., y A. C. C., XII, págs. 135 y 136.

91. A. C. C., IV, pág. 404.

92. Sobre esto volveremos en el número 47-D y nota 264.

93. En 1566, 1595 y 1599 el Receptor quedó deudor del Reino, con la obligación de hacer efectiva la cantidad a que ascendía el débito detrayéndola de su salario, siendo subsidiaria la responsabilidad de sus fiadores (A. C. C., XIV, pág. 217 y A. C. C., XVIII, pág. 141). En otras ocasiones (así en 1585, 1587 y 1593) resultó acreedor el Receptor (A. C. C., VII, pág. 661; A. C. C., IX, págs. 50 a 54 y pág. 98, y A. C. C., XII, págs. 262 y 263).

Juan Núñez de la Cuadra; al fallecimiento de éste fue elegido Nicolás Arias Reinoso, quien sólo ejerció como Receptor poco más de un año, pues en julio de 1575 renunció libremente el oficio; fue nombrado entonces Antonio Díaz Navarrete, que actuó hasta 1586 sucediéndole Francisco de Orozco que continuaba como Receptor todavía en 1601⁹⁴.

28. El Solicitador era el procurador procesal del Reino, con la misión de gestionar los pleitos en que éste fuera parte no sólo por las cuestiones indicadas en la "Instrucción" sino por cualquier nueva causa que surgiese⁹⁵. Cuidaba de tener bien informado al Reino del estado de los pleitos, comunicándolo a los Procuradores al comienzo de cada reunión de Cortes e inmediatamente después de la rendición de cuentas de los Diputados y el Receptor⁹⁶. Además, las Cortes o los Diputados podían llamarlo en cualquier momento para pedirle noticias sobre los asuntos pendientes o para someter a su gestión nuevos mandatos. El Solicitador no asistía a las reuniones oficiales de los Diputados, respecto a los cuales tenía una situación de dependencia y subordinación bastante notorias⁹⁷.

Fueron Solicitadores: hasta poco antes de 1563, Tristán Calbete; desde entonces hasta 1567 aproximadamente, Gaspar de la Serna; de 1567 a junio de 1589, lo fue Gutierre de Campuzano, y a partir de esta fecha hasta 1601 (o quizá más adelante), Francisco Gil de Aponte⁹⁸.

En alguna ocasión aislada hubo un oficial auxiliar del Solicitador, como Teniente del mismo. Las Cortes no veían con buenos ojos este aumento de la plantilla de oficiales de la Diputación, y por ello en 1580 a Cristóbal Velázquez, que era Teniente del Solicitador, se le deniega un aumento del salario, y aprovechando la

94. A. C. C., II, pág. 221; A. C. C., IV, pág. 404 y sesión del 21-IX-1573; A. C. C., VIII, págs. 18 a 22 y 44 y ss.

95. A. C. C., I, págs. 55 y 113, y A. C. C., XI, págs. 11 a 15.

96. Cfr., por ejemplo, respecto al famoso pleito del "servicio y montaje", A. C. C., VIII, págs. 24 a 27.

97. A. C. C., VII, págs. 71 y 74; A. C. C., X, págs. 98 y 108; A. C. C., XI, págs. 32 y 33; A. C. C., XII, pág. 581; A. C. C., XIII, pág. 177; A. C. C., XV, pág. 593; A. C. C., XVIII, págs. 132 y 470, y A. C. C., XIX, págs. 62, 392, 542 y 720.

98. A. C. C., VIII, pág. 389 y A. C. C., XI, págs. 11 a 15.

ocasión indicaron que los honorarios de tal Teniente debían correr a cargo del Solicitador, con lo cual se da a su sustituto un carácter puramente privado. A la muerte de Cristóbal de Velázquez, las Cortes acordaron no cubrir la vacante y extinguir el oficio⁹⁹.

Como el Solicitador no era Letrado ni director técnico-jurídico de los pleitos a él cometidos, sino un mero agente judicial y extrajudicial, la dirección propiamente jurídica de los procesos del Reino estaba encomendada a los Letrados. Estos actúan siempre como meros órganos consultivos tanto de los Diputados como de los Procuradores. Su intervención esporádica y su dependencia de las Cortes, los muestran no como oficiales de la Diputación, sino como peritos a quienes se pedía un dictamen. Ciertamente los Letrados del Reino percibían salarios con cargo a la Hacienda del Reino administrada por la Diputación, lo cual no es suficiente para afirmar que dependieran jerárquicamente de los Diputados ni que fueran componentes de dicha institución. Por ello, si bien los Diputados podían nombrar o destituir a un oficial del Reino en el período de Cortes a Cortes, los Letrados eran designados por los Procuradores sin intervención alguna de la Diputación. Análoga en cierto modo a la de los Letrados era la situación administrativa del médico y del capellán de las Cortes¹⁰⁰.

Con carácter subalterno actuaban en la Diputación uno o dos porteros que frecuentemente eran los mismos del Consejo Real¹⁰¹.

29. La creación del oficio de Contador de la Diputación —o Contador del Reino, como también se le llamaba— data de las Cortes de 1563. Recuérdese que en estas mismas Cortes se censuró duramente al Receptor y los Diputados por su actuación negligente y desacertada.

Para reaccionar contra estos defectos un Procurador, el sevillano Ruy Barba Coronado, propuso la creación de este nuevo oficio. Argüía en favor de su idea las siguientes razones, muy ilustrativas para conocer nuevos datos acerca del mecanismo interno de la Diputación: que las cuentas dadas por el Receptor no po-

99. A. C. C., VI, págs. 241, 321 y 546.

100. A. C. C., V, pág. 308; A. C. C., VI, pág. 726; A. C. C., XII, pág. 127, y A. C. C., XIV, pág. 540.

101. A. C. C., III, pág. 199; A. C. C., IV, pág. 154, y A. C. C., VI, pág. 546.

dían ser comprobadas, por no haber más contabilidad que la suya; que los mismos Diputados estaban en manos del Receptor, porque éste guardaba la "Instrucción" en su poder, y sin ésta los Diputados no sabían qué firmar, ni qué libranzas aceptar o rechazar; que tampoco estaban en poder de los Diputados las escrituras y recaudos justificativos de las deudas o créditos del Reino. Todos estos males (continuaba opinando Ruy Barba) podrían remediarse con la creación del oficio de Contador del Reino, el cual debería "tener cuenta corriente" con el Receptor, esto es, contabilizar en libros llevados por él los pagos hechos por el Receptor, así como también los ordenados por los Diputados; también sería misión del Contador vigilar por el cumplimiento de la "Instrucción", y llevar cuenta y razón de los arrendamientos de rentas no encabezadas realizados por los Diputados ¹⁰².

Hubo muchos Procuradores que se opusieron a la creación de este nuevo oficio, por estimar que era un gasto innecesario, y que lo procedente era obligar a los Diputados a que cumplieran sus deberes en vez de dejarse cómodamente dominar por el Receptor. Pero en la votación ganó Ruy Barba Coronado, y en consecuencia se nombró Contador del Reino, oficio que recayó inicialmente en la persona del Licenciado Montalbán, que entonces era Relator de la Contaduría Mayor de Hacienda ¹⁰³.

¿Hasta qué punto fue eficaz el nuevo oficio? Probablemente convenía la existencia de un Contador que pudiera ejercer vigilancia sobre el Receptor y frenar un poco su excesiva influencia en el funcionamiento de la Diputación. No se olvide que los Diputados nunca fueron elegidos por sus conocimientos en materia fiscal, mientras que el Receptor era hombre con mucha experiencia en este terreno, y, a veces, no demasiado escrupuloso ¹⁰⁴; por ello, el Contador, supliendo la deficiente capacitación técnica de los Diputados, debía ser también hombre dotado de conocimientos en

102. A. C. C., I, pág. 141 a 144.

103. A. C. C., I, págs. 146 a 148, 149 y ss., y 167.

104. LAIGLESIA, F.: *Organización de la Hacienda en la primera mitad del siglo XVI*, en *Estudios*, II, Madrid, 1919, págs. 51 y ss. publica un pliego de cargos levantado contra Francisco de Laguna cuando éste era Teniente de Contador y Escribano de rentas de la Hacienda real; sabido es que este personaje fue el primer Receptor de la Diputación.

la práctica contable y fiscal, y al mismo tiempo gozar de toda la confianza del Reino. El Licenciado Montalbán parecía reunir estos caracteres.

Pero debió ejercer el oficio muy poco tiempo. En 1567 cesa como Contador (para pasar a ser Receptor) el hijo del Receptor Francisco de Laguna, Hernando, que había sido Contador desde el fallecimiento del Licenciado Montalbán; así pues, la muerte del Contador Montalbán¹⁰⁵ debió ocurrir después de disueltas las Cortes de 1563 y antes de comenzar las de 1566 ya que las Actas de éstas no mencionan tal acontecimiento; lo cual indica que el Receptor Laguna aprovechó inmediatamente la muerte de Montalbán para situar como Contador del Reino a su propio hijo, Hernando Laguna; con ello la pretendida oposición entre Contador y Receptor quedó anulada.

Cuando en marzo de 1567 Hernando de Laguna pasó a ser Receptor, se planteó el problema de si convenía nombrar otro Contador o declarar extinguido el oficio. Pese a que la experiencia anterior no había sido favorable por lo pronto que el nuevo oficio cayó bajo el poder del Receptor, los Procuradores en 1567 decidieron proveer provisionalmente el oficio hasta las Cortes venideras, encargando al Contador que actuase además como Secretario de los Diputados. Parece como si quisieran formar un bloque entre Diputados y Contador frente al Receptor¹⁰⁶.

Pero la apariencia vuelve a resultar engañosa. Algún Procurador se opuso al nombramiento como Contador de Gaspar de la Serna porque éste era "hechura de Francisco de Laguna, que es Receptor del Reyno, y que este es oficio que ha de ser contra el Receptor...". Tan grave acusación (por lo demás no contradicha) no fue obstáculo para que la designación de Contador recayera en favor del tal Gaspar de la Serna, que ejerció el oficio desde entonces —1567— hasta 1581, año en que logró le sucediera su hijo Antolín de la Serna, que continuó desempeñándolo hasta el fin del período que estudiamos¹⁰⁷.

105. A. C. C., II, pág. 221 y ss.

106. A. C. C., II, pág. 224.

107. A. C. C., II, págs. 226 y 242; el ingreso en el oficio de Antolín de la Serna fue gradual (A. C. C., IV, pág. 405 y 417, y A. C. C., VI, págs. 489 y 725).

Todo parece indicar que ninguno de los Contadores mencionados ofrecieron resistencia seria al Receptor. El oficio de Contador devino también patrimonio de una familia, y de ahí que cuando Antolín de la Serna no pudo por enfermedad desempeñarlo enviara como suplente a su hermano Cristóbal, sin consultar previamente a las Cortes¹⁰⁸. La indulgencia de los Procuradores con el Contador se mostró también en otro episodio que tuvo por protagonista al mismo Antolín de la Serna, cuya honradez no resplandece demasiado a través de las Actas, sin que ello fuera óbice para que continuase ejerciendo el oficio de Contador¹⁰⁹.

Las funciones propias del mismo fueron muy heterogéneas. En 1570 Gaspar de la Serna reseñó ante las Cortes cuáles eran sus trabajos y tareas, con el propósito de solicitar un aumento de salario. Por esta especie de exposición de méritos podemos enterarnos de que el Contador redactaba en nombre de los Diputados todas las peticiones que éstos dirigían a la Contaduría Mayor de la Hacienda Real, para que ésta librase fondos a la Diputación; llevaba relación de los arrendamientos de las rentas no encabezadas y de todas las operaciones a ellos concernientes; debía vigilar los pagos hechos por el Receptor, como ya se dijo, siendo esta quizá su más seria obligación; actuaba como Secretario de los Diputados; contabilizaba los salarios pagados por el Receptor a cada uno, así como las ausencias ordinarias y extraordinarias, y aún corrían a su cargo algunas otras gestiones de menor importancia¹¹⁰.

Su posición dentro de la Diputación llegó a ser tan firme, que hay momentos en que las Cortes fían más de la actuación del Contador, sobre todo en tiempos de Antolín de la Serna, que de la de los Diputados, cuyas misiones resultaban cercenadas por la absorbente actividad del Contador. Así, en 1586 es el Contador quien negocia con la Hacienda real el pago y distribución de las sobras del encabezamiento (trabajo que más propiamente correspondía a los Diputados), y en 1588 informa al Reino de un hecho cuya notificación debió correr a cargo de los Diputados (se trataba de un fraude de 6.000 ducados cometido contra la Hacienda del Reino

108. A. C. C., IX, págs. 146, 147 y 353.

109. A. C. C., XVIII, págs. 246, 332, 347, 349 y 355.

110. A. C. C., III, págs. 119 a 126.

en Córdoba); de modo similar en 1596 las Cortes dieron poder a Antolín de la Serna (y no a un Diputado o al Solicitador, como parecía lógico) para proseguir en nombre del Reino el famoso pleito del "servicio y montazgo"; también iba a veces el Contador a inspeccionar a los administradores de las rentas no encabezadas, o a administrar por sí mismo las de algún partido ¹¹¹.

30. Cuidadosamente he evitado aludir al sistema de nombramiento de las personas que ejercieran los oficios del Reino. Por supuesto, la rotación o turno entre las ciudades no afectaba más que a la designación de Diputados, pero en modo alguno a la de los oficiales del Reino. Había, pues una total libertad para elegir en cada caso y para cada uno de estos oficios a la persona que se considerase más apta, sin sujeción a turno ni a propuesta alguna de las ciudades.

Sin embargo, de hecho, la transmisión de los oficios se hizo por muy distinto procedimiento. El sistema de las ventas de oficios o renunciaciones en favor de un tercero fue el modo más frecuente de sustituir a unos oficiales por otros. Ello explica que Francisco y Hernando Laguna y Gaspar y Antolín de la Serna, padres e hijos entre sí, fuesen respectivamente Receptores y Contadores del Reino durante muchos años.

El 22 de marzo de 1567 el entonces Receptor Francisco de Laguna acudió a las Cortes, expuso latamente sus méritos y servicios, y como premio a ellos y a su vejez, suplicó al Reino le hiciese la merced de nombrar como Receptor a su hijo Hernando, a lo cual accedieron los Procuradores ¹¹².

Con ello se sentó un precedente en la Diputación, si bien es cierto que no se hacía sino admitir la aplicación de un procedimiento ya de antiguo generalizado en Castilla ¹¹³. No se sabe cómo fueron designados el Solicitador (y luego Contador) Gaspar de la

111. A. C. C., VIII, págs. 181; A. C. C., X, pág. 208; A. C. C., XIV, pág. 509; A. C. C., V, pág. 277; A. C. C., XV, págs. 550, 691 y 695, y A. C. C., XVIII, págs. 148, 202 y 237.

112. A. C. C., II, pág. 221 y ss.

113. GARCÍA-GALLO, A.: *Curso...*, pág. 410.—VICENS VIVES, J.: *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII*, XI congrès International des Sciences Historiques, Estocolmo, agosto de 1960, IV, Histoire Moderne, págs. 1 a 24, especialmente págs. 15 a 24.

Serna, ni el Receptor Juan Núñez de la Cuadra, sucesor de Hernando Laguna. Pero en 1575 Gaspar de la Serna obtuvo permiso para renunciar el oficio a su muerte en su hijo Antolín, quien poco después, juró el oficio de Contador, para poder ejercerlo en casos de enfermedad o prisión de su padre ¹¹⁴.

En 1583 el entonces Receptor Antonio Díaz Navarrete suplicó se le diese poder para renunciar el oficio en su hijo o en su yerno, y en las condiciones que él quisiera. No obstante la oposición de dos Procuradores, las Cortes otorgaron un amplísimo poder al Receptor en el que se accedía a su petición ¹¹⁵.

A los tres años justos de tan amplia concesión, presentó a las Cortes Díaz Navarrete una petición en la que alegando que no tenía hijos ni yernos a quienes beneficiar con su renuncia, solicitaba se le permitiese renunciar el oficio en favor de Francisco de Orozco, persona que según él reunía las condiciones idóneas. Y acto seguido se representó en las Cortes la comedia siguiente: los Procuradores denegaron permiso a Díaz Navarrete para renunciar en Francisco de Orozco; el Receptor, muy humildemente, acató la decisión de las Cortes y renunció a su oficio libremente, esto es en manos del Reino; los Procuradores dieron las gracias a Díaz Navarrete, y se reunieron para elegir nuevo Receptor, y la designación recayó sobre el mismo Francisco de Orozco. Con esta simulación se encubrió la verdadera venta que Díaz Navarrete había ya hecho a Orozco, y que no estando autorizada en la concesión de 1583, hubo de recubrirse de este falso aparato ¹¹⁶, que permitió probablemente a los Procuradores beneficiarse de parte del precio pagado por Orozco por el oficio de Receptor.

Poco tiempo después, el 16 de enero de 1587, los Procuradores acordaron prohibir enérgicamente las renunciaciones en favor de tercero de los oficios del Reino, considerando el daño que podría derivarse de que tales oficios se entregaran al mejor postor, y no a la persona más apta; en consecuencia las Cortes recabaron sobre sí la misión de nombrar libremente a los titulares de los oficios, advirtiendo que cuando constare que en la elección de cualquiera de ellos "hubo o intervino precio en poca o mucha

114. Cfr. nota 107 y además A. C. C., III, págs. 278 a 282.

115. A. C. C., VIII, pág. 170.

116. A. C. C., VIII, págs. 18 y ss.

cantidad. u otro pacto o convención ilícita de parte del nuevamente proveído con su predecesor o con otro alguno”, el así nombrado perdería la titularidad lograda por medio tan rechazables ¹¹⁷.

Pero los Procuradores tenían muy mala memoria; las mismas Cortes que en enero de 1587 expusieron todas las desventajas del sistema de renunciaciones, poco después de un año concedieron a los tres oficiales del Reino facultad para renunciar sus oficios en beneficio de tercero: al Receptor Orozco se la otorgaron para entregar su oficio a su hijo o a su yerno; al Contador Antolín de la Serna se le permitió renunciar en favor de un deudo suyo hasta el cuarto grado de parentesco, y al Solicitador Campuzano le dieron “licencia y facultad para pasar su oficio de agente del Reino en la persona que él señalare” ¹¹⁸.

Ni el Receptor ni el Contador intentaron renunciar sus oficios en beneficio de nadie; pero no así Campuzano, quien en las Cortes siguientes, en mayo de 1589, presentó la licencia y facultad que se le había otorgado en 1588, y basándose en ellas quiso renunciar su oficio en favor de Francisco Gil de Aponte. Las Cortes decidieron en contra de la petición de Campuzano, quien en vista de ello declaró que seguiría desempeñando el oficio de Solicitador; pero como en sesión de 3 de junio algunos Procuradores profirieron palabras muy duras en contra de Campuzano, éste pocos días después hizo libre dejación de su oficio en manos del Reino, para que las Cortes nombraran libremente a su sucesor. Y dos días después las Cortes nombraban Solicitador a Francisco Gil de Aponte ¹¹⁹. La simulación del caso Díaz Navarrete-Orozco volvía a repetirse ahora.

En las de 1592-1598 se inició una información sobre los sucesos aquí descritos. Los Procuradores reconocieron que tanto Antolín de la Serna como Francisco de Orozco tenían facultad para renunciar sus oficios, según acuerdos de Cortes anteriores. La investigación estuvo dirigida por el diligente Procurador segoviano Antonio Mampaso, que intentaba privar a los oficiales del poder para renunciar sus oficios. Pero la mayoría de los Procuradores

117. A. C. C., VIII, págs. 194 a 196.

118. A. C. C., IX, págs. 346, 347, 359 a 363 y 374.

119. A. C. C., X, págs. 494, 495, 514 y ss., 544 y 546 a 550.

quiso echar tierra sobre este asunto, y Mampaso apeló de tal acuerdo ante el Consejo Real. Este organismo dio toda la razón a Mampaso y declaró sin valor las facultades otorgadas por las Cortes de años anteriores en favor de los oficiales del Reino en orden a la renuncia de sus oficios. Orozco y de la Serna apelaron contra el Auto del Consejo Real, pero en revista se confirmó la decisión del Consejo¹²⁰. Con ello quedó zanjado el problema.

En el calor de la disputa entre Mampaso y los demás Procuradores, se deslizó un dato muy significativo: cada uno de los oficios valía en venta de 25.000 a 30.000 ducados, o lo que es igual, unos diez millones de maravedís¹²¹. Es creíble que las simulaciones que acabamos de relatar y las discusiones entre los Procuradores no se basaban en una desinteresada opinión sobre si convenía o no el sistema de las ventas de oficio, sino en el intento de los Procuradores de participar en el precio de la venta. Concediendo a los oficiales facultad para renunciar en beneficio de tercero, el precio dado por el oficio pasaba íntegramente al renunciante-vendedor; por el contrario, denegando esta facultad la sustitución había de hacerse a través y con el consentimiento de las Cortes, y los Procuradores podrían percibir una parte más o menos crecida del precio de venta del oficio. Así mismo es de suponer que los Procuradores que concedieron a los oficiales (caso ocurrido en 1588) la facultad de renunciar directamente los oficios en nombre de un tercero, obtendrían alguna recompensa por parte de los oficiales en ejercicio. De un modo u otro, habiendo renuncia directa o simulada, todo contribuye a indicar la participación interesada de los Procuradores en la designación de las personas titulares de los oficios del Reino.

CAPÍTULO TERCERO

LA DIPUTACION Y EL ENCABEZAMIENTO DE TERCIAS Y ALCABALAS

I. CUESTIONES GENERALES DE LA HACIENDA CASTELLANA.

31. Conviene hacer una somera descripción de algunos órga-

120. A. C. C., XII, págs. 355, 360 y 362 a 366; A. C. C., XVIII, 182, 194 a 197 y 502 a 503.

121. A. C. C., XII, pág. 195.

nos centrales de la Hacienda real castellana en el siglo XVI, porque junto a ellos actuó y con ellos tuvo numerosas colisiones la Diputación del Reino ¹²².

Desde las Ordenanzas dadas por los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1476, quedaron formalmente organizadas las dos máximas instituciones de la Hacienda castellana: la Contaduría Mayor de Cuentas y la Contaduría Mayor de Hacienda. Nuevas disposiciones reales de 1554 y 1568 modificaron su primitiva ordenación, pero sin afectar a la esencia de ambos organismos ni sus respectivas funciones ¹²³.

La Contaduría Mayor de Hacienda tenía como fin "la administración de las rentas ordinarias, con exclusión de la contabilidad propiamente dicha. Realiza los actos de gestión precisos para recaudar directamente las rentas —caso raro— o para cederlas en arriendo —caso corriente—" ¹²⁴. Estaba también dotada de poder jurisdiccional en materia fiscal.

El ejercicio de las actividades administrativas correspondía a los Contadores Mayores y el de las jurisdiccionales a los Oidores; al menos el texto legal era muy claro en este deslinde personal de funciones ¹²⁵. La Contaduría Mayor de Hacienda era, pues, ór-

122. No intento aquí una descripción ni original ni completa de la Hacienda real; utilizo la legislación pertinente contenida en la Recopilación de Felipe II, y la bibliografía que se ha ocupado, nunca exhaustivamente, sobre el tema; las mejores páginas siguen siendo las del Profesor CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*, II, Madrid, 1949, págs. 47 a 93. Puede verse también LAIGLESIA, F.: *Organización...*—ESPEJO, C.: *Sobre organización de la Hacienda castellana en el siglo XVI*, Cultura Española, VI, pág. 403 y ss, y VII; págs. 687 y ss.—SUREDA CARRIÓN, J.: *La Hacienda castellana y los economistas del siglo XVII*, Madrid, 1949 (contiene algunos datos de interés en sus Capítulos VI, VII y VIII); y la más reciente obra de Modesto ULLOA, *La Hacienda real...*, págs. 29 a 32.

Quiero advertir al lector que la obra de ULLOA ha llegado a mis manos teniendo ya este trabajo terminado, y casi a punto de ser enviado a la imprenta. He procurado aprovechar y citar datos e ideas de ella, pero no he modificado la redacción del texto mío original, pese a que algunas cuestiones que yo trato aquí están también, y con más detalle, incluidas en el libro de ULLOA. Disculpe, pues, el lector alguna repetición acaso innecesaria.

123. Todas ellas fueron incorporadas al Libro IX de N. R.

124. CARANDE, R.: *Carlos V...* pág. 57.

125. N. R., IX, 1, 4.

gano encargado de la administración y gobierno de las rentas reales y de la resolución jurisdiccional de los procesos en torno a ellas ¹²⁶.

De la contabilidad de dichas rentas se ocupaba la otra Contaduría Mayor, la de Cuentas. A fin de cada año los Contadores Mayores de Hacienda entregaban a los de Cuentas una relación detallada de lo que debían recaudar los receptores o recaudadores de las rentas ¹²⁷; cada uno de éstos presentaba en los plazos convenidos en la Contaduría Mayor de Cuentas la justificación de haber hecho efectivas en la Tesorería las cantidades debidas, y entonces los Contadores Mayores de Cuentas les daban el finiquito o aprobación de sus cuentas ¹²⁸. Como dice Carande "El servicio de esta Contaduría se corresponde visiblemente con el de la intervención general y hasta cierto punto con el de un Tribunal de cuentas" ¹²⁹.

La Contaduría Mayor de Hacienda dirigía la administración fiscal, aconsejaba en esta materia al rey —al menos antes de la aparición definitiva del Consejo de Hacienda—, celebraba los contratos de arrendamientos de las rentas, e intervenía en los contratos de encabezamiento, como explicaremos en seguida. Representaba los intereses fiscales del rey, y en nombre de éste realizaba las operaciones enumeradas.

La Contaduría Mayor de Cuentas sin estar verdaderamente subordinada a la de Hacienda, actuaba de hecho en función de ella, ya que se atenía a la relación anual que los Contadores de Hacienda le enviaban, no pudiendo reclamar más cantidades que las en ella indicadas, ni a otras personas que a las apuntadas en dicha relación. Su gestión era contable, con el importante aditamento de poder aprobar o rechazar las cuentas presentadas por los receptores o recaudadores en general.

En una y otra Contaduría trabajaba una complicada red de oficiales. Ni en los textos legales ni en los insuficientes trabajos

126. N. R., IX, 1 y IX, 2 en general ambos títulos.

127. Estos eran quienes cobraban las rentas de manos de los arrendadores o de los "fieles"; en seguida se verá con algún detenimiento este complicado engranaje.

128. N. R., IX, 5, 8 y en general todo este título quinto.

129. CARANDE, R.: *Carlos V...*, pág. 58.

de Laiglesia y Espejo, que se ocupan principalmente de este aspecto, es posible entender con claridad sus funciones. Baste aquí señalar que todos ellos (contadores menores, oficiales del sueldo, de rentas, de mercados, de relaciones, de quitaciones, escribanos de rentas...) estaban subordinados a los Contadores Mayores de cada Contaduría ¹³⁰.

32. La Hacienda real utilizaba distintos procedimientos para la percepción de las rentas. Se procuraba amoldar el cobro de cada una a su peculiar naturaleza, y de ahí la diversidad de los sistemas de recaudación. Podríamos hablar del arrendamiento, la administración directa, el repartimiento, las "fieldades" y el encabezamiento, y quizá aún cupiera mencionar alguna forma mixta o impura de secundaria importancia; y por otra parte, se daban casos en que el cobro de una misma renta se hacía concurrentemente por distintos procedimientos (por ejemplo, si en cada fase de la percepción se empleara un método, o bien porque algunas ciudades o partidos quedaran sometidos a un modo de cobro, y otros a un sistema diferente) ¹³¹.

Como el encabezamiento de tercias y alcabalas se adoptó como solución para salvar las desventajas del arrendamiento de rentas (quizá el procedimiento más generalizado), conviene exponer en qué consistía éste para poder comprender después la razón de ser del sistema de encabezamiento.

Los Contadores Mayores de Hacienda sacaban a subasta pública las rentas todas de un partido ¹³² para arrendarlas al mejor postor ¹³³. Este —llamado en los textos legales arrendador mayor— firmaba contrato con los Contadores comprometiéndose a entregar a la Hacienda real la cantidad establecida en su "hoja de postura", ofreciendo las debidas garantías, sometiéndose a las condiciones legales respecto al lugar y tiempo del pago ¹³⁴, y obligándose a efectuar la entrega de la cantidad determinada sin ningún des-

130. N. R., IX, títulos 1, 2, 3 y 4.

131. Un resumen muy breve de las maneras más usuales de cobrar rentas, en M. ULLOA: *La Hacienda...*, págs. 67 a 69.

132. N. R., IX, 9, 17.

133. N. R., IX, 9, 22.

134. N. R., IX, 9, 23.

cuento, aun cuando sucediera cualquier evento por extraño, perjudicial y fortuito que fuera ¹³⁵.

Además de exigirse muchas y firmes fianzas a los arrendadores mayores, y de no eximirseles del pago ni aun por caso fortuito extraordinario, la ley aseguraba el pago de las rentas con otra medida quizá más dura: la de privar a los arrendadores mayores y a sus fiadores del beneficio de cesión de bienes ¹³⁶. Por ello unos y otros respondían de la entrega de las rentas a la Contaduría, no sólo con sus respectivos patrimonios, sino con su libertad personal, ya que en caso de no pagar eran apresados, y permanecían en régimen de prisión por deudas "hasta tanto que cumplan y paguen lo que deben y fueren obligados a pagar de las dichas rentas" ¹³⁷.

Pero tampoco el arrendador mayor cobraba directamente las rentas, sino que las fraccionaba subarrendándolas a varios arrendadores menores. Los contratos de arrendamientos por menor se celebraban entre el arrendador mayor y el que más alto pujase en relación con cada fracción de renta; en estos contratos no intervenían los Contadores Mayores de la Hacienda real, sino los escribanos de rentas, que pertenecían a la Contaduría Mayor de Hacienda ¹³⁸.

Estos arrendadores por menor cobraban de cada ciudad, villa o lugar del Reino las rentas objeto de sus respectivos contratos, pero no las ingresaban directamente en la Tesorería Real, sino que las entregaban a los receptores, y éstos finalmente abonaban las cantidades percibidas en cualquiera de las ramas de la Tesorería ¹³⁹, y justificaban en la Contaduría Mayor de Cuentas haber hecho el abono en cuestión, recibiendo en ese momento el finiquito de su cuenta.

135. N. R., IX, 9, 2.

136. N. R., IX, 9, 7 y TOMÁS VALIENTE, F.: *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, en A. H. D. E., XXX, págs. 249 a 489, IV.

137. N. R., IX, 9, 5.

138. N. R., IX, 11, leyes 1 y 3.

139. El mecanismo de la Tesorería general y los receptores generales y particulares fue complejo, oscilante y muy defectuoso; la pluralidad de cajas fue uno de los problemas capitales que abordó Carlos V, que pretendió unificarlas: meta que no logró alcanzar; cfr. CARANDE, R.: *Carlos V...* págs. 69 y 30.

33. Desde que cada castellano pagaba un impuesto hasta que esta renta ingresaba en la Hacienda real, había de recorrer un laberíntico camino, aquí apenas descrito, pasando por manos de muchos intermediarios. Y es obvio que ninguno de éstos trabajaba desinteresadamente.

Tanto los arrendadores mayores como los menores estaban obligados a la entrega de unas cantidades fijadas en las correspondientes escrituras, y aunque no lograsen recaudarlas, la Contaduría Mayor de Cuentas daría órdenes a los receptores de cobrarlas por cualquier vía, a costa si preciso fuera de los patrimonios particulares de los arrendadores o de sus fiadores. Es evidente que los arrendadores en general se veían así eficazmente constreñidos a percibir como mínimo la cantidad a la que se habían obligado, utilizando para ello contra los contribuyentes las medidas más contundentes. Si lograban su cometido tenían derecho a percibir los intereses ("prometidos") y beneficios que los Contadores Mayores de Hacienda hubiesen acordado en favor de cada arrendador mayor en el texto del contrato; y a su vez el arrendador mayor recompensaba de manera análoga a los arrendadores menores con quienes hubiera contratado. Si recaudaban mayor cantidad de la fijada, el montante pertenecía por supuesto a los arrendadores y no a la Hacienda real ¹⁴⁰.

Es por todo ello fácilmente comprensible que los arrendadores en general exprimiesen hasta el máximo a los contribuyentes. Por su parte, la Contaduría Mayor de Hacienda en el texto de los contratos de Arrendamientos por mayor concedía a los arrendadores mayores (y éstos luego a los inferiores) todo género de facultades para facilitarles el cobro de las cantidades estipuladas, con lo cual de hecho los arrendadores se sabían respaldados para cometer impunemente toda clase de abusos contra los castellanos. Y cuando las Cortes se lamentaban ante el rey de la conducta de los arrendadores y de la amplísima protección de que gozaban, el soberano contestaba confirmando expresamente las medidas y provisiones de que se quejaban los ciudadanos ¹⁴¹. Al rey y a sus

140. Sobre los "prometidos", cfr. N. R., IX, título 13.

141. Por ejemplo, A. C. C., V, Cortes de 1576, pág. 64. Petición LIII y la respuesta real.

Contadores interesaba incrementar como fuese los ingresos de la Hacienda; para ellos los abusos derivados del sistema de arrendamiento quedaban ocultos tras la espesa red de subastas, tratos y fianzas.

34. Como reacción contra las vejaciones de que eran sujetos pasivos, los castellanos ensayaron otro procedimiento de recaudación fiscal: el encabezamiento de las rentas.

Consistía en que, cuando ya se habían celebrado los contratos de arrendamiento de rentas, las ciudades, villas o lugares de cada partido solicitaban del rey les permitiese recaudar por sí mismas las cantidades fijadas para cada renta en el contrato de arrendamiento por mayor. Con esto se evitaba sufrir la coacción frecuentemente injusta del arrendador mayor y los menores; y además se obligaban las ciudades al pago de la cantidad exacta establecida en el contrato, sin añadir a ella el exceso que los arrendadores esforzabanse en recaudar para su beneficio privado. El rey solía acceder a estos contratos particulares de encabezamiento, sobre todo respecto a las rentas de las alcabalas, pues ya los Reyes Católicos en el famoso Cuaderno de las alcabalas de 1491 —incorporado luego a la Recopilación de Felipe II— previeron esta posibilidad, y se reservaron el derecho de otorgar el encabezamiento incluso por precio inferior al estipulado en el contrato de arrendamiento por mayor¹⁴², aunque es presumible que en general los encabezamientos se harían sin pérdida para la Hacienda real, esto es, por idéntico precio al del arriendo.

No obstante las ventajas señaladas, el sistema de los encabezamientos parciales tenía aún varios inconvenientes. Uno era que las ciudades (empleando el término en sentido amplio, como haremos en adelante) encabezadas tenían que pagar al arrendador mayor los “prometidos” concertados entre éste y los Contadores Mayores de Hacienda. Además, si al solicitar las ciudades en cuestión el encabezamiento, ya estaban arrendadas al por menor las rentas, habían de pagar también a los arrendadores menores los intereses con ellos convenidos¹⁴³. Los reyes imponían esta condición legal para

142. N. R., IX, 9, 6 y 7. Otras muchas leyes de este Cuaderno van incluidas en N. R., IX, 17.

143. N. R., IX, 9, 6 y 8.

impedir que por temor a que las rentas se recaudasen por encabezamiento hubiese una retracción en los postores a la hora de arrendarlas; de este modo, como se sabía que la celebración de encabezamientos parciales no privaba a los arrendadores en general de sus respectivos "prometidos", la afluencia de postores no disminuía por la posibilidad de los encabezamientos ¹⁴⁴.

Así, pues, y pese a sus limitaciones, los encabezamientos particulares eran ventajosos en relación con el sistema de los arrendamientos, porque en virtud de aquéllos cada concejo encabezado se libraba de la acción opresora de los arrendadores ¹⁴⁵.

Estas ventajas podían aumentarse sobre la base de un trato directo entre las ciudades y la Hacienda real, en cuya virtud se fijase el precio a pagar por todas aquéllas a ésta en concepto de las rentas encabezadas, eliminando así completamente la intervención de los arrendadores. Es decir; así como en el encabezamiento parcial se había de admitir como precio la cantidad ya convenida entre Contadores y arrendadores mayores (con la consiguiente repercusión respecto a los "prometidos"), en un acuerdo directo entre las ciudades y la Hacienda real se eludían todos estos inconvenientes.

Las Cortes quisieron generalizar el encabezamiento en un doble sentido. En primer término, celebrándolo todas las ciudades del Reino solidariamente, y no, como hasta entonces, algunos concejos aislados. Y en segundo lugar, extendiéndolo en orden a la percepción de varias y muy importantes rentas ordinarias. Así lo pidieron los Procuradores de las de Valladolid en 1523 ¹⁴⁶.

En las Cortes de Toledo de 1525 se volvió a repetir la demanda, pero ya sólo respecto al encabezamiento de las tercias y alcabalas. El rey dio largas al asunto, pero las Cortes insistieron de nuevo en 1534, y entonces se accedió a su petición. Obsérvase en el texto de ésta que los Procuradores se quejan de las injusticias que cometen los arrendadores y de lo gravoso que resulta dicho sistema de cobro. El rey consintió en el encabezamiento general de las rentas citadas por el plazo de diez años, fijando como precio

144. N. R., IX, 9, 6.

145. CARANDE, R.: *Carlos V...*, págs. 230 a 255.

146. C. I. C., IV, pág. 394, Petición 87. ULLOA, M.: *La Hacienda...*, pág. 113.

estable e inmodificable durante ese período el valor cobrado por la Hacienda real en concepto de tercias y alcabalas durante aquel año de 1534 ¹⁴⁷. Hubo forcejeo en relación con algunas condiciones concretas del contrato, y se firmó éste el 15 de agosto de 1536 ¹⁴⁸.

Los efectos del encabezamiento general de las alcabalas y tercias fueron diversos y muy importantes. El más inmediato fue el librar a los castellanos de todos los defectos ya apuntados como derivados del sistema de arrendamientos. Por otro lado, se logró fijar el valor de ambas rentas durante un plazo bastante largo, permitiendo así al rey contar con esos fondos de un modo seguro e invariable, sin las oscilaciones derivadas de las subastas de los arrendamientos.

Pero aún hubo otra consecuencia importantísima del encabezamiento de las alcabalas, que fue quizá particularmente favorable para los mercaderes y que a la larga vino a perjudicar a los pecheros. Siendo la alcabala un impuesto indirecto y proporcional al precio de venta de los bienes, si los precios subían la renta aumentaría de volumen. Por consiguiente, si la alcabala se hubiera mantenido siempre bajo el régimen de arrendamiento, las elevaciones de precios experimentadas durante el siglo XVI —derivadas en gran parte, como es sabido, de la invasión del oro y plata de América ¹⁴⁹— habrían permitido arrendarlas por valores crecientes, y los ingresos de la Hacienda real habrían aumentado por este concepto.

Mas como el encabezamiento de estas rentas se perpetuó de hecho durante todo el siglo XVI ¹⁵⁰ se produjo el fenómeno que

147. C. L. C., IV, pág. 605.

148. CARANDE, R.: *Carlos V...*, pág. 233.

149. HAMILTON, E. J.: *El florecimiento del capitalismo y otros ensayos de historia económica*, R. O., Madrid, 1948, especialmente págs. 1 a 26.

150. De ello trataremos inmediatamente.

De ahora en adelante nos ocupamos solamente de las alcabalas y tercias, que eran las sometidas al régimen de encabezamiento general. Si éste hubiera sido obligatorio, todas las ciudades se habrían encabezado; como no lo era, algunas no encabezaban sus rentas solidariamente con el Reino, sino que las pagaban por un sistema no del todo independiente del encabezamiento, puesto que iban a parar al fondo único de éste. A las alcabalas y tercias de estas localidades se alude en los textos con la expresión "no encabezadas",

Carande ha bautizado como de petrificación de las alcabalas; éstas dejaron de ser una parte alícuota del precio de venta de los bienes, y la cantidad recaudada por la Hacienda real no varió al compás de las elevaciones de los precios, sino que se estabilizó en virtud del precio del encabezamiento¹⁵¹. De rechazo el aumento de ingresos de que se privó la Hacienda real por este concepto, lo compensó imponiendo mayores "servicios" que las Cortes concedieron sumisamente. Y es que los Procuradores preferían aprobar "servicios", ya que por su calidad de hidalgos estaban exentos del pago de ellos, mientras que un aumento de las alcabalas, por su naturaleza de imposición indirecta, les hubiese perjudicado personalmente al no poder eludir el pago¹⁵². De este modo a las ventajas reales y generales del sistema de encabezamiento, que servían de argumento a los Procuradores para pedir su renovación o incluso su perpetuación, hay que añadir, como agudamente vio Carande, el interés egoísta de los mismos Procuradores.

II. LAS RENOVACIONES DEL ENCABEZAMIENTO GENERAL.

35. Las razones objetivas en favor de este procedimiento de recaudación fiscal y la conveniencia personal de los Procuradores fueron, pues, fuerzas confluyentes que lograron la continuidad del encabezamiento.

Las Cortes intentaron asegurarla de una vez para siempre solicitando del rey la declaración de perpetuidad del contrato de 1536. De hacerlo así, el rey hubiera sufrido serio perjuicio, ya que el precio de dicho primer encabezamiento se habría mantenido fijo definitivamente; el rey rechazó tal petición y prefirió el sistema

o "lo no encabezado"; las frases son equívocas, pues puede pensar el lector que se refieren a las otras rentas distintas a tercias y alcabalas y, por tanto, ajenas al sistema de encabezamiento; sin embargo, aquí se emplea siempre en idéntico sentido al de las fuentes, es decir, las alcabalas y tercias de las de las ciudades o pueblos que en cada período no suscribieron el contrato general de encabezamiento (cfr. luego, número 40 y también la nota 198).

151. Sobre las alcabalas véase, además de la tan citada obra de CARANDE, MOXO, S.: *La alcabala*, C. S. I. C., Madrid, 1963, págs. 11 a 39, y sobre los encabezamientos págs. 42 a 57.

152. CARANDE, R.: *Carlos V...*, págs. 230 y 513, y ULLÓA, M.: *La Hacienda...*; pág. 113.

de renovar periódicamente el encabezamiento, dejando así abierta la puerta para sucesivas revisiones del precio del mismo ¹⁵³.

El resultado de esta política fiscal fue que desde 1536 en adelante ¹⁵⁴ las rentas de alcabalas y tercias se cobraron por medio del encabezamiento general del Reino, ya que al contrato inicial de 1536 siguieron otros acuerdos entre el rey y las Cortes, por los cuales se prolongó ininterrumpidamente (aunque con varias alzas en el precio del encabezamiento) este nuevo sistema.

Por parte de la Hacienda real no hubo obstáculos; rápidamente el rey comprendió que accediendo a los encabezamientos tenía contentos a los Procuradores y predispuestos a conceder otros "servicios" que se les pidiera ¹⁵⁵. Era una ocasión apropiada para aparentar ante los castellanos gran generosidad sin perjuicio notorio para la Hacienda real, en donde lo que no entraba por razón de las alcabalas, acabó ingresando a través de los nuevos "servicios", principalmente el de los famosos "millones" votados por las Cortes.

Esta actitud de fingida generosidad fue la adoptada a lo largo de todo el siglo por los reyes castellanos. Un ceremonial de las Cortes de Castilla en el que se explica "la orden que se tiene en celebrar las Cortes y otorgar los servicios ordinarios y extraordinarios y disolverlas" nos ilustra sobre ciertas maniobras de Felipe II; dícese allí:

"Quando se acaba el encabezamiento de las alcabalas y tercias y se trata de prorrogarle o de encabezamiento nuevo, siempre se procura que salga del Reino el pedirlo, para que se entienda que el concederlo su Magestad es por hacerle merced, como quiera que es

153. Solicitaron la perpetuación del encabezamiento de 1536 las Cortes de Valladolid del año siguiente (C. L. C., IV, Petición 42), y lo mismo hicieron las de 1573, pero también sin éxito (A. C. C., IV, págs. 98, 99 y 421).

154. A excepción, claro es, de las "alcabalas privadas", o sea, las enajenadas por diversos títulos por la Corona a particulares; sobre los interesantes problemas que ello planteó, cfr. MOXO, S.: *La alcabala...*, págs. 96 y 97 (en general todo el capítulo IV).—DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *La Sociedad...*, pág. 118.—GUILLARTE, A.: *El régimen señorial en el siglo XVI*, I. E. P., Madrid, 1962, págs. 154 y 155. Cfr. también A. C. C., I, pág. 51.

También hay que exceptuar las "rentas no encabezadas"; véase la nota 150.

155. CARANDE, R.: *Carlos V...*, págs. 513 y 514

tan conveniente a su real servicio como al beneficio del Reyno; y para que esto se encamine mejor, se suele hablar a algunos de los Procuradores de los más confidentes para que ellos procuren que salga del Reyno el pedir el dicho encabezamiento”¹⁵⁶.

Naturalmente el juego salía bien porque todos los actores estaban interesados en el mismo resultado. Por ello siempre se prorrogaba el encabezamiento, sin más alteración en ocasiones que la relativa a la cuantía del precio, es decir, la cantidad que el Reino se comprometía a pagar en concepto de tercias y alcabalas durante cada una de las anualidades del período de vigencia del contrato de encabezamiento.

En las negociaciones de la prórroga los Procuradores solicitaban una “baxa del encabezamiento”, esto es, del precio, a lo cual el rey respondía negativamente siempre¹⁵⁷. Es más, en una ocasión —año 1574— el rey impuso un enorme crecimiento en el precio del encabezamiento (dos millones y medio de ducados de incremento), sin tener en cuenta las quejas de los Procuradores que anunciaban la imposibilidad de recaudar tan elevada suma. Tres años después, y estando aún vigente el contrato de 1574, se logró anular su excesivo precio, sustituyéndolo por otro mucho más moderado¹⁵⁸.

36. Los contratos de encabezamiento, sus prórrogas y demás datos relevantes fueron los siguientes.

El primero se firmó el 15-VIII-1536, y comenzó a estar en vigor el 1 de enero del año siguiente. Su plazo de duración fue de diez años, y por tanto se aplicó hasta fin de diciembre de 1546¹⁵⁹.

Mucho antes de que se extinguiera su vigencia los Procuradores solicitaron su perpetuación; pero ante la negativa real, las Cortes pidieron una simple prórroga, que fue otorgada por el Em-

156. A. C. C., V adicional, págs. 37 y ss.

157. A. C. C., V adicional, pág. 48; A. C. C., VII, págs. 82 y 162; A. C. C., IX, págs. 174 y ss.; A. C. C., X, págs. 553 a 557.

158. A. C. C., IV, págs. 299 y ss., y A. C. C., V adicional, páginas 610 y ss.

159. CARANDE, R.: *Carlos V...*, pág. 234. En este y en los demás casos el cómputo de duración del encabezamiento de las alcabalas se medía desde el principio al fin de los años naturales; mientras que las tercias se encabezaban por anualidades comprendidas entre los días de la Ascensión del Señor de cada año.

perador por otros diez años, es decir hasta 1546 inclusive, según reza una Cédula firmada en Toledo el 10 de marzo de 1539¹⁶⁰. El contrato se prolongó sin modificación alguna “por el mismo precio y con las mismas condiciones” que el de 1536; parece ser que los Contadores Mayores de Hacienda ofrecieron cierta resistencia a reconocer validez a la decisión del Emperador contenida en la Cédula de 1539 pero los Procuradores consiguieron que se les obligara a acatarla, inscribirla en sus libros, y cumplirla¹⁶¹.

La segunda prórroga se acordó en las Cortes de Valladolid de 1555, firmándose el 19 de agosto¹⁶². Pero entonces sólo se prorrogó el contrato vigente (que era, claro es, todavía el de 1536) por cinco años más a contar desde el 1 de enero de 1557, o sea hasta fin de 1561¹⁶³. Así, pues, las alcabalas y tercias estuvieron encabezadas desde 1 de enero de 1537 hasta 31 de diciembre de 1561 ininterrumpidamente por el precio anual de unos 310 millones de maravedís¹⁶⁴.

160. Las negociaciones de esta primera prórroga no son bien conocidas; según COLMEIRO, M.: *Historia...*, II, pág. 208, la concedió el Emperador en las Cortes de 1538, y según CARANDE (*Carlos V...*, pág. 247) el texto de la Cédula se refería a una Petición de los Procuradores de las Cortes de 1538; sin embargo, en el Cuaderno de Peticiones de dichas Cortes no se incluye ninguna alusión a esta materia. Quizá se llevara la negociación un poco al margen de las sesiones de Cortes. La Cédula puede verse en el “Repertorio de Pragmáticas” publicado por Andrés de Burgos, folio 33 (cfr. CARANDE, R.: *Carlos V...*, pág. 595). La vigencia de esta prórroga es indudable y está confirmada por multitud de textos de las Actas.

161. C. L. C., V, pág. 313, Petición 19.

162. CARANDE, R.: (*Carlos V...*, págs. 251 a 255) habla de las gestiones comenzadas sobre este asunto en 1552, pero confiesa no saber en qué pararon las negociaciones. Tampoco ULLOA, M.: (*La Hacienda*, pág. 114) da noticias nuevas. El texto de las Actas de las Cortes de Valladolid llena y resuelve esta laguna.

163. La prórroga de diez años terminaba, no en diciembre de 1555, como indica Carande, sino que abarcaba también el año 1556. Por ello la prórroga quinquenal firmada el 19-VII-1555 comprendía desde 1-I-1557 hasta 31-XII-1561.

164. CARANDE, R.: (*Carlos V...*, págs. 235, 249, 250 y 255). En la relación que ofrece en esta última página se observa un pequeño aumento del precio del encabezamiento, debido, según CARANDE, al ingreso en este régimen de algunas “localidades o distritos que hasta entonces parcialmente encabezados o arrendados, seguían fuera de él” (*ibidem*, pág. 249).

Pero en 1560 se realizó nuevo contrato, que supuso un primer notable aumento sobre el precio del anterior. A partir de enero de 1562 el precio ascendió a 456 millones de maravedís¹⁶⁵, que fue el que rigió, junto con las demás condiciones del contrato durante quince años, esto es, hasta la terminación del año 1576¹⁶⁶.

Sin embargo en las Cortes de 1573 a 1575 el rey sorprendió a los Procuradores pidiéndoles que hicieran un esfuerzo para ayudar al desempeño de la Hacienda real, que pasaba por una situación desastrosa. Las negociaciones se centraron pronto, en el precio y condiciones del encabezamiento, pese a estar todavía en vigor el contrato de 1560. La tirantez fue enorme, llegándose incluso a suspender las Cortes desde mediados de diciembre de 1573 hasta principios de junio de 1574. Fue entonces cuando el rey impuso el aumento de dos millones y medio de ducados sobre la cuantía anterior, quedando el precio anual del encabezamiento en casi 1.400 millones de maravedís; con tal precio se firmó contrato nuevo que había de valer para diez años más¹⁶⁷, a contar desde 1575.

Pero su vigencia terminó anticipadamente. Las Cortes de 1576 a 1577 gestionaron con el rey un nuevo acuerdo, a cuyo tenor fue dado por extinguido el contrato de 1575 a partir de finales de 1577, es decir, a los tres años de vigencia, comenzando desde entonces a surtir efectos otro contrato que se firmó el 29 de octubre de 1577¹⁶⁸.

En él se establecía un precio notablemente inferior al de 1575, pues de los 1.400 millones se bajó a sólo unos 1.000 millones. Por lo demás se mantuvieron con muy escasas modificaciones el resto de las condiciones del viejo contrato de 1562. El precio de 1577 tuvo eficacia desde 1 de enero de 1578 durante cuatro años (por tanto hasta 1581 inclusive) que fue el primer período de vida de

165. El contrato de 1560 puede verse íntegro en A. C. C., V adicional, págs. 626 a 676. Comenzó a regir el 1-5-1562.

166. A. C. C., V adicional, pág. 631. Más datos en especial sobre las villas y lugares no encabezados pueden verse en ULLOA, M.: *La Hacienda...*, pág. 115. No se olvide nunca el problema marginal de las "alcabalas privadas"; véase nota 154.

167. A. C. C., IV, págs. 123 y ss., 150 y ss., 299 y 309, y A. C. C., V adicional, pág. 619.

168. A. C. C., V adicional, págs. 609 a 620.

este contrato ¹⁶⁹; por sucesivas prórrogas se conservó en vigor hasta 1610.

En efecto; las Cortes de 1579 a 1581 consiguieron prórroga del mismo por dos años (1582-1583) ¹⁷⁰; las de 1583 a 1585 firmaron escritura de renovación del encabezamiento para los años 1584 a 1586 ¹⁷¹. En este año las Cortes piden y obtienen otra prórroga para 1587 ¹⁷²; poco después la piden para cuatro años, pero el rey sólo la concede para dos (1588 y 1589) ¹⁷³; nuevamente las Cortes de 1588 a 1590 solicitaron prórroga, si bien insistiendo más que nunca en la baja del precio ¹⁷⁴, y la lograron para los años 1590 a 1595, ambos incluidos ¹⁷⁵; la última prórroga del contrato de 1577 se acordó en 1595 para los siguientes quince años, es decir, hasta 1610, conservándose sin alteración el precio estipulado en 1577 ¹⁷⁶.

Cuando se llegaba a un acuerdo entre el rey y las Cortes en orden al encabezamiento, tanto si se trataba de realizar un nuevo contrato como de prorrogar el anterior, se firmaba solemnemente una escritura en la que se contenía el acuerdo tomado; la presentaba el Escribano Mayor de rentas, quien la leía en sesión especial de las Cortes con asistencia de todos los Procuradores y del Presidente de las mismas acompañado de la Junta de Asistentes, procediéndose seguidamente a su otorgamiento y firma.

37. Dejando a un lado el precio del contrato de 1575 dada

169. Más exactamente los precios en maravedís eran de 1.393.500.000 en 1575, y 1.018.000.000 en 1577. Datos más concisos sobre este período, en ULLOA, M.: *La Hacienda...*, págs. 117 a 133.

170. A. C. C., VI, págs. 675 a 685, 727 y 731.

171. A. C. C., VII, págs. 82, 162, 166, 167, y 252 y ss.

172. A. C. C., VIII, día 29-XII-1586.

173. A. C. C., IX, págs. 174, 176 y 271 a 291.

174. En A. C. C., X, págs. 553 a 557 se incluye un interesantísimo Memorial, en el que las Cortes razonan su solicitud de baja en el precio del encabezamiento general, aduciendo hechos y datos concretos; la situación era altamente angustiada. Cfr. también ULLOA, M.: *La Hacienda...*, págs. 117 y siguientes, con ejemplos y cifras sobre lo que podían pagar algunas ciudades aun con mucho esfuerzo.

175. A. C. C., XI, págs. 468 a 470 y 476 a 481.

176. El acuerdo lo toman las Cortes el 14-XII-1595, el 22-II-1596 se lee la escritura, que es otorgada por dicho plazo el 4-III-1596; cfr. págs. 402, 493, 498 a 503.

su escasa vigencia, comparando el precio inicial (que se mantuvo desde 1537 a 1562) con el de 1577 (en vigor durante el resto del siglo), se observa que éste equivalía aproximadamente al triple del de 1537.

¿Puede pensarse que este aumento echa por tierra la interpretación de Carande acerca de la petrificación de las alcabalas? Creemos que no. En primer término hay que advertir que Carande se refiere sólo a la época de Carlos V, durante la cual se conservó inalterado el precio inicial de 1537.

Pero aun yendo más allá de estos límites temporales, creo que es válida la interpretación del citado autor, al menos en sus líneas generales, y que a pesar del enorme aumento de 1577, el sistema de encabezamiento siguió siendo ventajoso por las mismas razones que en principio, aunque en menor medida; y ello no sólo por cuanto significó siempre la eliminación de la recaudación por arrendamiento, sino también porque el aumento del precio del encabezamiento continuó siendo menor que el de los precios de los bienes sujetos a las alcabalas.

Es evidente que el primer incremento en 1562 (recuérdese que se pasó de unos 330 millones a unos 450) fue inferior al alza de los precios entre 1536 y 1562; tanto las escalas de Hamilton como las que han ofrecido Vicens Vives y Nadal¹⁷⁷ parecen demostrarlo. Por ello el crecimiento del precio del contrato de 1560 que se conservó, como vimos, hasta 1575, no disminuyó los efectos generales del encabezamiento; hasta esa fecha la interpretación de Carande respecto a la petrificación de las alcabalas puede suscribirse sin modificación alguna.

Pero en 1575 la Hacienda real pasó por un momento angustioso. La bancarrota primera de los Austria fue pequeña relativamente (unos siete millones de ducados en 1557), y por ello sus efectos a penas se notaron en el precio del encabezamiento que se mantiene igual de momento y sólo es levemente alzado poco después, en 1562, quizá como tardía repercusión de la crisis. Pero

177. HAMILTON: *El florecimiento...*, págs. 18 y 110.—VICENS VIVES, J.: *Historia económica de España*, ed. Teide, Barcelona, 1959, págs. 343 y las tablas de precios en págs. 344 y 345. Algunas puntualizaciones pueden verse en BRAUDEL, F.: *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, F. C. E., 1953, I, págs. 445 y 446.

la segunda bancarrota fue mucho más grave; en 1575 la deuda real ascendía a unos 37 millones de ducados¹⁷⁸, y es natural que en tan desesperada situación se buscara aumentar los ingresos por cualquier procedimiento. No fue obstáculo el hecho de que las rentas de tercias y alcabalas estuviesen encabezadas bajo el régimen del contrato vigente; el rey decidió un aumento enorme sobre el precio en vigor.

El incremento se hizo quizá sobre el cálculo de lo que se habría podido percibir por alcabalas y tercias sin el régimen de encabezamiento; es decir, pensando en el aumento real de los precios de los bienes, ya que se triplica el valor del encabezamiento respecto al que se le fijó en 1536, y aproximadamente los precios de los bienes entre estas fechas se elevaron en análoga proporción, o quizá un poco menos. Ello significaba una actualización del precio del encabezamiento, y por tanto la superación de la por Carande llamada "petrificación de las alcabalas".

Mas como es ya sabido, en 1577 se redujo parcialmente el precio de 1575, y este precio ya se mantuvo hasta, por lo menos, 1610. Ahora bien, los precios de los bienes continuaron en alza prácticamente ininterrumpida¹⁷⁹, pese a lo cual el precio del encabezamiento no fue ajustado otra vez al valor real de las alcabalas en hipotético régimen de arrendamiento. Por tanto a medida que iban pasando los años, el precio de 1577 era progresivamente favorable, esto es, cada vez menor que la cantidad de maravedís que la Hacienda real habría obtenido si hubiera arrendado las alcabalas.

En suma; la petrificación de las alcabalas y los efectos de ella derivados, se producen durante un primer largo período entre 1536 y 1575; se interrumpen en este año por la actualización del precio

178. VICENS VIVES, J.: *Historia...*, pág. 349. Sobre el forcejeo que las Cortes y el rey emprendieron a este respecto y la pública consideración de que el precio fijado era insostenible, hay datos interesantes en ULLOA, M.: *La Hacienda...*, págs. 118 a 122.

179. Según HAMILTON (*El florecimiento...*, págs. 18 y 110) el aumento durante estos años sería el máximo.—VICENS VIVES y NADAL (*Historia económica...*), págs. 343 y ss.) opinan que el alza desde 1562 fue moderada; no obstante, aun siendo cierta esta segunda interpretación y no la de HAMILTON, los precios aumentarían desde 1562 hasta 1600 a un promedio anual del 1,3 por 100, lo que sigue confirmando mi interpretación sobre la congelación de las alcabalas.

del encabezamiento, y se reproducen desde 1577 con el nuevo estancamiento del precio del contrato de 1577 y la simultánea alza de los precios de los bienes.

Pero la estabilización del precio del encabezamiento de 1577 no significa que los pueblos y ciudades castellanos pudiesen efectivamente pagar cada uno lo suficiente para entre todos llegar a recaudar la elevada suma de los casi mil millones de maravedís; por el contrario muchas ciudades solicitaron bajas, o manifestaron la imposibilidad de alcanzar la cantidad a ellas asignadas¹⁸⁰.

Se trataba de una situación agobiante para los contribuyentes pero también para la Hacienda real, que atravesaba la aguda crisis traducida en las bancarrotas sucesivas de 1557, 1575 y 1596. Era acuciante la necesidad de recaudar cantidades crecientes a costa de los castellanos. En las dos primeras fechas citadas, la quiebra fiscal repercutió con más o menos intensidad en los precios del encabezamiento; si las fechas igualmente críticas de 1590 o 1596 no coinciden con nuevos aumentos del precio del encabezamiento de las alcabalas, hay que pensar que ello se debe a la aparición del nuevo y cuantiosísimo "servicio de millones".

III. LA ADMINISTRACIÓN DEL ENCABEZAMIENTO: RÉGIMEN LEGAL.

38. Ya se vio cómo la Contaduría Mayor de Hacienda era el organismo rector de la administración de las rentas reales ordinarias. En lo concerniente a las alcabalas ella estaba encargada de intervenir en la celebración de los contratos de arrendamientos por mayor. Después de 1536, durante la vigencia de los sucesivos contratos de encabezamiento, la Contaduría tuvo también gran intervención en la administración de las rentas encabezadas, pero de modo distinto a como hasta entonces, pues junto a ella y en virtud de los mismos textos contractuales actuó siempre la Diputación del Reino.

Hasta 1536 fueron los arrendadores y recaudadores quienes se ocuparon del cobro de las alcabalas; pero desde entonces, al encabezarse el Reino, él mismo quedaba encargado de recaudar la suma estipulada en el contrato de encabezamiento general. Quien dirigiese estas operaciones había de hacerlo en nombre del Reino.

180. ULLOA, M.: *La Hacienda...*, págs. 120 a 133.

Como además eran las Cortes el órgano a través del cual el Reino se obligaba a pagar el precio del encabezamiento, todo apuntaba a que la Diputación, delegación permanente de las Cortes, se encargase de administrar el encabezamiento, velar por el cumplimiento del contrato en cada momento vigente, y resolver en favor del Reino todos los problemas que se planteasen acerca de esta cuestión.

Hubo que reorganizar la Diputación añadiendo a su inicial composición otros elementos; y desde esa fecha de 1537 el principal fin de la institución que estudiamos fue el atender a la recaudación y cumplimiento del encabezamiento de las alcabalas.

Pero no ella sola, sino en combinación y abierta pugna con la Contaduría Mayor de Hacienda; ésta defendía los intereses de la Hacienda real, mientras que la Diputación debía esforzarse por el contrario en hacer valer los derechos del Reino y los intereses particulares de los Procuradores y de los mismos Diputados. En la oposición entre Contadores y Diputados vencieron casi siempre aquéllos, porque técnicamente estaban mejor preparados, y porque detrás tenían todo el peso de la administración real y aun de la voluntad personal del soberano, mientras que los Diputados constituían una deficientísima institución, y el apoyo de las Cortes no podía seriamente considerarse como de análoga envergadura al que obtenían los Contadores de la Hacienda real.

39. La mecánica del encabezamiento era la siguiente.

Redactaban el contrato del encabezamiento general los Contadores Mayores y los Oidores de la Contaduría Mayor de Hacienda junto con dos o tres Licenciados miembros del Consejo y Cámara del rey¹⁸¹, sin intervención de ningún Procurador o Diputado. Las Cortes sólo actuaban en el momento del otorgamiento solemne de la escritura, y antes de ello, hacían saber al rey a través de su Presidente sus exigencias relativas casi en exclusiva a la cuantía del precio.

En el contrato se incluían las normas a seguir para la distribución del precio general del encabezamiento entre todas las ciudades (en sentido amplio) del Reino. Como principio general se hacía constar que la voluntad del rey era que el reparto se hiciera

181. A. C. C., V adicional, págs. 618, 624, 630 y 632 con referencia, tanto al contrato de 1560 como al de 1577.

“bien y justa e igualmente... .. teniendo para ello consideración y respeto a los vecinos de cada pueblo y a sus tratos y caudales, y a lo que los años pasados han rentado y valido y podido rentar y valer las rentas dellos, y a las franqueças y gracias y quitas que se han fecho en las dichas rentas y a todo lo demás que se deva tener en consideración”¹⁸².

Para fijar el precio particular de cada ciudad o villa con voto en Cortes, se reunían los Contadores Mayores con los miembros del Consejo designados por el rey, debiendo oirse a los Diputados del Reino y a los enviados por la ciudad o villa de que se tratara. Análogo procedimiento se observaba con relación a las otras ciudades, villas o lugares del Reino, con la única diferencia de que los miembros del Consejo y Cámara del rey sólo intervenían en la determinación del precio particular de las ciudades y villas con voto en Cortes¹⁸³.

Una vez fijado el precio particular de cada ciudad, villa o lugar cabeceros de partido, los Diputados debían notificárselo. Hecho ésto, cada localidad del Reino cabecera de partido enviaba ante los Contadores Mayores a sus Procuradores particulares para celebrar, “oido el parecer de los dichos Diputados del Reyno”, la respectiva aceptación particular del encabezamiento¹⁸⁴.

Como cada población cabeza de partido se encabezaba por un precio común para ella y para los lugares y villas del partido, había de distribuirse luego ese precio entre todas ellas; este reparto se hacía nombrando el Regimiento de la ciudad o villa cabecera dos Regidores como “diputados de rentas” y eligiéndose otros dos “diputados de rentas” entre los contribuyentes. Estos cuatro “diputados de rentas” y el Corregidor habían de realizar la distribución del precio ante vecinos enviados a la ciudad o villa cabecera por los lugares y villas de su partido. Si algún lugar se consideraba

182. Condición cuarta del contrato de 1560; A. C. C., V adicional, página 634. Este contrato estuvo vigente desde 1562 a 1610, pues en 1575 y en 1577 sólo se cambió el precio, pero no las cláusulas del contrato. Además, debía contener, en esencia, el mismo régimen que el primer contrato de 1536, ya que apenas se alude en su texto a modificaciones operadas en este sentido.

183. Condiciones 5.^a y 6.^a, *ibídem*, págs. 634 y 635.

184. Condición 9.^a, *ibídem*, pág. 635.

agraviado, se quejaba ante los cuatro "diputados de rentas" y el Corregidor, quienes decidían sobre la reclamación¹⁸⁵.

De este modo cada núcleo de población tenía fijado un precio particular, que era la cantidad a recaudar anualmente. Los receptores de la Hacienda real recorrían el Reino y cobraban a fin de cada año o en los plazos convenidos la cantidad establecida para cada ciudad, villa o lugar; cada receptor recaudaba las rentas de un partido¹⁸⁶.

Si una ciudad lograba recaudar más de la cantidad a ella asignada podía gastarla libremente sin autorización de ningún organismo y sin dar cuenta ni a la Diputación ni a la Contaduría de las ganancias obtenidas. Esta disposición se introdujo en el contrato del año 1560 modificando el régimen del de 1536, ya que hasta entonces era necesario notificar a la Contaduría la cuantía de las obras particulares, distribuyéndose éstas con intervención de los Contadores y de los miembros del Consejo de Su Majestad¹⁸⁷.

Ahora bien; podía suceder que algunas poblaciones no consiguieran recaudar la cantidad fijada en su contrato particular de encabezamiento, con lo cual al fin de las cuentas resultaría que el Reino no había entregado la totalidad del precio del encabezamiento general. Para resolver esta dificultad se incluyeron en el contrato dos cláusulas fundamentales. Una de ellas establecía la responsabilidad solidaria entre todas las ciudades, villas y lugares encabezados. La otra especificaba en qué medida había de concertarse esta responsabilidad solidaria, indicando que las ciudades, villas y lugares encabezados habían de ofrecer "concejos o personas

185. Condiciones 19.^o y 20.^o, *ibídem*, pág. 641 y ss.

186. Condiciones 12.^o y 54.^o, *ibídem*, págs. 637 y 669.

187. Condición 34.^o *ibídem*, pág. 656. No expongo aquí el sistema de distribución de la renta entre todos los vecinos de una ciudad o pueblo. Baste decir que la Diputación ya no intervenía en ello, y que las poblaciones podían, llegada esa fase, o bien encabezar las rentas entre grupos de contribuyentes (por ejemplo un miembro de renta —la alcabala sobre la carne— entre los que "tratan y contribuyen de ella") que respondían solidariamente de la entrega de la cantidad fijada; o bien podían arrendar miembros de renta por separado. En este caso era posible la obtención de los beneficios o ganancias ("sobras") a que aludó. (Cfr. condiciones 22 a 27, *ibídem*, páginas 646 y ss.; y también luego la nota 193.)

particulares llanas y abonadas, con seguridad bastante" quienes entregarían a la Hacienda real lo que faltase por recaudar hasta cubrir la cuantía del precio general del encabezamiento ¹⁸⁸.

Existía también otra posibilidad prevista, consistente en que si "después de encabezado cualquier pueblo, durante el tiempo deste encabezamiento se quemare, o se despoblare o le sucediere otro caso fortuito por donde no merezca pagar tanta cantidad como el precio de su encabezamiento, se le haga y haya de hazer la baxa y quita que justa sea según el caso que le hubiere sucedido"; para la determinación de la cuantía de la reducción y aun para decidir si era o no procedente, intervenían los Contadores de Hacienda, quienes preceptivamente habían de oír a los Diputados del Reino ¹⁸⁹.

La jurisdicción sobre todas las cuestiones relativas al encabezamiento dependía inicialmente de los diputados de rentas y del Corregidor de cada pueblo; en apelación se iba a los Tribunales ordinarios. Pero una de las condiciones impuestas en 1578 para regir desde entonces y modificar el contrato de 1560 fue que la apelación de todos aquellos procesos había de realizarse ante los Oidores de la Contaduría Mayor de Hacienda ¹⁹⁰.

Finalmente, tanto la condición 66 del contrato de 1560, como la cláusula 8.^a dada en 1578, coincidían en atribuir a los Contadores Mayores de Hacienda la facultad de interpretar y resolver cualquier duda o debate que sugiera en torno al contrato de encabezamiento; con la única diferencia de que en 1560 se advertía que "si en algunos negocios de calidad los Diputados del Reyno pidieren que para los determinar se junten los dichos Contadores Mayores con dos del Consejo de Su Magestad, lo hayan de hazer y hagan"; mientras que esta facultad fue eliminada a los Diputados a partir del nuevo régimen de 1578 ¹⁹¹.

40. Habrá podido observarse que en las operaciones relativas al encabezamiento los Contadores Mayores intervenían decisoriamente, siendo la actuación de los Diputados de carácter secundario. Sin embargo eso no era todo lo que éstos hacían; por el

188. Condiciones 7 y 17, *ibidem*, págs. 635 y 640.

189. Condiciones 15 y 16, *ibidem*, págs. 639 y 640.

190. Condición VII, *ibidem*, pág. 628.

191. Condición 66, *ibidem*, pág. 675.

contrario los Diputados tenían otra actividad importante concerniente al encabezamiento.

Cuando los Contadores Mayores asignaban los precios particulares a las ciudades y villas del Reino, se les daba un plazo de cuatro meses, dentro del cual cada localidad podía o bien encabezarse por la cantidad concreta que a ella se le repartía, o bien rechazar para sí el régimen de encabezamiento. En este último caso, no quedaba totalmente excluida del régimen de encabezamiento, ya que sus rentas de tercias y alcabalas habían de sumarse a las recaudadas en los demás lugares para reunir en total el precio del encabezamiento general. Como el Reino se había obligado solidariamente a entregar dicha cantidad total, ninguna ciudad, villa o lugar de él podía independizarse por completo del encabezamiento; lo percibido de un modo u otro en concepto de alcabalas y tercias iba a engrosar el mismo fondo.

La solución adoptada para salvar esta dificultad fue encargar a la Diputación la recaudación de las tercias y alcabalas de los lugares, villas o ciudades no encabezados. Por tanto si al final de aquellos ciento veinte días que se daban de plazo para aceptar el precio particular a entregar, una ciudad o villa no enviaba representantes a la corte para celebrar con los Contadores Mayores el otorgamiento particular del encabezamiento por el precio que se les había comunicado, los Diputados del Reino quedaban automáticamente encargados de recaudar las alcabalas y tercias de dicho lugar¹⁹². La renuncia a encabezarse de una ciudad o villa cabecera de partido, no afectaba a los pueblos de éste, que podían encabezarse con plena independencia.

Para percibir las rentas no encabezadas se concedía a los Diputados en el texto del contrato general las más amplias facultades, entre ellas la de arrendar las rentas en cuestión al mejor postor. Se trataba, pues de una vuelta parcial al antiguo sistema de arriendo, pero con la diferencia de que los arrendadores no contrataban con los Contadores Mayores de Hacienda sino con los Diputados del Reino. En estos contratos de arrendamiento los Diputados (o las personas por ellos enviadas) procurarían imputar a cada miembro de renta (es decir a cada concepto tributario) la

192. Condición 9, *ibidem*, pág. 635.

cantidad adecuada y justa, corrigiendo así los defectos en que se hubiera incurrido por parte de los Contadores Mayores; errores que quizá habían determinado el no encabezamiento del pueblo de que se tratara. Por esto, si después de hecha por los Diputados del Reino la nueva distribución, y celebrados los contratos de arrendamiento por menor, el pueblo quería encabezarse (posibilidad que ya se admitía desde el texto del Cuaderno de las alcabalas de los Reyes Católicos), se le daba como precio no el inicialmente fijado por los Contadores Mayores y rechazado por el pueblo, sino el establecido por los Diputados del Reino, en la cuantía y distribución determinadas en los contratos de arrendamiento por menor.

Existía la posibilidad de que los Diputados lograsen percibir en el pueblo o lugar no encabezado cantidades superiores a la fijada para dicha localidad por los Contadores Mayores¹⁹³ en el frustrado encabezamiento particular; quizá la causa determinante de que un pueblo rechazase el precio particularmente atribuido a él, fuese no ya la cuantía del mismo, sino su distribución entre los diversos miembros de rentas, y en tal caso los Diputados o los administradores por estos enviados podían satisfacer al pueblo con una más equitativa distribución de la cantidad a recaudar, sin perjuicio de obtener acaso una suma superior a ésta si lograban pujas muy altas de los arrendadores. Pues bien; así como las sobras alcanzadas en ciudades o pueblos encabezados no salían o no debían salir, de ellos mismos, por el contrario las sobras obtenidas por los Diputados en la administración de las tercias y alcabalas de lugares no encabezados integraban un fondo que pertenecía colectivamente al Reino; era la llamada Hacienda del Reino.

La determinación de su cuantía se realizaba cada año; al menos ese deber corría a cargo de los Contadores Mayores de Cuentas, quienes anualmente debían averiguar el estado de la cuenta entre el rey y el Reino como resultado del encabezamiento de tercias y

193. O por los diputados de rentas de la ciudad cabecera de partido. Cfr. en general "Instrucción que se da a las personas que fueren a beneficiar qualquier villa y lugar de los que entran en el encabezamiento general", referida, claro es, a las no encabezadas: A. C. C., V adicional, págs. 677 y ss.; y unos "Apuntamientos...", de análoga naturaleza que siguen a dicha "Instrucción...", en A. C. C., V adicional, págs. 687 a 702; ambos documentos van sin fecha, pues son, en realidad, unos modelos o formularios.

alcabalas durante esa anualidad. Si se recaudó menos del precio fijado en el contrato de encabezamiento, al año siguiente debía incrementarse la recaudación entre todos los lugares, villas y ciudades del Reino, para compensar la diferencia; y si se había ingresado en la Tesorería real más del precio anual del encabezamiento general, se separaba el montante, "las sobras". Con estas ganancias se pagaban los gastos de administración del encabezamiento, y el resto debía librarse al Receptor de la Diputación, constituyéndose con este caudal la Hacienda del Reino. Según el contrato de 1560 ese sobrante había de repartirse entre las ciudades o pueblos encabezados, disminuyendo proporcionalmente sus respectivos precios particulares al año siguiente; pero de hecho ya veremos que no fue ese el destino dado a las sobras del encabezamiento ¹⁹⁴.

Estas amplísimas atribuciones de los Diputados según las cláusulas del contrato general de encabezamiento, chocaron en la práctica con la sistemática oposición de la Contaduría Mayor de Hacienda. Antes de estudiar esta constante lucha entre ambos organismos, conviene exponer lo que el contrato general del encabezamiento disponía sobre la intervención de otras instituciones de la Administración central en relación con la distribución de las sobras del encabezamiento. En la condición 18 ¹⁹⁵ del contrato de 1560 se reconoce de manera explícita que los Contadores Mayores de Hacienda e incluso el Consejo Real habían librado en años anteriores cantidades con cargo a las sobras del encabezamiento de tercias y alcabalas aplicándolas a cubrir gastos de índole diversa. Como quiera que el Reino se agravió por esta conducta, se prohibió a partir de 1560 que tanto los Contadores como los miembros del Consejo Real la repitieran vulnerando lo dispuesto en la condición 16, en la que se estipulaba que las sobras serían de provecho y beneficio directo del Reino, según lo que las Cortes y en su ausencia la Diputación decidieran respecto a su administración.

194. Condición 16, *ibidem*, pág. 639.

195. *Ibidem*, pág. 640.

IV. OPOSICIÓN PLANTEADA ENTRE LA DIPUTACIÓN Y LA CONTADURÍA MAYOR DE HACIENDA EN ORDEN AL ENCABEZAMIENTO GENERAL.

41. La primera queja de las Cortes contra la Contaduría es en 1548, acusando a los miembros de ésta de entremeterse en el cobro y administración de las alcabalas y tercias de las poblaciones no encabezadas, y de no querer colaborar con los Diputados comunicándoles datos que constaban en los archivos de la Hacienda real, y cuyo conocimiento importa a los componentes de la Diputación. La respuesta real a esta petición de las Cortes de 1548 es suave, complaciente y ambigua al mismo tiempo, pues lo único que ordena a los Contadores es que faciliten a los Diputados la información que éstos soliciten ¹⁹⁶.

Tres años después los Procuradores insisten en su acusación de la excesiva ingerencia de los Contadores Mayores especialmente “en el arrendar, que es la principal administración de las rentas reales a cargo de los dichos Diputados e lo principal de sus oficios”; también se dice que “los Contadores se han entremetido y entremeten en el repartimiento de las ganancias, queriendo la hazer como a ellos les parece e no conforme al parecer de los dichos Diputados ni del Reyno, que ha sido causa que de cuatro años a esta parte esté por hazer el dicho repartimiento” ¹⁹⁷.

Por el texto de esta Petición parece deducirse que las condiciones 8.^a y 9.^a del contrato de 1536 conferían cierta intervención a los Contadores en materia de administración de las rentas no encabezadas, y que los Procuradores estimaban que aquellas condiciones habían quedado modificadas por la respuesta dada por el rey a la Petición de las Cortes de 1548 ya mencionada. Basándose en esta segunda fuente, los Procuradores protestaban contra las condiciones establecidas en 1536, y solicitaban se prohibiese expresamente a los Contadores cualquier género de intromisión en la administración de lo no encabezado y en el reparto de las sobras. Sin embargo la contestación real fue favorable a los Contadores, pues el rey reafirmó la vigencia de las condiciones del contrato

196. C. L. C., V, Petición VIII, pág. 369.

197. C. L. C., V, Cortes de 1551, Petición XXIII, pág. 507.

de 1536, y no atendió a la reclamación de los Procuradores contra los Contadores.

Con ello parece zanjarse la cuestión, pues durante varios años las Cortes no se lamentan de la intromisión de los Contadores.

La razón que explica este silencio y el acuerdo entre la Diputación y la Contaduría, hay que buscarla más que en una tácita obediencia de la respuesta real dada en 1551, en el bajo precio del encabezamiento general, que como es sabido se mantuvo fijo desde 1537 a 1562.

Siendo este precio general favorable, lo serían también los particulares de cada pueblo o ciudad; es decir, a todos les convenía encabezarse por su respectivo precio particular y no entregar en arriendo las rentas de alcabalas y tercias, las cuales, dados los efectivos precios de los bienes, serían arrendadas por cuantía mucho mayor que la del precio particular del encabezamiento de cada lugar. En consecuencia, los lugares no encabezados durante estos años fueron relativamente escasos, y los Diputados no tendrían casi nada que administrar. Las ocasiones de pugna con la Contaduría serían por consiguiente pocas y de no mucha importancia.

Pero el aumento del precio general del encabezamiento en 1575, luego parcialmente reducido en 1577, repercutió decisivamente en este aspecto.

Los Procuradores comprendieron anticipadamente cuáles iban a ser las consecuencias inmediatas del crecimiento del precio general. Pensaron acertadamente que ante el incremento de los precios particulares, muchas ciudades, villas y lugares del Reino no se encabezarían, y por tanto sus rentas de tercias y alcabalas quedarían sometidas al régimen de administración por parte de los Diputados del Reino, según el texto del contrato de 1560 vigente todavía sobre este punto. Las facultades de la Diputación en esta materia eran amplísimas, pues como ya dije en el número 40, los Contadores fueron excluidos de toda intervención en lo no encabezado y en las eventuales "sobras", a partir del contrato de

198. Baso este razonamiento en la hipótesis de que el contrato de encabezamiento general de 1536 permitiera también la opción entre aceptar o rechazar tal régimen, del mismo o análogo modo a como se admitía en el Contrato de 1560, condición 9, ya comentada; tal hipótesis creo que se

1560. El aumento, pues, de pueblos no encabezados ¹⁹⁸ iba a significar un crecimiento enorme del trabajo de la Diputación.

Ante esta situación tan favorable a la prosperidad de la Diputación, los Procuradores de las Cortes de 1576 mostraron claramente su desconfianza en ella. Su actitud aparece perfectamente descrita en estas palabras:

“El Reyno, queriendo que lo suso dicho (es decir la condición 9.ª del contrato de 1560, que concedía tan amplios poderes a los Diputados) se guardase, pero temeroso en la grandeza del negocio que confluía a sus Diputados, por la poca práctica y esperiencia que tenían en lo que a esto convenía, y satisfecho de la suficiencia y esperiencia del Contador Francisco de Garnica ¹⁹⁹, le encargó que mirase por esto como por todo lo demás que toca al dicho encabezamiento, asistiendo con los dichos Diputados para gobernarlos y guiarlos de manera que favoreciendo a esta administración no se diese lugar a que esta Hacienda (la del Reino) se desperdiciase, antes procurando que la utilidad que en ella hubiere convide al Reyno en durar muchos años en el encabezamiento; y ordenando precisamente a sus Diputados que diesen cuenta de todo al dicho Francisco de Garnica y que siguiesen su orden, parescer y consejo para que se acierte mejor lo que conviene al Reyno...” ²⁰⁰.

Es decir; las Cortes fiaron más de la competencia y preparación personal de un Contador Mayor de la Contaduría de Hacienda, que de la de los Diputados del Reino. Es cierto que se hizo constar en la “Instrucción” dada a los Diputados que el encargo que se cometía a Francisco de Garnica, no se le daba “como a Contador Mayor, sino como persona de quien el Reyno tuvo tanta satisfacción” ²⁰¹; pero el hecho es que se sentó el precedente de la intervención directora de un Contador Mayor real en materia de administración de lo no encabezado. Y esto sucedía no ya como en tiempos anteriores contra la voluntad de la Diputación y de las Cortes, sino de común acuerdo entre éstas y la Contaduría, a la que se abandonaba el terreno, con un reconocimiento expreso de la impotencia de aquél organismo.

Coincidente con el testimonio copiado arriba es otro que pro-

confirma por la Petición VIII de 1548 (citada en nota 196) y por la XXIII de las Cortes de 1551 (nota 197).

199. Este Contador Mayor intervino en la redacción del Contrato de 1577.

200. A. C. C., V, págs. 535 y ss.

201. A. C. C., V, pág. 536.

viene no, como aquél, de las Cortes, sino de la Contaduría; en una Consulta presentada por ésta al rey, se dice:

“Presupónese que hasta el año de setenta y cuatro todo el reyno estuvo encabezado por sus rentas, respecto de ser el precio que se les repartía mucho menor del valor que tenía; y en este tiempo, estando el encabezamiento tan bajo se puso la condición novena (*se refiere, claro es, a la del contrato de 1560*)...; después, el año de setenta y cinco subió el precio del encabezamiento a un mill y trescientos y noventa quentos, y echandose de ver que habían de quedar muchos lugares por encabeçar y se habían de beneficiar por administración, la Contaduría Mayor la fué haciendo sin dar mano a los Diputados para las cosas de mucha importancia que tenían, y sí en las de poca consideración, porque es imposible poder ellos (*los Diputados*) beneficiar como conviene”²⁰².

Todos reconocen que la Diputación era incapaz de afrontar una tarea tan compleja con éxito, y nadie se ocupa de vitalizarla; permanece como un ente inofensivo cuya presencia se tolera a condición de que no intente intervenir en cuestiones importantes. Su naturaleza de “pieza rara”, de cuña incómoda para el resto de la organización fiscal real, se echa de ver en estos trances. Y por su parte los Procuradores acceden a que los Contadores pisen el terreno de la Diputación, y sólo se rebelarán cuando vean en peligro sus particulares y egoístas intereses. Ante este planteamiento, la Contaduría Mayor, a través de Garnica, acaparó las funciones atribuidas teóricamente a los Diputados, cuya intervención queda subordinada a la del Contador real. Este utilizó la confianza —más o menos forzada por las circunstancias— que en él depositaron las Cortes para administrar las rentas de los lugares no encabezados, “sin intervención ninguna de los Diputados, enviando libremente los administradores que le han parecido, con las órdenes e instrucciones que les ha dado, sin haber dado noticia de todo ni de parte dello a los dichos Diputados”²⁰³.

42. Contra este proceder un tanto abusivo del Contador Garnica reaccionaron las Cortes de 1579. Obsérvese que entre una y otra fecha (1575 y 1579) media la disminución que en 1577 se hizo

202. Es una Consulta sin fecha incluida en A. C. C., XVI, págs. 101 a 105; por el contexto se induce que debe ser de 1592; se refiere a estos hechos retrospectivamente.

203. A. C. C., V, págs. 535 y ss.

del precio del encabezamiento en 1575. Quizá por ello en 1579 serían ya menos las ciudades no encabezadas, y en consecuencia no tan grande el trabajo a realizar por la Diputación para administrar las rentas; es probable que esto contribuyera a que en 1579 se iniciara levemente la protesta de las Cortes contra la abusiva conducta (que ellos mismos habían en realidad desencadenado cuatro años antes) del Contador Mayor Garnica; de todos modos se actúa y habla con mucha mesura, en tono muy comedido.

Así, los Procuradores reconocen que la gestión de Garnica ha sido "en gran beneficio del Reyno"; pero también entienden que de ella se derivan "inconvenientes de grande consideración, el mayor de los cuales es haber excluído de la dicha administración y beneficio a los dichos Diputados y ministros del Reyno, siéndole tan necesario y conveniente (al Reyno) que todo ello pase principalmente por sus manos (las de los Diputados); y haber alterado así mismo la orden de hazer los encabezamientos; que se han hecho sin haberlos oído cerca dello"²⁰⁴. Se nombró una comisión de Procuradores para que fueran a hablar con Garnica y le recomendasen que en adelante actuase en íntima colaboración con los Diputados del Reino. Días después, los comisarios dieron cuenta a las Cortes del amistoso diálogo mantenido con Francisco de Garnica y del pleno acuerdo a que habían llegado con él acerca de todo lo tratado. Garnica reconoció ser legítima la petición del Reino de que tuviese al tanto a la Diputación de todas las gestiones que él personalmente realizase. Se le pidió que con relación a los años pasados diera al Reino plena información del estado contable de las rentas no encabezadas; y que respecto al futuro, "se ordene precisamente que no haciéndose nada sin la presencia y asistencia de los Diputados del Reyno y por su mano", los administradores enviados a distintas partes del Reino para ocuparse de las tercias y alcabalas de los lugares no encabezados, manden plena y detallada relación a la Diputación de todo lo que hagan; las cuales noticias deben asentar los Diputados en los libros del Reino "para que por ellos se entienda mejor y más fácilmente las quantas que después han de dar los dichos administradores". Finalmente se pidió a Garnica que dispusiera "asimismo que los dichos Diputados hagan y fenez-

204. A. C. C., V, págs. 535 y ss.

can las cuentas de los dichos administradores con sola la presencia del dicho señor Contador Francisco Garnica y no con otra ninguna ni de otra manera”²⁰⁵.

A todos estos requerimientos respondió afirmativamente Garnica y tanta fue su condescendencia y amabilidad que las Cortes pidieron al rey alguna importante merced en favor de él, por “la diligencia, cuidado y fidelidad” con que había gobernado todo lo relativo al encabezamiento²⁰⁶.

Se comprende fácilmente que este versallesco trato con el Contador Garnica significaba el tácito acuerdo de que en materia de administración de rentas no encabezadas llevaría la dirección el dicho Contador; y que tan sólo en el momento de pedir cuentas a los administradores, es decir, en la fase de liquidar lo recaudado y contabilizar las sobras (único punto que preocupa a Procuradores y Diputados, porque constituye el fondo único de la Hacienda del Reino de la que ellos cobran y se benefician), sería efectiva la intervención de los Diputados.

Este procedimiento de co-administración entre la Contaduría y la Diputación se conservó seguramente desde 1579 a 1584 sin interrupciones ni roces de importancia. En 1584, con motivo de la prórroga del contrato de 1577 para el trienio próximo, se renovó entre las Cortes y Garnica el mismo acuerdo, tras algunas negociaciones²⁰⁷. En el verano de 1585 las relaciones eran tan amistosas, que las Cortes gratificaron a Garnica con la enorme suma de tres mil ducados (bastante más de un millón de maravedís) por la labor realizada²⁰⁸.

43. Desde 1587 hasta 1590 la intervención efectiva de los Diputados en la administración de lo no encabezado sufrió varios cambios, pese a que el régimen legal siguió siendo el mismo por las sucesivas prórrogas del contrato de 1560 con el precio de 1577.

El último período de colaboración entre Garnica y los Diputados fue el trienio 1584-1585-1586; después de estas fechas Garnica no quiso negociar con las Cortes y se retiró definitivamente de toda materia concerniente al encabezamiento.

205. A. C. C., V, págs. 577 y ss.

206. A. C. C., V, págs. 584 y 585.

207. A. C. C., VII, págs. 294, 300, 484, 520, 572, 575 y 594.

208. A. C. C., VII, págs. 725, 730, 740, 749, 750 y 753.

Desde entonces se recrudeció la vieja cuestión de competencia entre la Contaduría y la Diputación; no se discutía el régimen legal cuyos preceptos no ofrecían duda; pero el precedente de la intervención del Contador Garnica era interpretado por cada parte de muy distinta manera.

En efecto; la Contaduría de Hacienda continuó eligiendo los administradores de cada lugar o partido no encabezado, alegando en su favor la práctica consagrada años atrás²⁰⁹. Contra este argumento las Cortes y la Diputación esgrimían la famosa condición novena del contrato de 1560, y apoyándose en ella nombraron administradores para actuar en nombre del Reino y arrendar las rentas de alcabalas y tercias no encabezadas, llegándose hasta el extremo de que en 1587 la Contaduría nombró como administrador en Galicia al Marqués de Ceballo y las Cortes designaron para el mismo fin y territorio al Licenciado don Francisco Arias Maldonado²¹⁰.

209. A. C. C., IX, págs. 96 y 156.

210. A. C. C., IX, págs. 96, 148 y 149 y A. C. C., X, pág. 156. Conviene aclarar la razón del interés que la Contaduría y la Diputación tenían en nombrar los administradores. Estos eran los enviados a los partidos, villas o lugares no encabezados para entender con poder casi absoluto "en el hazimiento y beneficio de las dichas rentas" (véase la "Instrucción" para tales administradores, en A. C. C., V adicional, pág. 677 y ss.). Como los gastos devengados por cada administrador durante su estancia en dichos pueblos debían sufragarse con cargo a las sobras del encabezamiento, a la Diputación interesaba que sus salarios fuesen poco cuantiosos, y como éstos se hacían efectivos por días de estancia en el pueblo o lugar administrado, era conveniente que los administradores estuvieran no mucho tiempo en funciones, a fin de no gravar demasiado la Hacienda del Reino. Pero la Diputación sólo podía fijar los días de gestión de cada administrador u ordenarle el regreso a la corte, si era ella quien lo había elegido. De ahí su interés en designarlos (cfr., por ejemplo, A. C. C., XVIII, pág. 250 y 520; y A. C. C., XIX, páginas 523 y 566). Sin embargo, el punto de vista de la Contaduría era muy distinto. A ella no le importaban los gastos devengados por los administradores, sino solamente su eficacia, ya que las sobras del encabezamiento nada tenían que ver con ella. Además, los Contadores Mayores se consideraban más capacitados técnicamente que los Diputados para dar a los administradores las oportunas y minuciosas instrucciones e informaciones para el buen éxito de su labor. Finalmente, los Contadores se preocupaban de descontar de los intereses concedidos a los administradores y arrendadores de las tercias y alcabalas no encabezadas, la quinta parte, que pertenecía al rey;

Esto significa un nuevo intento por parte de las Cortes y de la Diputación para lograr que ésta se encargue de realizar las tareas asignadas a ella en el contrato de encabezamiento. Es como si se hubiera operado una reacción y los Diputados quisieran sacudirse la tutela opresiva de la Contaduría Mayor de la Hacienda real.

Sin embargo la reacción fue débil y titubeante. En 1587 la cantidad a que ascendía el valor de las rentas no encabezadas fue (según testimonio del Contador del Reino) de 182 millones de maravedís, equivalentes a casi la sexta parte del precio del encabezamiento²¹¹; y en 1588-1589 la cantidad sería aproximadamente la misma. Las Cortes debieron comprender que ello implicaba gestiones superiores a la capacidad de los Diputados, y buscaron la persona ajena a esta institución que sustituyera al Contador Mayor Garnica²¹². Pero el rey paralizó las gestiones en este sentido, manifestando su intención de nombrar él la persona que junto con los Diputados quedaría encargada de la administración de las tercias y alcabalas no encabezadas²¹³; no obstante, Felipe II no eligió a nadie, y las Cortes tuvieron que disolverse sin resolver este punto²¹⁴.

El problema fue de nuevo abordado en las Cortes de 1588-1590. Para que ayudase "con su intervención y parecer" a los Diputados del Reino, se propuso en esta ocasión al Licenciado Guardiola, del Consejo y Cámara del rey, que fue al parecer impuesto por el soberano más o menos directamente²¹⁵. La Diputación tenía, pues, nuevo tutor.

44. Mas la intervención del Licenciado Guardiola duró muy poco, pues al disolverse las Cortes en 1590 la Contaduría planteó más abiertamente que nunca su oposición a la Diputación.

En efecto; en uso de sus atribuciones los Diputados llamaron a uno de los administradores de las rentas no encabezadas para que

mientras que los Diputados no lo hacían así, sino que tal quinto iba a parar en parte a la Hacienda del Reino, y en parte a sus bolsas particulares. De ahí, pues, los intereses contrapuestos que justifican los debates habidos a este respecto.

211. A. C. C., IX, pág. 115.

212. A. C. C., IX, pág. 298.

213. A. C. C., IX, págs. 309, 314, 342 y 344.

214., A. C. C., IX, págs. 372 a 374.

215. A. C. C., IX, págs. 398 y 399.

acudiese a la Diputación a presentar cuentas de sus gestiones. Pero cuando los Contadores Mayores se enteraron, dieron un auto el 4 de septiembre de 1590 notificando a los Diputados que “de allí adelante no se entremetiesen en la administración de las rentas por encabezar”, insinuando claramente que el rey estaba de acuerdo con la resolución de sus Contadores Mayores. La Contaduría pasaba al ataque; ya no se defendía de acusaciones de intromisión, sino que era ella la que se quejaba de la entrada de los Diputados en un terreno que consideraba suyo.

Los Diputados hicieron todas las gestiones oportunas para que el criterio ilegal de los Contadores de Hacienda no prosperase. Y al no lograrlo, apenas reunidas las Cortes en 1592 dieron cuenta del estado de la cuestión. Poco después, basándose en la descripción de los hechos ofrecida por los Diputados, en la condición 9.^a del contrato de 1560 y en otros textos legales, los Letrados del Reino presentaron al rey un extenso memorial (previamente aprobado por las Cortes), protestando contra la Contaduría y reclamando en nombre del Reino y para su Diputación la plena administración de las alcabalas y tercias no encabezadas ²¹⁶.

El rey tardó varios meses en resolver la cuestión, y durante ese tiempo la relación entre la Contaduría y la Diputación, ahora respaldada por las Cortes, que estuvieron reunidas desde 1592 a 1598, fue sumamente enojosa, surgiendo diversos problemas muy concretos que no era posible solucionar sin poner en claro las líneas generales acerca de la intervención de ambas instituciones en torno a la materia debatida ²¹⁷.

Al memorial de las Cortes se opuso formalmente la Contaduría, aduciendo no argumentos jurídicos, sino consideraciones basadas en la experiencia. Decían los Contadores que la Hacienda real saldría perjudicada si los Diputados administraran lo no encabezado, y recordaban a Felipe II que él mismo en 1590 y en anteriores ocasiones había adoptado una actitud defensora de la Contaduría, porque con ello protegía sus intereses. Los Contadores sacan a relucir la necesidad que tuvo la Diputación de acudir a la dirección del Contador Garnica, y ponen el dedo en la llaga al afirmar

216. A. C. C., XII, pág. 156, y 208 y ss.

217. A. C. C., XII, págs. 220, 266, 269, 272 y ss.

que la causa de aquella inferioridad reconocida en 1575 subsiste en 1592: y es que la Diputación no puede llevar a cabo tan compleja tarea. Los Diputados se mudan temporalmente y no son “escogidos por suficiencia, sino por haberles cabido la suerte”; siendo tan intrincada la misión de administrar las rentas no encabezadas, ¿cómo puede esperarse que un organismo sin continuidad entre sus miembros rectores y sin experiencia para tan delicada tarea vaya a realizarla con éxito? Puesto que la Diputación se ha visto constantemente obligada a pedir ayuda e información a la Contaduría para llevar a cabo sus trabajos, ¿no será más natural que sean los órganos de la Hacienda real los encargados de efectuarlos? ²¹⁸.

Para decidir entre las razones esgrimidas en el memorial de las Cortes y en la Consulta de la Contaduría, Felipe II pidió opinión a la Junta de Cortes, la cual le presentó un escrito en el que reconocía que “el Reyno tiene razón y justicia en pretender que se guarde la dicha condición” (la 9.^a del contrato de 1560); pero como “sería de mucho inconveniente que los dichos Diputados a solas administrasen las dichas rentas”, la Junta propuso que fuese la Contaduría encargada de esa gestión, si bien no en forma absoluta y excluyente de la Diputación, sino permitiendo la intervención de los Diputados “de la manera que se hacía en tiempo del dicho Contador Garnica” ²¹⁹.

La solución del rey siguió la dirección marcada por la Contaduría y por la Junta de Cortes. Decidió Felipe II ²²⁰ que los Diputados del Reino y los Contadores Mayores formasen un solo órgano para administrar lo no encabezado, y nombrasen de común acuerdo los administradores que fuese necesario enviar a cada partido o lugar no encabezado; y que si no hubiera unanimidad en estos nombramientos, designasen a los administradores alternativamente los Contadores y los Diputados.

Las Cortes en principio intentaron rechazar la resolución del rey, y defendieron nuevamente el estricto cumplimiento del contrato de 1560; la Junta de Cortes recomendó en otro informe una fórmula lo más semejante posible a la de los tiempos de Garnica.

218. A. C. C., XVI, págs. 101 a 105.

219. A. C. C., XVI, págs. 106 a 108.

220. Cfr. loc. cit. en nota anterior, y A. C. C., XII, pág. 312.

Pero el rey mantuvo firme su decisión, y las Cortes no tuvieron más remedio que acatar su voluntad soberana ²²¹.

Este sistema implantado por el rey desde enero de 1593 era más desfavorable para la Diputación que el de los tiempos de Garnica. En aquella época, los Diputados, sobre la base de la amistosa —y cara— relación con el Contador real tenían mayor intervención en lo no encabezado, sobre todo en el momento de pedir cuentas a los administradores. Pero según el procedimiento vigente desde 1593, la Contaduría fue siempre el organismo decisor en todos los aspectos. El Reino temía que la Contaduría se iba a quedar no ya “con la principal mano y parte en la dicha administración, pero con toda enteramente, pues con la autoridad y jurisdicción que tiene se ha de ejecutar siempre lo que a ella pareciere, aunque sea contrario al parecer de los Diputados”. La relación entre las dos instituciones rivales ya no se disimulaba, como en los días de Garnica, con el compromiso contraído con una persona que “accidentalmente” era Contador Mayor de la Hacienda real; ahora se formaba un órgano colectivo para tomar decisiones y en él había de prosperar siempre el criterio de los Contadores puesto que los miembros de la Contaduría presentes en dicho órgano eran más numerosos que los Diputados ²²². Por eso las Cortes, en un último esfuerzo, pretendieron que en las reuniones entre los Diputados, los cuatro Contadores Mayores y el Presidente del Consejo de Hacienda, los votos no se computaran personalmente, sino corporativamente; y como serían frecuentes los casos de empate, se sugería que tales asuntos fueran resueltos por el Consejo Real ²²³. Pero, como era de esperar, el rey hizo caso omiso a estas demandas.

El régimen implantado en 1593 concordaba perfectamente no sólo con la reconocida incompetencia de los Diputados, sino también con la reorganización de la Hacienda real efectuada precisa-

221. A. C. C., XII, págs. 312 y 350. A. C. C., XVI, págs. 142 a 144.

222. Desde 1557 los Contadores Mayores fueron tres; cfr. N. R., IX, 2, 1. Pero desde 1592 fueron cuatro: N. R., IX, 2, 2 núm. 11; el Presidente del Consejo de Hacienda presidía también la Contaduría Mayor de Hacienda, su Tribunal de Oidores y la Contaduría Mayor de Cuentas (N. R., IX, 2, 2 núm. 13).

223. A. C. C., XVI, págs. 647, Petición 37 y A. C. C., XIX, pág. 165.

mente ese año ²²⁴. Cuando el rey pretendía centralizar en lo posible los mecanismos de su Hacienda, hubiera sido disonante una medida que permitiese la gestión libre (y además deficiente) de los Diputados. Con la solución de 1593 la Diputación acabó subordinada a la Contaduría Mayor de Hacienda en aquello que era su principal misión.

Y ya después no se operaron modificaciones notables en este sistema. Sin embargo, en el acuerdo de prórroga del encabezamiento hecho en 1596 se incluyó como condición que el nombramiento de los administradores de lo no encabezado (auténtico caballo de batalla entre Diputados y Contadores) sería efectuado alternativamente por unos y otros. La pequeña victoria contractual de los Diputados fue muy mal acogida por los miembros de la Contaduría, que se opusieron a ella en la práctica, nombrando varios administradores sin consultar o turnarse con los Diputados del Reino ²²⁵. Pero por fin se llegó a un último acuerdo, en cuya virtud los Contadores accedieron a que la Diputación eligiese las personas de los administradores en la mitad de los casos ²²⁶. Y así parece ser que continuó la situación durante la última prórroga (1596-1610) del régimen de encabezamiento ²²⁷.

V. ADMINISTRACIÓN DE LA HACIENDA DEL REINO.

45. Al final de cada año, debían hacerse las cuentas del encabezamiento para saber si el balance era favorable a la Hacienda real o al Reino, y repartir en consecuencia las pérdidas o las sobras, incrementando o reduciendo proporcionalmente para el año siguiente los precios particulares de cada ciudad, villa o lugar. Ahora bien; estaba dispuesto que si las sobras del encabezamiento eran de cuantía menor a los seis millones de maravedís, en vez de repartirse proporcionalmente entre todas las ciudades y pueblos en general, quedaban en la Diputación como Hacienda del Reino, por

224. N. R., IX, 2, 2.

225. A. C. C., XV, págs. 125 y 126.

226. A. C. C., XV, págs. 131 a 133, 153, 169, 178, 276 y 283.

227. A. C. C., XVIII, págs. 303, y A. C. C., XIX, pág. 662.

estimar que siendo relativamente pequeña dicha suma apenas se notaría al efectuar su derrama entre todo el Reino ²²⁸.

Pero esta condición del contrato general no se cumplió puntualmente, sino que siempre —al menos con toda certeza desde 1562, y es probable que lo mismo sucediera antes— hubo enormes retrasos en realizar las cuentas del encabezamiento. Así, en 1563 aún no se habían hecho las de los años 1547 a 1562 ²²⁹, y este retraso vino arrastrándose mucho tiempo, siendo causa (junto con el desacuerdo entre los Diputados y los Contadores de rentas y relaciones) ²³⁰ del nacimiento en 1566 del famoso pleito de las “dudas”, durante el cual se discutió ante el Tribunal de Oidores de la Contaduría Mayor de Hacienda el resultado del encabezamiento general a partir de 1547 ²³¹.

En 1570, 1575 y 1576, y 1583, protestan las Cortes de esta dilación y procuran informarse del estado de las cuentas “del encabezamiento general desde el año de cincuenta y siete acá” ²³². Por fin en 1586 se liquidaron las cuentas del período 1557-1585, pues en 1587 las Cortes sólo reclaman se terminen las cuentas correspondientes al trienio 1584-1585-1586 ²³³. Pero de nuevo se produjo el retraso en la contabilidad; a partir de esa fecha no consta que se realizaran las cuentas, y las Cortes gastaron dinero a cargo de

228. Condición 16, A. C. C., V adicional, pág. 639.

229. A. C. C., I, pág. 133 y 199, 200, y A. C. C., II, pág. 86.

230. En la famosa condición 16 del contrato de 1560 no se detallaba qué funcionarios reales habían de realizar con los Diputados las cuentas del resultado anual del encabezamiento; sin embargo, creo que fueron los Contadores de rentas y el Escribano Mayor de rentas; unos y otro dependían de la Contaduría Mayor de Hacienda; la Escribanía Mayor de rentas debía haberse extinguido en 1534, según dispuso el Emperador en tal fecha (N. R., IX, 4, 12); pero tal disposición no se cumplió, pues vemos al Escribano Mayor actuando incluso después de 1593 (CARANDE, R.: *Carlos V...*, pág. 59 y 60, y LAIGLESIA, F.: *Organización...*, pág. 16, 17, 18). En prueba de mi opinión véase A. C. C., III, día 16-X-1570, y A. C. C., XII, día 16-II-1593, páginas 332 a 337.

231. A. C. C., II, día 7-III-1567.

232. A. C. C., III, págs. 151; A. C. C., IV, pág. 405; A. C. C., V, pág. 73; A. C. C., VII, pág. 101; a esta última pertenece la frase entrecomillada.

233. A. C. C., VIII, págs. 268 y 269.

las sobras del encabezamiento, sin saber a cuánto montaban éstas ²³⁴.

46. No es fácil, pues, conocer la cuantía de las sobras del encabezamiento, salvo en alguna ocasión excepcional. En 1563 los Contadores reales informaron a las Cortes de que hasta 1562 el rey debía al reino 166.155 maravedís, en concepto de sobras; pero este dato es insuficiente para aventurar cualquier cálculo, porque no sabemos si se refiere a ese año último, o se trata de un resultado de cuentas atrasadas; además, los Procuradores se manifestaron disconformes con dicha cuenta ²³⁵. Lo indudable es que tal cifra resulta muy pequeña en comparación con el precio total del encabezamiento (unos 450 millones de maravedís por entonces).

Conviene hacer notar que las "sobras del encabezamiento" (esto es, las ganancias procedentes de las rentas no encabezadas, sino arrendadas por la Diputación, o al menos en su nombre) aunque contablemente eran imputadas como partida a abonar a la Diputación como Hacienda del Reino, ingresaban directamente en la Hacienda real, y sólo al final de las cuentas (y de ahí el interés respectivo en retrasarlas o tenerlas al día) los Contadores Mayores de Hacienda debían librar al Receptor de la Diputación la cantidad resultante. De este modo, la Hacienda del Reino era en principio un concepto contable, a resultas del balance entre la Hacienda real y el reino, salvo algunas cantidades (como los derechos de arrendadores y administradores) que ingresaban directamente en la Receptoría de la Diputación. Y dado el retraso ya visto en hacer balance, la Diputación casi nunca tenía dinero efectivo, sino sólo un crédito contra la Hacienda real en concepto de "sobras del encabezamiento"; crédito cuya cuantía tampoco conocía aproximadamente.

La Contaduría manejaba el capital de las "sobras", y cuando las Cortes o la Diputación reclamaban la liquidación oportuna, o pedían dinero efectivo para hacer frente a sus gastos, la Contaduría se limitaba en el mejor de los casos a librar al Receptor de la

234. A. C. C., XIV, día 11-IX-1595, en cuya sesión se pidió la conclusión de las cuentas, y A. C. C., XVIII, pág. 79.

235. A. C. C., I, pág. 95. Las fuentes documentales están en A. G. S., Sección 16, Hacienda, Serie 2, Legajos 609 a 720; Serie 3, Legajos 926 a 1086, y sobre todo 1087 a 1092, y serie 5, Legajos 2168 a 2220.

Diputación unos pocos miles de ducados “a cuenta de las sobras”, pero sin indicar claramente la cuantía de las mismas. La Diputación castellana no poseyó en ningún momento una riqueza ni de lejos comparable con la de cualquiera de las Generalidades de los Reinos orientales de la Península. Con frecuencia la Diputación era deudora, y aplicaba los libramientos que con cuentagotas concedía la Contaduría de Hacienda real, a saldar débitos ya contraídos ²³⁶.

Como consecuencia de esta penuria de dinero efectivo, el Receptor hacía frente a determinados gastos a costa de su patrimonio particular ²³⁷, apareciendo como acreedor del Reino al presentar cuentas a la Cortes ²³⁸. Otro síntoma de esta situación de escasez es la actitud de las Cortes cuando tomaban dinero a préstamo para pagar los gastos más ineludibles a criterio de los Procuradores, quienes se comprometían en nombre del reino a devolver el capital recibido en préstamo, a cargo “del primer dinero que el Reyno tuviere” ²³⁹.

Por cualquiera de estos dos procedimientos, los Procuradores o los Diputados en caso de no estar reunidas Cortes, dispusieron de elevadas cantidades, a pesar de que la Contaduría real libraba mal

236. Veamos algunos datos en este sentido. En 1567, como la Petición de los Diputados no había sido escuchada por los Contadores, dos Procuradores fueron a tratar con la Contaduría para que ésta librase 8.000 ducados al Receptor de la Diputación (A. C. C., II, pág. 247) a costa de las sobras. Idéntica actuación se repite en 1573, 1584, 1587, 1595, 1597, 1598 y 1599 (cfr., respectivamente, A. C. C., IV, pág. 31; A. C. C., VII, pág. 516; A. C. C., IX, pág. 163; A. C. C., XIV, págs. 132, 183 a 185; A. C. C., XV, págs. 467 y 565; A. C. C., XV, pág. 688, y A. C. C., XVIII, págs. 79 y 356). Aunque estos datos sean a partir de 1567, hay que pensar que antes de esa fecha la situación era análoga. Las declaraciones de los Procuradores vienen a confirmar los datos expuestos; así, en 1595 se quejan de que tan sólo han recibido 6.000 ducados con cargo a las sobras y que las deudas contraídas por el Reino con cargo a tal fondo ascienden a 24.000 ducados; y lo mismo se repite en 1599 (cfr. A. C. C., XIV, pág. 132 y A. C. C., XVIII, pág. 79).

237. Cfr. antes número 27.

238. Así sucede en 1587, siendo Receptor Francisco de Orozco, que en tal fecha declara ser acreedor por este concepto de más de 3.000 ducados, cifra que en las Cortes de 1588 a 1590 el mismo Receptor manifiesta haber ascendido a 14.000 ducados (A. C. C., IX, págs. 50 a 54 y A. C. C., X, páginas 470 y 471).

239. A. C. C., XII, pág. 509, 516, y A. C. C., XIV, págs. 183 a 185.

y tarde el dinero correspondiente a las sobras del encabezamiento. Especialmente a partir de 1575-1577 (es decir, a raíz de la carestía del encabezamiento y aumento de ciudades no encabezadas), los Procuradores, calculando que las "sobras" serían elevadas, gastaron incluso con cierta prodigalidad.

47. ¿En qué se invertía esa Hacienda del Reino?

Aunque la condición 16 del contrato de 1560, nunca modificada a este respecto, preveía el reparto de las sobras para disminuir los precios de todos y cada uno de las ciudades o pueblos encabezados, no conozco datos de que se destinaran a tal fin; quizá ello se deba a que nunca alcanzaron la elevada suma de seis millones de maravedís que se indicaba como tope para hacer esa distribución; o acaso el desconocimiento de su valía, como consecuencia del retraso contable de la Contaduría real, indujo a los Procuradores a autorizar su gasto sin tener en consideración la posibilidad del reparto proporcional entre todos los lugares encabezados.

En contra de lo previsto por la condición 18.^a del contrato de 1560²⁴⁰, hubo intromisiones de organismos y personas ajenos a la Diputación a la hora de la distribución de las "sobras". En 1563 fue el rey quien por Cédula, proveyó se diese a los Diputados de aquel año una gratificación extraordinaria con cargo a las "sobras"²⁴¹, motivando la consiguiente protesta de las Cortes. En 1596 fue la Contaduría Mayor quien se inmiscuyó²⁴². En 1597 y 1599, el Rey ordenó se librase en favor del Receptor del Reino varios millones de ducados "a cuenta de las sobras", y destinó buena parte de ellos a deudas concretas, limitando así el poder dispositivo del Reino acerca de su distribución²⁴³. Y aunque las Cortes reclamaron contra este modo de proceder, el episodio se repitió en 1599²⁴⁴.

Pero estos actos contrarios a la condición 18.^a fueron esporádicos; salvo en los casos mencionados —y quizá algunos más no reseñados en las Actas—, las Cortes y la Diputación gastaron libremente el importe efectivo o crediticio de las "sobras" del encabezamiento. Veamos cómo y con arreglo a qué conceptos.

240. A. C. C., V adicional, pág. 640.

241. A. C. C., I, pág. 156.

242. A. C. C., XV, pág. 280.

243. A. C. C., XVI, pág. 508 y A. C. C., XVIII, pág. 386.

244. A. C. C., XVIII, pág. 388.

A) *Gastos de administración.*

La primera partida a cubrir a cargo de las "sobras" eran los gastos realizados para la gestión o administración en sentido amplio del encabezamiento; por ejemplo, los salarios de los administradores, o los de los Diputados cuando se ausentaban de la corte por razón de servicio.

El encabezamiento se financiaba a sí mismo; por ello los Contadores reales calculaban por lo alto los precios particulares de cada localidad. Como estos gastos generales solía hacerlos efectivos la Contaduría, se descontaban previamente del valor de lo recaudado. Por tanto, las "sobras" eran calculadas sumando al precio total del encabezamiento el valor de todos los gastos devengados por cualquier concepto relativo a la dirección, cobro y administración del mismo; y restando la cantidad así formada del valor bruto de lo recaudado. Por ello, la suma de las ganancias percibidas en los lugares sometidos a administración, no equivalía exactamente a las "sobras", ya que de ella había de deducirse lo necesario para pagar los gastos del encabezamiento. Naturalmente estas operaciones las realizaba la Contaduría y eran las que debía justificar en el momento de realizar las cuentas anuales del encabezamiento entre el rey y el reino.

B) *Las "bajas" de los precios particulares.*

El párrafo final de la condición 16.^a de 1560 (y en esto parece ser que no difería del anterior contrato de 1536) preveía la posibilidad de disminuir los precios de los encabezamientos particulares, para favorecer a aquellos pueblos o ciudades que por alguna desgracia fortuita y colectiva no pudieran reunir las cantidades a que se habían comprometido.

La rebaja o remisión parcial era solicitada por el lugar afectado, y la decisión correspondía a la Contaduría "oyendo a los dichos Diputados del Reyno"; pero todo indica que la decisión efectiva partió casi siempre de la Diputación o de las Cortes. A la Contaduría importaba poco que se concediese o no la "baja", pues con ella no quedaba afectado el precio total del encabezamiento; lo que la Hacienda real dejaba de percibir de los lugares beneficiados con la redención parcial del precio particular de sus encabezamientos.

lo cobraba de los excesos percibidos a costa de los lugares no encabezados, esto es, de las "sobras" en sentido amplio. De modo que las bajas concedidas suponían una disminución de las "sobras" a percibir por el Receptor de la Diputación, y si aquéllas fuesen muy altas, se correría el riesgo de que absorbiesen íntegras las "sobras": he ahí el por qué del interés que siempre puso la Diputación —y en su caso las Cortes— en conceder bajas sólo en muy extremados casos.

En 1570 Granada pide que "atento lo que el trato y comercio y labor han cesado en aquel Reyno por causa de la guerra", se le haga baja del precio de su encabezamiento. Los Diputados encargaron a los Contadores que llevaran a cabo la averiguación correspondiente, y les hacían ver "que lo que se hubiere de rebajar a Granada no se cargue ni reparta por las demás ciudades que entran en el encabezamiento general, pues sin esto hay de presente en las rentas dél y en las ganancias que ha habido, recaudo para el cumplimiento del precio que el Reino está obligado a Su Magestad"²⁴⁵. No sé hasta qué punto los Contadores cumplirían la voluntad de los Diputados.

Las Cortes de 1588 a 1590 rebajaron a La Coruña 2.000 ducados del precio de su encabezamiento, y se negaron a remitírselo totalmente como pedían; la causa alegada fue el desembarco de la armada inglesa en las costas gallegas. Las mismas Cortes se negaron a hacer baja en el precio de la andaluza villa de Carmona²⁴⁶.

En 1599 los Diputados informaron a las Cortes de la gran cantidad de pueblos y ciudades castellanas que habían solicitado bajas en sus encabezamientos por "la enfermedad de peste que ha habido y hay en muchos lugares, y la quiebra y disminución que por esta causa han venido las rentas de alcabalas". Ante tan general situación, la Contaduría comunicó el hecho al Consejo de Hacienda.

245. A. C. C., III, pág. 71. Otro caso interesante fue el de Vélez-Málaga, lugar que por la misma razón que Granada pidió la baja; se la concedieron parcialmente, pero luego se averiguó que los daños en ella sufridos eran escasos y se le quiso cobrar casi todo lo rebajado; el pleito que se entabló entre Vélez-Málaga y el Reino duró hasta 1595 (A. C. C., XIV, pág. 315).

246. A. C. C., XI, págs. 245, 275 y 337. Otros casos, así los de Sevilla y Salamanca, son mencionados por ULLOA, M.: *La Hacienda...*, págs. 123, 125 y siguientes.

para que éste nombrase personas “que tratasen del alivio que se podía y debía hacer a los dichos lugares para que no se acabasen de destruir y despoblar como lo harían si con brevedad no se pusiese remedio a ello”. Las Cortes mandaron a dos Procuradores, junto con los Diputados y Letrados del Reino, para que investigaran sobre el problema y comunicaran después sus conclusiones²⁴⁷. Se decidió actuar cautelosamente y conceder muy escasas bajas para no comprometer las sobras del encabezamiento. Obedientes a esta línea de conducta, cuando ya los Diputados y el Contador del Reino tuvieron hecha la relación de las bajas que según su criterio era justo conceder, las Cortes les ordenaron oralmente que procurasen “no se hiciesen baxas a los lugares del prescio de su encabezamiento, si no fuese en los que con rigor de justicia no se pudiese escusar”²⁴⁸.

Considerando estas recomendaciones, los Diputados en Junta con los Contadores Mayores hicieron “muchas baxas a los lugares que han traído más justificadas informaciones de su daño y pérdida, a cada uno en mucha menos cantidad de lo que por sus averiguaciones se pudiera hazer”.

El conjunto de peticiones de baja siguió aumentando en tal medida que en 1601 los Diputados volvieron a informar a las Cortes de que el total de las bajas “vendrá a consumir no sólo las sobras que ha habido en el encabezamiento general hasta fin del año de quinientos y noventa y cinco mas aun se entienden ha de faltar mucha cantidad para suplir el dicho daño”. En consecuencia de este informe de los Diputados, las Cortes les ordenaron que hicieran nuevas averiguaciones de los daños de cada lugar, y que les redujeran las remisiones concedidas²⁴⁹.

El episodio es importante por varias razones. En primer lugar estas negociaciones indican con todo su dramatismo la enormidad de la catástrofe económica y humana que debió suponer para Castilla la peste de los años finales del siglo XVI. Si fuera posible hallar la referencia escrita de los pueblos que solicitaron baja y de la cuantía que se les concedió, podría trazarse con innegable aproxi-

247. A. C. C., XVIII, pág. 526.

248. A. C. C., XIX, págs. 826 a 829.

249. A. C. C., XIX, págs. 830.

mación el mapa de la fatal enfermedad, e incluso quizá índices de mortalidad. Aun sin conocer más detalles que los contenidos en las Actas, es patente el carácter angustioso de la situación²⁵⁰.

Pero es curioso observar cómo reaccionaron ante ella las Cortes y los Diputados. No se procura aliviar la desgracia de los lugares más dañados, ni forzar al rey a conceder una baja general del precio del encabezamiento. La actitud adoptada tal como se nos muestra a través de los inequívocos testimonios de las Actas, es mucho más egoísta y estrecha de miras: hay que salvar por encima de todo las sobras del encabezamiento.

C) Salarios de los Diputados y oficiales del Reino.

Una gran parte de la Hacienda del Reino se invertía en abonar a los Diputados y oficiales sus respectivos salarios.

Los de los Diputados sufrieron pocas oscilaciones. En 1570 cobraron 250.000 maravedís, porque las Cortes de esa fecha accedieron a elevarles a esa suma sus ingresos; desde entonces no experimentó su salario más que un crecimiento, acordado por las Cortes de 1586-1588, que lo fijaron en 300.000 maravedís; en 1601 seguían cobrando anualmente esos mismos 800 ducados²⁵¹.

Si las Cortes estaban reunidas, mandaban al Receptor, por cuatrimestres vencidos, que librase a los Diputados y oficiales sus salarios²⁵². En caso contrario, el Receptor los libraba en los plazos referidos, y daba cuenta de ello a las Cortes posteriormente. De las mismas sobras se pagaba también a los Letrados del Reino y a los médicos y capellán de las Cortes; al Escribano Mayor de rentas y a los Contadores de rentas y relaciones se les daba también una

250. VICENS VIVES, J.: *Historia...*, págs. 376 y 377, al hablar de la peste como una de las causas de la miseria del siglo XVII, alude a las de 1589-1591, 1629-1631, 1650-1654, 1694...; es extraña la no mención de esta epidemia que debió tener su punto culminante entre 1598 y 1599.

Ya redactadas estas páginas leo en *La Sociedad...* de DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., págs. 68 a 70 unos párrafos dedicados a esta peste, con datos valiosísimos acerca de su extensión e importancia; DOMÍNGUEZ ORTIZ la sitúa entre 1596 y 1602.

251. A. C. C., III, pág. 73; A. C. C., VII, pág. 754; A. C. C., IX, págs. 357, 365 a 367 y 376 y ss.; A. C. C., XIX, pág. 841.

252. Por ejemplo, A. C. C., VIII, pág. 455.

cantidad anual fija (asimilable por tanto a un salario), como recompensa por los trabajos contables que realizaban en interés de la Diputación ²⁵³.

Cada Diputado obtenía, pues, una espléndida retribución; habida cuenta de que el trabajo era escaso, de que las licencias para ausencias extraordinarias eran concedidas o justificadas *a posteriori* con mucha generosidad ²⁵⁴, de que en ocasiones un mismo individuo era simultáneamente Diputado y Procurador, es claro que el cargo de Diputado reportaba beneficios muy considerables.

Como las razones de la tolerancia de los Procuradores con los Diputados no existían en la misma medida respecto a los oficiales del reino, las Cortes tendieron en general a favorecer menos a éstos que a aquéllos. Y como teóricamente los oficiales estaban subordinados a los tres Diputados, los salarios del Receptor, Contador y Solicitador siempre fueron de menor cuantía que los de sus superiores. El Contador tenía asignados en el año de su creación 20.000 maravedís, y por entonces el Solicitador percibía otro tanto ²⁵⁵. Pero la carrera de aumentos comenzó pronto, quizá a medida que demostraban que lo poco que se hacía en la Diputación era debido a ellos más que a los Diputados. En 1570 el Contador consigue 75.000 maravedís anuales y el Solicitador 30.000; este mismo, es decir, Gutierre de Campuzano, logró nuevos aumentos en 1573 (hasta 50.000 maravedís), y en 1579, 300 ducados (equivalentes a más de 100.000 maravedís). Y el Contador cobraba en 1581 240.000 maravedís, cifra aproximada a la que también percibía el Receptor. De modo que por aquellas fechas, la Diputación pagaba cada año a sus tres oficiales y a los Diputados algo más de un millón de maravedís en concepto de salarios.

Tan escandalosa suma —y más en concreto el salario del Contador del Reino— motivó en 1581 una protesta del Presidente de las Cortes, probablemente influido por los Contadores Mayores del rey; decía el Presidente que los salarios pagados por el reino eran

253. A. C. C., VIII, pág. 460 a 464; A. C. C., XIX, pág. 392; A. C. C., IV, pág. 412 y A. C. C., II, pág. 111.

254. Véase antes número 25 y la nota 85.

255. A. C. C., II, pág. 230 y ss.

256. A. C. C., III, págs. 77 y 185; A. C. C., IV, pág. 147; A. C. C., V, día 9-VIII-1579; A. C. C., VI, pág. 579, y A. C. C., IX, págs. 50 a 54.

excesivos, sobre todo porque no guardaban relación con los cobrados a costa de la Hacienda real, pues "Su Magestad no daba a ninguno de sus ministros, aunque fuesen del Consejo, más de tres mill maravedís". Sin embargo, las Cortes acordaron mantener fijos los salarios de sus oficiales²⁵⁷; y así lo hicieron, pues en 1584 denegaron al Solicitador el aumento por él pedido, y en 1587, aunque reconocen que el salario del Receptor es excesivo, tampoco lo reducen²⁵⁸.

Volvió a la carga sobre el tema en 1593 el Procurador segoviano Antonio Mampaso, que acusó la desproporción entre la elevada cuantía de los salarios y el escaso trabajo de los oficiales; pero la propuesta de reducirlos fue desestimada, y los Procuradores acordaron por mayoría que no se tratase más del asunto "por algunas razones que al Reyno le mueven"²⁵⁹. Lástima que ni en esta ocasión ni en otra idéntica que también provocó Mampaso en 1595, explicaran los Procuradores cuáles eran esas razones misteriosas que les impulsaban a conservar tan alto premio a tan pequeño trabajo²⁶⁰.

Y aun en los últimos años las Cortes aumentaron el salario del Contador, que por primera vez aparece cobrando lo mismo que un Diputado (300.000 maravedís), y el del Receptor, que alcanzó la suma anual de 250.000 maravedís; a tal acuerdo sólo se opuso Mampaso, que apeló inútilmente contra él²⁶¹.

D) *Gratificaciones.*

Además de los salarios, las Cortes solían aprobar cierta cantidad en favor de cada Diputado, en concepto de ayuda de costa, colaborando a los gastos de residencia en la corte, ya que oficialmente casi nunca se les proporcionó aposento²⁶². La elevada cuan-

257. A. C. C., V, págs. 579 y 604.

258. Cir., respectivamente, A. C. C., VII, día 29-VIII-1584 y A. C. C., IX, día 30-VI-1587.

259. A. C. C., XII, págs. 583 y 584.

260. A. C. C., XIII, pág. 483.

261. A. C. C., XIII, págs. 227 y 338; A. C. C., XV, pág. 744.

262. Parece ser que antes de 1566 sí se proporcionaba posada a los Diputados (A. C. C., II, págs. 230 y 231); desde entonces siempre hubo muchas

tía de tales gratificaciones hace pensar que con ellas se procuraba además aumentar los beneficios de los Diputados, manteniéndolos en definitiva por encima de los obtenidos por los oficiales del reino²⁶³, a quienes se concedían gratificaciones muy inferiores²⁶⁴.

También los Procuradores intentaron percibir ayudas de costa a cargo de las sobras, pero este intento casi nunca prosperó²⁶⁵. Así sucedió en 1555 y en 1592²⁶⁶. Tan sólo en 1596 lograron bajo este concepto 50.000 maravedís para cada Procurador, de lo que resultó la enorme suma total de más de 4.800 ducados²⁶⁷.

dificultades para conseguirlo (A. C. C., VIII, pág. 28 y A. C. C., XVIII, pág. 369).

263. El 18-IV-1570 se concedió a cada Diputado 200 ducados de ayuda de costa (75.000 maravedís) (cfr. A. C. C., III, pág. 135); el 23-VI-1573, 45.000 maravedís (A. C. C., IV, pág. 83); en 1575, 200 ducados a cada uno (A. C. C., IV, pág. 416); en 1579, 50.000 maravedís (A. C. C., V, págs. 372 y 373); en 1583, 200 ducados a un Diputado y 300 a otro (A. C. C., VII, pág. 119); y en 1598, otros 200 ducados (A. C. C., XV, pág. 745). En una ocasión las Cortes negaron gratificación a los Diputados (A. C. C., XVIII, págs. 149-150) aunque no consta por qué motivos; y en otra el Consejo Real anuló la gratificación de 200 ducados a cada Diputado (A. C. C., XII, págs. 134 y 229).

264. En 1580 se negó al Receptor del Reino la gratificación que solicitaba (A. C. C., VI, día 20-IV); en 1588 se le concedieron 400 ducados, pero la causa de esta entrega estribaba en que Francisco de Orozco alegó y probó haber sacado de su patrimonio 9.000 ducados para pagar las libranzas del Reino; esos 400 ducados son unos intereses encubiertos bajo la forma de dádiva generosa (A. C. C., X, págs. 470 y 471). Cuando en 1593 las Cortes volvieron a conceder otros 400 ducados al Receptor por la misma causa, el rigido Antonio Mampaso apeló contra el acuerdo ante el Consejo Real, logrando que éste anulara la decisión del Reino (A. C. C., XII, pág. 556). En 1594 y 1601 se otorgaron 150 y 300 ducados, respectivamente, al Receptor, pero bajo la forma más difícilmente atacable de ayuda de costa (A. C. C., XIII, pág. 218 y A. C. C., XIX, pág. 843). Al Contador no se le concedían gratificaciones de este tipo, sino ciertos derechos ("recudimientos, derechos de "once al millar") que solía llevar sobre el importe de las rentas encabezadas (A. C. C., XIII, pág. 227 y ss.). Al Solicitador se concedieron mil reales de albricias en 1595 por comunicar al Reino la feliz terminación del pleito del "servicio y montazgo" (A. C. C., XIV, pág. 199).

265. Cfr. Apéndice documental.

266. A. C. C., XVI, págs. 123 y ss.

267. A. C. C., XVI, pág. 419.

E) *Gastos de pleitos.*

También salían de este fondo los gastos de los pleitos que tuviese pendientes el reino, tanto si se referían al encabezamiento como en caso contrario. Por ejemplo, así se financió el famoso pleito del "servicio y montazgo".

Como el encargado de "solicitar", esto es, de llevar adelante y negociar los problemas no directamente jurídicos de los pleitos era el Solicitador de la Diputación, el Receptor libraba con tales fines diversas cantidades al Solicitador, quien había de justificarlas ante los Diputados y ante las Cortes ²⁶⁸.

F) *Préstamos concedidos por el reino.*

Otra forma de favorecer a los miembros de la Diputación y de las Cortes fue el concederse fuertes cantidades en préstamo aprobado por uno u otro organismo. En ocasiones el préstamo revestía la apariencia de salario anticipado; así en 1567 se adelantó el importe de un año de salario al Diputado Antonio de Ledesma; en 1597 se libró al Contador Antolín de la Serna una cantidad equivalente a seis años de salario; y en 1601 se prestó al Solicitador 1.500 ducados bajo idéntica forma; lo mismo se hizo con el Solicitador Campuzano en 1583, quien se resistió después a devolverlo a su debido tiempo ²⁶⁹, lo que indica que la Diputación no se resarcía directamente de tales "anticipos de salarios" descontándolos de ellos.

También se hizo empréstitos a los Escribanos Mayores de las Cortes en 1571 y 1577 por valor de 2.000 y algo más de 1.000 ducados en una y otra fecha respectivamente ²⁷⁰.

G) *Gastos varios.*

Junto a todos estos conceptos contables de carácter fijo en su mayoría, había otras formas que podríamos considerar imprevistas

268. Por ejemplo, A. C. C., XVIII, pág. 438; A. C. C., XIX, pág. 19; A. C. C., XII, pág. 499, y A. C. C., XIII, pág. 269.

269. Cfr., respectivamente, A. C. C., II, pág. 384; A. C. C., XV, páginas 403 y 409; A. C. C., XIX, pág. 816; A. C. C., VI, pág. 240, y A. C. C., VIII, págs. 62 y 63.

270. A. C. C., VIII, págs. 62 y 63.

de gastar fondos de la Hacienda del Reino. Se trataba de deudas contraídas por los Diputados o por los Procuradores por las más diversas causas.

Por ejemplo, en 1587 los Procuradores reprenden a los Diputados el hecho de haber gastado 36.000 maravedís de las sobras en sufragar dos fiestas de toros; lo cual no es obstáculo para que poco después, en 1593, las Cortes pidan dinero prestado y pagadero a cargo de las sobras, para poder asistir los Procuradores a otras fiestas análogas ²⁷¹.

Otro ejemplo: en unas cuentas presentadas por el Receptor a las Cortes en 1587 figuran muchos pagos en concepto de limosnas hechas por la Diputación a diversos conventos de la corte, probablemente como sufragio de Misas oficiadas para solicitar la ayuda divina en relación con cualquier problema de las Cortes o del reino ²⁷².

CONCLUSIONES

48. La impresión que queda tras la lectura de las Actas (y espero que también después de leer las páginas de este trabajo) es que la Diputación nació con los vicios que le transmitía la institución de la que deriva. La decadencia de las Cortes castellanas se manifiesta en su escasa intervención en todo lo que no fuera materia fiscal (y aun en ello con obediente sumisión a la voluntad real), y se traduce también en el espíritu codicioso de sus componentes, en permanente negociación interesada con los reyes. Pues bien; en la Diputación vemos un organismo aparentemente dedicado a la administración del encabezamiento de tercias y alcabalas, pero cuyos miembros actúan preocupados sobre todo por el reparto de unos fondos que pomposamente llaman Hacienda del Reino, pero que sólo servían para el provecho de unos cuantos individuos.

La Diputación dependió de modo excesivo de otros organismos. Careció respecto a las Cortes de una libertad de decisión, que tuvo siempre depositada en manos de éstas, siendo mero ejecutor de sus instrucciones. De ahí y de la escasa preparación técnica de los Diputados derivó la casi nula eficacia y agilidad de la Diputación

271. A. C. C., VIII, pág. 125 y ss.; A. C. C., XII, págs. 509 y 516.

272. A. C. C., VIII, págs. 460 a 464 y A. C. C., XIII, pág. 224.

ante los complicados problemas fiscales que tuvo que abordar. Los Diputados duraban poco en el cargo, y como los oficiales eran permanentes y poseían algo más de conocimiento práctico, aquéllos no fueron los verdaderos directores de la Diputación. Por todo ello, la Diputación nunca tuvo una vitalidad ni remotamente comparable a la de las instituciones equivalentes en los otros reinos.

49. Por otra parte, la presencia del Consejo Real sobre la Diputación ejerciendo sobre ella su dominio, indica la decidida voluntad real en orden a impedir una posible autonomía o un futuro desarrollo de la institución que la hiciera incómoda dentro del cuadro general de la administración castellana. Recuérdese que ya en el momento mismo del nacimiento de la Diputación hubo una expresa remisión del Emperador al Consejo Real. Es como una voz de alerta; hay que evitar que este organismo cuya aparición se tolera, crezca demasiado y se convierta algún día en un ente rebelde a aceptar la tutela y vigilancia real.

Nótese que en el siglo xvi los Procuradores de las Cortes de Castilla apelaban ante el Consejo Real cuando consideraban que los acuerdos adoptados por la mayoría en las Cortes no eran justos. De este modo el Consejo podía ratificar por Auto el acuerdo mayoritario, o anularlo, estimando preferible la opinión de la minoría o simplemente la del Procurador recurrente. Lo que podía parecer un mecanismo de garantía de los grupos minoritarios no era sino un procedimiento más para intervenir en el seno de las Cortes²⁷³.

Por ese camino el Consejo Real decidió en varias ocasiones ya descritas²⁷⁴ asuntos muy importantes concernientes a la Diputación. El Consejo no modificaba las actuaciones concretas de los Diputados u oficiales, no intervenía en su designación, ni dejaba sin valor sus concretos actos de gestión. Pero resolvía en cuestiones que afectaban directamente a la constitución misma de la Diputación. A su través, la dirección de ésta podía recaer en las manos del rey.

50. La Diputación perdió la batalla contra la Contaduría Mayor de Hacienda, y es lógico que así fuera. Si con toda su modestia

273. Véase un importante memorial que los Procuradores redactaron sobre este punto a 7-XII-1579 (A. C. C., V, pág. 591).

274. Véanse los números 10, 13, 17, 22, 40 y las notas 47, 263 y 264.

y sumisión política a la voluntad real, hubiera sido técnicamente eficaz en la esfera de la administración de las rentas de alcabalas y tercias no encabezadas, la Diputación se habría ganado un puesto permanente entre las instituciones fiscales castellanas. A este respecto, la importante ocasión de 1575 sólo sirvió para poner de manifiesto todos sus defectos ya enumerados. La Contaduría logró asumir la efectiva dirección de la administración de lo no encabezado, y la Diputación tuvo que aceptar un papel secundario y limitarse a defender la escasa Hacienda del Reino y el egoísta reparto de la misma.

Luego, los "servicios de millones" volvieron a ofrecer nuevas ocasiones de cogestión entre los órganos de la Hacienda real y la Diputación; pero los vicios y fracasos ya vividos por la Diputación condicionaron inevitablemente su futura actuación. Mas el estudio de esta nueva fase de su historia queda para otro momento.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

APENDICE DOCUMENTAL

TRANSCRIPCIÓN PARCIAL DE LAS ACTAS DE LAS CORTES DE VALLADOLID DE 1555 (A. G. S.: Patronato Real, Legajo 71, folios 96 y siguientes).

Folio 96: "En la villa de Valladolid a nueve días del mes de agosto de DLV años, estando juntos la mayor parte del Reyno, dixeron que pues ya lo del encabezamiento general es acabado y ellos los días pasados avian diferido de nombrar Diputados para que estén en la corte y entiendan y despachen todas las cosas tocantes al Reyno, por ser cumplido el término de la diputación de los que al presente sirven; que les paresçia se devían luego tratar de juntar para ver y platicar en ello, y visto que a este ayuntamiento no an venido todos los cavalleros procuradores de las dichas Cortes, y esto es cosa que toca a todos, dixeron que se quede la elección y nombramiento de lo suso dicho para el miércoles primero que verná, que se contarán XIII días deste dicho mes, y que los porteros llamen a todos para este día y para este efeto: y ansy mandaron a los dichos porteros tuviesen cuidado de llamar a todos los cavalleros procuradores de las dichas Cortes para que vengan a este ayuntamiento para el miércoles primero que viene, que serán a XIII deste mes, y que serán aquí a las VIII de la mañana como está acordado, porque se a de tratar de nombrar Diputados; y por ser cosa que toca a todas las çibdades, es justo que todos los procuradores se hallen a ello presentes, sy quisieren, y que con los que aquel día vinieren a la dicha ore se a de despachar lo suso dicho syn esperar más, porque el negocio es de calidad que requiere brevedad. Y todos los cavalleros que se hallaron en

el dicho ayuntamiento, que fue la mayor parte del Reyno, dixeron que ansy se haga.”

En la sesión del día doce de agosto, se insistió en el llamamiento a todos los Procuradores para el miércoles próximo a las ocho de la mañana (ibidem, folio 97).

Folio 100: “Diputados para que residan en la corte.—En la villa de Valladolid a XVII días del mes de agosto de MDLV estando punto al reyno tratando de los negocios dél, dixeron que pues que los ayuntamientos pasados que se tuvieron el jueves y viernes de la semana pasada se acordó que oy se tratase de nombrar Diputados para que resydan en la corte y entendieran en lo tocante al encabeçamiento general que su Magestad ofreçió al reyno, y para tratar desto se avía mandado llamar a todos los cavalleros procuradores que aquí están, para que se hallasen presentes al dicho nombramiento, que les paresçia se devía tratar dello; y todos conforme, acordaron que se vote sobre ello; los quales, aviendo entendido la orden que los años pasados se a tenido en nombrar Diputados, dixeron se vote sobre si la elección se hará de las seys çibdades que primero fueron nombradas, que son Burgos, y Segovia y Toro de puertos acá, y Toledo y Sevilla y Cuenca de puertos allá, o sy se hará entre todas las çibdades y villas que tienen voz en Cortes, e sobre sy la elección será por votos o por suertes, y también se mire y bote sy converná que con los Diputados que agora se nombraren, quedé uno de los que al presente resyden, por estar muy ynformado de los negocios y cosas del dicho encabeçamiento general, para que pueda ynformar dellos a los Diputados que vinieren; e ansy acordaron que se botase sobre lo suso dicho; e se votó en la forma syguiente:

BURGOS.—Lope Hurtado de Mendoça dixo, que le paresçe que se guarde la horden del primer nombramiento, y que de las seys çibdades que primero fueron nombradas, se elijan y nombren agora las tres primeras; que las que ansy se nombraren, nombren los Diputados cada çibdad uno, por manera que se nombren tres çibdades y cada una dellas en su ayuntamiento nombren un Diputado para que los tres ansy nombrados resydan en la corte y estén en nombre del reyno para despachar y hazer todas las cosas y negocios tocantes al encabeçamiento general; y que sy entre las seys çibdades se conçertaren que las tres dellas an de quedar, que aquel conçierto que hizieren se guarde, para este primer trienio, y para el segundo syrvan las otras tres; y sy no se conçertaren, echen suertes para quales tres an de quedar; y que para las elecciones se eche suertes, para que cada çibdad sepa cuándo le cabe a nombrar Diputado, que se guarde entre ellas la orden del primer nombramiento, y que los que ansy se nombraren y les cupiere, sirvan por tiempo de tres años como hasta aquí se a fecho; y que en lo de nombrar uno de los Diputados, pára reserva en sí, para hazer adelante lo que le pareçiere que conviene.—Christoval de Miranda, su conpañero, se conformó con el dicho Lope Hurtado.

LEON.—El Licenciado Hernando Díaz dixo que, visto que el primer nombramiento se hizo en personas y no en çibdades y estas fueron seys

personas; y que sy el primer nombramiento oviera sido en çibdades para que pudiere yr por tanda, él se conformara con él, para que se guardara la orden pasada, y visto ésto no puede ser, quél suplicó al reverendísimo señor Presydente y a los señores del Consejo Real, vean y determinen sy este nombramiento de agora yrá por suertes o por votos entre todas las çibdades. o manden lo que se hará en ello; y que también vieran y determinaran lo que se hará en lo de las seys çibdades que pretenden que entre ellas se haga el nombramiento, lo qual les suplicó manden ver y determinar como lo an fecho otras vezes; y que hasta estar fecha esta determinación, reserva su voto en el nombrar.

Juan de Villafañe, su compañero, dixo, que atento que en la manera que hasta aquí se a tenido para nombrar Diputados no se a tenido orden que paresca ser forçoso guardalla agora y por esto el reyno puede hazer en el nombramiento de los Diputados lo que quisiere y le pareçiere que más conviene; su parecer es, que se nonbren dos Diputados, uno de puertos acá y otro de puertos allá, para que estos dos queden con el uno de los que agora son, y el que oviere de quedar de los viejos, sea el que de puertos allá; y que para nonbrar las otras dos çibdades para que ellas nonbren los otros dos Diputados, se eche suertes entre todo el reyno a quáles çibdades cabrá, y que esta orden de nonbramiento se tenga y guarde en los que adelante se ovieren de hazer; y que, si paresçiere, que dende luego queden nonbradas todas las çibdades, se echen suertes para ello entre todas, para que cada çibdad tenga entendido cuándo le cabe nonbrar Diputado; y que syenpre quede a los dos nuevos uno de los viejos, por estar ynformados, y que ésta sea el que oviere estado solo de puertos acá o de puertos allá.

GRANADA.—Don Pedro Girón y don Luys Maçía se conformaron con el voto de Lope Hurtado de Mendoça, y que en caso que pasase por Reyno que se haya de hazer el nonbramiento entre las seys çibdades, son en que luego se heche suertes entre ellas para que se vea a quáles cabe.

SEVILLA.—Gaspar Antonio de Solís y Francisco de Plasenzia se conformaron con el voto de Lope Hurtado de Mendoça.

MURCIA.—Luys Pacheco de Arróniz dixo, que atento que en la orden pasada hubo confusyon y se acudió para la determinación dello a los señores del Consejo Real, y allí se determinó por dos vezes la orden que se avía de tener, y por todas las çibdades que tienen voto a pasado la rueda, y de aquí adelante se a de començar otra de nuevo; es su voto e paresçer que entre todas las çibdades e villas que tienen voto, se hechen suertes para que a las tres çibdades que les cuplere nonbren cavalleros de sus ayuntamientos que vengán por Diputados, y que sean agora dos de aquel cabo de los puertos, y uno deste, porque esta vez en la diputación que agora corre fueron dos deste cabo; y que dende agora se echen suertes para que a todos les quepa que cada uno sepa cuándo a de venir Diputado por ella.—Don Luys Pacheco de Balboa, su compañero, se conformó con el voto del dicho Luys Pacheco.—E luego, el dicho Luys Pacheco dixo que pide al Reyno que los cavalleros questán ausentes vengán y voten en este negoçio, y que en qualquier tienpo

que vinieren sean admitidos a votar en ello, y que se les dé por testimonio como lo piden ansy, porque en este ayuntamiento faltan los procuradores de Córdoba y Juan de Solís que está ausente y Fernando de Henao que está enfermo.—Y Lope Hurtado dixo, que se les dé el testimonio poniendo en él el auto que primero hizo y acordó el Reyno para la ora a que se avían de juntar, y que con los que a la ora viniesen se despachasen los negoçios syn esperar más.—Y luego el Reyno mandó llamar a los porteros, y dixo a Palacios que sy avía llamado a los Procuradores de Córdoba, el qual dixo que no los avía hallado en su casa, pero que los ayuntamientos pasados les avía dicho cómo oy no faltasen, porque se avía de juntar todo el Reyno, y ansy estavan llamados; y se le mandó que los volviese luego a buscar.

JAHEN.—Don Fernando de Torres dixo que se conformava y conformó con Lope Hurtado, y que entre las çibdades se echen suertes para que queden las tres dellas, y que sy al reyno le pareçiere que quede uno de los Diputados presentes por algún tiempo, le pareçe que deve quedar don Melchor de Guevara.—Gaspar de Viedma, su compañero, se conformó con el dicho don Fernando.

SEGOVIA.—Pero Gómez de Porras y don Diego de Heredia, se conformaron con Lope Hurtado.

AVILA.—Juan de Henao se conformó con Burgos, y que sy para con los Diputados nuevos a de quedar alguno de los viejos, sea don Melchor de Guevara por los seys meses primeros de la diputación, porque en este tiempo los podrá ynformar de lo que convenga.

GUADALAJARA.—Don Juan de Arellano dixo que las seys çibdades que primero fueron nonbradas reçibieron beneficio primero que las otras, y tras ellas lo reçibieron las que fueron después nonbradas, y ansy es razón que en el nonbramiento que agora se hizlere gozen deste beneficio todas; su pareçer es, que pues el encabezamiento que se a dado es por tan breve término, y éste con el ayuda de Nuestro Señor se prorrogará y alargará más, que agora se echen suertes entre las dichas çibdades, para quáles dellas an de reçibir este beneficio primero, y las suertes se echen entre todas, y que después questé determinado las çibdades que an de nonbrar, él declarará y botará sobre el Diputado que a de quedar con los que de nuevo vinieren.—Juan de Salinas Vélez, su compañero, se conformó con Lope Hurtado de Mendoza.

ZAMORA.—Pablo de Cisneros Sotelo dixo que se conformava e conformó con el voto de Burgos, con que echen suertes entre las seys çibdades.—Antonio Delgadillo, su compañero, dixo que se conformava e conformó con Luys Pacheco de Arróniz.

MADRID.—El doctor Pisa dixo que se echen suertes entre todas las çibdades, porque lo demás sería a su pareçer syn justiçia, y que de las suertes se tomen las dos çibdades que salieren, y éstas nonbren de cada una un Diputado, y con estos dos nuevos, le pareçe que quede para los ynformar uno de los primeros. El Liçençiado Herrera se conformó con el dicho doctor Pisa, su compañero.

SORIA.—Lope Alvares y Juan de Neyla, por Soria, dixeron que se echen suertes entre todas las çibdades.

VALLADOLID.—El doctor Duero dixo que pues todas las çibdades no pueden gozar en los çinco años por que a dado el encabeçamiento, que para que mejor se haga, se hechen entre todas suertes, y a las tres a quien cuplere, nonbren Diputados.—Juan de Miranda, su compañero, se conformó con él.

CUENCA.—Juan de Montemayor y Ginés de Gumiel se conformaron con el voto de Lope de Hurtado.

TORO.—Francisco de Valdivieso se conformó con el voto de Lope de Hurtado.—Diego de Ulloa, su compañero, dixo que aunque su çibdad es de las seys que primero fueron nontradas, le parece que entre todas se hechen suertes y no entre las seys solamente.

SALAMANCA.—Pedro de Solís dixo que su voto y parecer es que entre todas las çibdades se hechen suertes.

TOLEDO.—Luys Gaytán y Andrés Téllez, por Toledo, dixeron que se conformavan con el voto y parecer de Lope Hurtado.

CORDOVA.—Estando en esto vino a este ayuntamiento don Diego Cabrera, uno de los procuradores de Córdoba, al cual se le hizo relación del negocio sobre que se votava y tratava y de lo que se havia votado, y pidió se le leyese el voto del dicho Lope Hurtado de Mendoça, y, aviendolo oydo, dixo que se conformava y conformó con el parecer del dicho Lope Hurtado.

Y luego se contaron y regularon los votos y pareçio que la mayor parte fué en que las dichas seys çibdades primeras se nonbren las tres conforme al voto del dicho Lope Hurtado y ansy se dixo al Reyno.—E luego Pedro de Solís dixo que por el perjuicio que de lo suso dicho venía a su çibdad y a las otras que an sido de parecer que entre todas se echen suertes, apelava y apeló de todo lo suso dicho para ante los señores del Consejo de su Magestad, para aquellos lo vean y provean en esto lo que convenga para que ninguno reçiba agravio; y luego se arrimaron a su apelación todos los otros cavalleros de las çibdades e villas que votaron en que se echasen suertes entre todas las çibdades, y pidieron que desta su apelación y de todo lo que a pasado se les diese testimonio.—E luego Lope Hurtado de Mendoça dixo, que este megoçio está votado por el Reyno y por la mayor parte dél quedan nonbradas las seys primeras çibdades que primero se nonbraron, para que entre ellas se nonbren las tres, y el apelación que hazen no a lugar por estar votado y pasado por la mayor parte, y lo que se a fecho es medio más sin agravio que se pudiera dar para todas las çibdades”.

A continuación (“E luego yncontinente...”) se votó sobre si convenía que se quedase con los nuevos Diputados nonbrados, uno de los Diputados que lo fueron la vez anterior, y salió por mayoría que se prolongase el nombramiento a Melchor de Guevara, Diputado cuyo período se extinguía entonces, para que lo fuera de nuevo con los que habían de entrar, a modo de consejero de ellos. No hubo debate ni opiniones argumentadas que merezcan ser reproducidas textualmente.

Día 18 de agosto, folio 102 y 102 vuelto; se trata en ese día de dos asuntos que carecen de interés para nosotros a continuación de los cuales, se dice lo siguiente:

“Vino a este ayuntamiento Gaspar Antonio de Solís que estava en su casa, el qual dixo que a su notiçia a venido que el Reyno a tratado y botado sobre el nonbramiento de nuevos Diputados para ser, y algunos diz que an declarado la orden que les parece se deve tener en este nonbramiento, unos que se echen suertes entre las seys çibdades que primero sirvieron, y otros que se hechen las suertes entre todas las çibdades que tienen voto en Cortes; y porque él a mirado en este negoçio y le parece qué cosa que todos goçen desta preheminencia y libertad de nonbrar Diputado, le parece y es su voto, que se hechen suertes entre todas las çibdades del Reyno que tienen voto en Cortes, porque esto será syn agravio de ninguno, y ansy pide, y si necessario es requiere al reyno, que se haga; y que en todo lo demás sobre que se a votado para cuál de los Diputados quedará, se conforma en ello con Pedro de Solís, su compañero, y nonbra para que quede el qual dicho Pedro de Solís tiene nombrado.

E luego Lope Hurtado de Mendoça dixo, que lo quel dicho Gaspar de Solís ha dicho y votado no a lugar, ny puede votar en este negoçio el que no se halló aquél día que dél se trató en el ayuntamiento, y queste negoçio está votado y pasado por la mayor parte del Reyno para que entre las seys çibdades que primero sirvieron se conçierten de nonbrar los tres, o echar suertes; y que demás desto, conforme a los abtos questán fechos por el Reyno y consentidos, no puede votar en este negoçio syno quien se halló en este ayuntamiento el día que dél se trató, porque para este efeto llamaron todos los procuradores en día y negoçio señalado y sería nunca acavar las cosas poder votar cada día en ello; y que pues él no estava el día que éste negoçio se trató, que no puede ny a de votar en ello ni su voto puede ni a de parar perjuysio a los señores que tienen derecho por lo que está votado”.

Sigue el debate y votación sobre dos temas no relacionados con la Diputación. Tras ellos, se dice:

“Sobre la Diputación, otro voto.—E después desto este día XVIII de agosto de DLV en la tarde, ante nos, Gaspar Ramírez e Francisco del Agua, paresció presente don Gonçalo Hernández de Córdoba, e dixo que a su notiçia es venido que el Reyno tiene votado sobre la elección de los Diputados, y porque el día que dello se trató él estuvo ocupado y no se pudo hallar en el dicho ayuntamiento, y tampoco se pudo hallar en el ayuntamiento que esta mañana se tuvo; y que agora él quiere votar en lo suso dicho, y dixo que para la elección de los dichos Diputados es su parecer que se echen suertes entre todas las çibdades, y a las tres que cupiere la suerte nonbren Diputados, y que estas suertes se echen entre todas y no en las seys solamente como diz que an votado algunos; en lo de quedar de los Diputados pasados, le parece que quede don Melchor de Guevara por todos tres años, y que este es su voto y parecer para este negoçio”.

Folio 103.—“En Valladolid, a XIX de agosto de DLV se juntó en Reyno la mayor parte dél, y estando tratando y platicando los negocios y cosas tocantes al encabeçamiento general, después que fueron venidos en este ayuntamiento todos los cavalleros porcuradores de las dichas Cortes, eçebto Fernando de Henao, que estava enfermo, otorgó el Reyno la obligaçión de la prorrogaçión del encabeçamiento general.—Este día se acreçentó el salario a del Agua, e se vió cierto capítulo que Juan de Galarza traxo a este ayuntamiento para que se pudiese con los generales, y por ser dada la ora, se levantaron del ayuntamiento y dixeron que para la tarde se buelvan todos a juntar a las tres, para acavar de despachar lo que toca a los Diputados, y también se a de tratar sy converná que de las sobras del encabeçamiento general se paguen a los procuradores alguna cosa para allviar a sus çibdades de algún salario, pues se an detenido aquí solçitando y pidiendo y tratando lo de la prorrogaçión del encabeçamiento general, como otras vezes se a hecho.

Requerimiento.—Después de ésto, este dicho día XIX de agosto en la tarde, se juntó la mayor parte del Reyno; estando platicando sobre la orden del nombramiento de los Diputados, don Fernando de Torres dixo que pide y requiere a las seys çibdades que están nonbradas por la mayor parte del Reyno que entre ellas se acuerde y conçierten quales tres an de quedar y nonbrar Diputados, como está acordado y votado por el Reyno, lo qual se conçierten y hagan de aquí a mañana en todo el día; donde no, que se echen las suertes conforme a lo votado por la mayor parte del Reyno, porque de no hazerse ansy requiere gran dilaçión a las Cortes y perjuzio a los negocios y gasto a las çibdades en cosa que no se sygue ninguna utilidad ni provecho al Reino.

Requerimiento. Diputaçión. E luego Luys Pacheco de Arróniz dixo, que, como consta por lo que está votado, la mitad de los cavalleros que en estas Cortes asysten tienen dicho que se eche por suertes este nonbramiento entre todas las XVIII çibdades, y más se deve hazer por ser nuevo nonbramiento, e de lo contrario está apelado; y ansy requiere que no se conçierten ni echen suertes entre las dichas seys çibdades por ser interese de todas las XVIII que tienen voto, por que las suertes se an de echar entre todas. E si otra cosa se hiziese o quisiese hazer se a de llevar todo al Consejo, y de no hazerse lo que él tiene pedido y botado apela como apelado tiene y lo pide por testimonio, y requiere se le dé el testimonio de lo que a pasado para lo llevar al Consejo y presentarse en él; y que hasta que se le dé, no le corra el término; lo qual dixo que hazía y dezía por sy y en nonbre de las otras çibdades que sus procuradores son en que se echen las suertes para esta eleçion de Diputados entre todas las çibdades.

E luego, Christoval de Miranda dixo que quando se votó sobre este negocio, no entendió que se avía votado que se avían de echar suertes entre las seys çibdades, syno conçertarse entre ellas, y el conçierto presupone reyna, y ésta es que Burgos sea de los primeros nonbrados como lo fué en el primer nonbramiento que se hizo de Diputados; e ansy dize e protesta

que no es en que se echen suertes ni que Burgos pierda su presidencia y orden acostumbrada de ser la primera nonbrada, y que si lo contrario hizieren, lo contradize y protesta; que por ello no pueda o puedan venyr ningún perjuyçio a su çibdad, y apela dello por los señores del Consejo Real, e lo pidió por testimonio.

Don Fernando de Torres. E luego el dicho don Fernando de Torres, dixo, que lo quel dicho Christoval de Miranda contradize es lo quel tiene votado; y el Reyno deste negoçio trató, y con su voto y con el de Lope Hurtado, su compañero, que votaron una misma cosa, se conformó la mayor parte del Reyno, como parecerá por los autos y votos dellos; por lo qual no a lugar que agora contradiga lo que tiene votado diziendo que no lo entendió, mayormente estando pasado por la mayor parte del Reyno como lo está. No embargante lo quel dicho Luys Pacheco tiene requerido y pedido, porque por el Reyno fué acordado en nueve días deste mes de agosto que se llamase a todos los cavalleros Procuradores para el miércoles primero, para que viniesen a la ora acostumbrada para tratar de nombrar Diputados, y que sy alguno faltase de venir, con los que viniesen se hiziese el dicho nombramiento, como se contiene en el auto que dello se hizo, a que se refiere; y que todos los cavalleros que en aquel ayuntamiento se hallaron y votaron y se conformaron la mayor parte dellos con el voto y parecer de los dichos Christoval de Miranda y Lope de Hurtado; por tanto, que pide y requiere, según que lo tiene pedido y requerido, se guarde y efetúe lo votado por la mayor parte del Reyno; y a nosotros, los dichos escrivanos, que no demos testimonio sin esta su respuesta y sin todo lo demás que sobre esto a pasado; e de cómo lo dixo ansy, y lo pidió y requirió, lo pidió por testimonio.

Otro voto y requerimientos sobre la Diputación.—E luego Gaspar de Bledma, escrivano de Jahén, dixo que pide y requiere lo mismo que tiene pedido y requerido el dicho don Fernando en su voto y requerimiento, con las protestaciones que en tal caso le conviene protestar; y lo pidió por testimonio.

E los procuradores de Cuenca dixeron que piden y requieren lo mismo que tiene pedido y requerido Jahén.

Pero Gómes de Porrás dixo que dize lo mismo que a dicho Jahén, y que para mañana traerá por scripto su voto y las causas por que lo contradize.

Francisco de Plasenzia por Sevilla, dixo que para el ayuntamiento de mañana traerá por escripto lo que en esto conviene a derecho de su çibdad.

El doctor Duero dixo, que dize por Valladolid lo mismo que tiene dicho y pedido y requerido Jaén.

Pablo Cisneros de Sotelo dixo, quel votó sobresto el día del nombramiento, y fué en que se echasen suertes entre las dichas seys çibdades, y porque de lo que agora a pasado e. entendido que Burgos pretende ser nombrado syn echar suertes como está votado por la mayor parte del Reyno, y sy no se guardase la orden del echar suertes entre todas las seys çibdades sería gran agravio y no se cumplir lo que el Reyno tiene acordado y votado por la mayor parte; que pide que se guarde aquella elección de suertes entre

las seys, e sy' esto no se hiziere ansy, quél mejorará su voto que sobrello dió, mañana en todo el día.

Luis Gaytán dixo, que si alguna çibdad a de preceder en este nombramiento syn echar suertes como está votado por el Reyno, que en tal caso Toledo a de ser la que ha de preceder por las causas que son notorias a todo el Reyno.

Con esto se salieron del dicho ayuntamiento y dixeron que para mañana se determinará lo que se ha de hazer en lo suso dicho".

Folio 104.—Corresponde a las sesiones del día 20 de agosto. En tal fecha tratóse de temas no concernientes directamente a la Diputación, pero se discutió el problema de si se podría pagar una ayuda de costa a los Procuradores, con cargo a las sobras del encabezamiento general del Reino. A este respecto, las Actas originales dicen textualmente así:

"Votos para la paga del tienpo que se an detenido en lo del encabezamiento. Platicóse sobre que otras vezes se ha tratado en este ayuntamiento que convernía y sería cosa justa, que, pues las Cortes se an dilatado más de lo que se dilatavan por tratarse de lo del encabezamiento, que la costa que en ello se a fecho no es justo la pague y cargue de solas las çibdades, syno que ésta se tome y pague de las sobras y ganancias del encabezamiento general, pues se an fecho por el beneficio general de todos los que entran y se comprehenden en el dicho encabezamiento general, como otras vezes se a fecho; e aviendose platicado largamente sobrello e ynformadose de lo que otras vezes se a fecho, porque no se pudieron conformar sobre ello, dixeron que se vote sobre ello, e se votó en la forma siguiente:

Christoval de Miranda dixo, que le parece questo no se deve pagar de las dichas sobras por ser cosa nueva, y que viniendo a Cortes no se a acostumbrado pagar de las sobras, porque quando dellas se pagó fué juntándose el Reyno para lo del dicho encabezamiento general fuera de Cortes, y agora no se deve pagar ni hazer novedad.

El Licenciado Hernando Díaz dixo que atento que las Cortes se an dilatado y detenido por tratarse en ellas lo del encabezamiento general, y estar este acavado tan en beneficio del Reyno, que le parece que no es justo que la costa que por este detenimiento a venido cargue de las çibdades ni de los propios dellas, syno que se deve tomar y gastar de las sobras del encabezamiento general, pues a sydo tienpo gastado en beneficio del encabezamiento y de los que contribuyen a él; y porque se a averiguado que justamente se podría pagar de las dichas sobras, asy en el tienpo como en la cantidad, le parece quel Reyno deve nonbrar quatro cavalleros para aquellos miren y arbitren el tienpo y la cantidad que por esto se a de pagar, y que lo que ansy se acordare que se dé de las dichas sobras, se descargue de lo que an de dar las çibdades, por manera que a ellos no se les quente lo que aquí se diere a sus procuradores; y queste es su parecer.

Juan de Villafañe se conformó con el dicho Licenciado Hernando Díaz.

Don Diego Girón dixo que le parece que el Reyno no deve tratar desto

porques hazer novedad, la qual no conviene ni es neçessario que se haga.

Don Luys Maçía su compañero, se conformó con él.

Gaspar Antonio de Solís dixo que no se haga novedad.

Françisco de Plasenzia dixo que le pareçe que no conviene hazer novedad.

Luys Pacheco dixo que se conformava con el parecer del Licenciado Hernando Díaz, porque es cosa justa y se descargan los propios de las çibdades con ello.

Don Fernando de Torres dixo que no se haga novedad.

Gaspar de Viedma, que no se haga novedad.

Sotelo de Cisneros y Antonio Delgadillo, se conformaron con el dicho Licenciado Hernando Díaz.

El doctor Pisa se conformó con el dicho Licenciado Hernando Díaz.

Lope Alvarez y Juan de Neyla se conformaron con León.

Fransisco de Valdivieso dixo que pues lo que se trata es general, y cosas que se an fecho por el beneficio general y no solamente por el de sus çibdades, que sy con no pedirse otras vezes estos salarios viniendo a Cortes de las sobras, se a fecho agravio a las çibdades y cargado y costado sus propios que no es razón que se haga agora, y ansy es en que se paguen de las dichas sobras, pues ay de qué y es cosa general en lo que se an ocupado.

Diego de Ulloa dixo quél es en que no se haga novedad, y en caso de hazerse por el Reyno, que se haga que sea pagando a todos ygualmente y no de otra manera.

Pedro de Solís, su compañero, se conformó con él.

Don Juan de Arellano dixo que la novedad que se pretende hazer es en beneficio de las çibdades, y pues ay sobras del encabezamiento de que pueden ser gratificados por todos los gastos que se an fecho en tratar lo del encabezamiento general, le pareçe que se deve descargar a las çibdades con señalar y pagar el salario a los cavalleros procuradores que aquí están; pues ellos se an detenido en beneficio general del encabezamiento, no es justo que paguen las costas sus çibdades; y que sea que se pague a todos ygualmente.

Juan de Salas, su compañero, se conforma con él.

Juan de Myranda dixo, que no se haga novedad, y el doctor Duero de Monroy dixo que su Magestad haze merzed a los procuradores y les da a cada uno CL maravedís de ayuda, y por esto le parece que no es justo que se les pague otra cosa, por lo que aquí se an detenido, y es en que no se haga novedad.

Pedro Gómez de Porras dixo, que se conforma con el voto del Licenciado Hernando Díaz, con tanto que si oviere de qué pagar algo, no sea más a cada uno de lo que le dé su çibdad de salario.

Don Diego de Heredia se conformó con él.

Juan de Henao se conformó con el parecer de Christóval de Miranda.

Ginés de Gumiel se conformó con el voto de Hernando Díaz.

Estevan de Castro entró en este ayuntamiento después de Cabrera, y se

le hizo relación de lo que pasava y sobre qué se votava, y dixo que su voto es que no se haga novedad en este negocio.

Luys Gaytán dixo que no se haga novedad y que las sobras del encabezamiento general tiene dueños, y es justo que a ellos se dé, pues sy ovieren perdido en el encabezamiento general la avían de pagar, y qué no es en otra cosa.

Andrés Téllez dixo que se conforma con él y que él cobrará de su çibdad su salario.

Regulados los votos pareció que la mayor parte fué que se paguen las dichas costas de las sobras del encabezamiento general, y fué con un voto más.

E luego se trató de nombrar quatro cavalleros para que traten el tienpo que se a de pagar y la cantidad que se a de dar a cada uno. Y Christóval de Miranda nonbró a Fedro Gómez de Porras y a don Juan de Arellano y a Delgadillo y al doctor Pisa, para que los suso dichos lo traten, y de lo que acordaren den razón al Reyno para que se provea lo que más convenga; y a este nombramiento se conformaron todos eçebto Juan de Henao, que dixo que se nombrasen dos cavalleros de la una opinión, y otros dos de la otra, porque desta manera se hará más justamente, y que en caso que algo se cobrare no se deve librar a personas sino a las çibdades, porque desta manera yrá la cosa más ygual para todos.

Estando en ésto entró en este ayuntamiento Juan de Montemayor, procurador de Cuenca y votó en este negocio y dixo que su parecer es que no se pague lo suso dicho de las sobras del encabezamiento general, ni se haga sobre ello novedad alguna.

Y con este voto vinieron a estar XVI a XVI y el Reyno dixo que por agora se quede esto para platicar en otro ayuntamiento, lo que se hará".

Luego se transcribe una petición que no nos interesa, y seguidamente, en el mismo follo, vuelve a tratarse sobre la Diputación:

"Leyóse en este ayuntamiento una petición que ayer se dió en Consejo de lo que el Reyno tenía votado sobresto de la Diputación, de lo qual se respondió que no hiziesen novedad hasta que por los señores del Consejo se viese lo que estava fecho y votado, y que para ello se lleve todo al Consejo. Y Luys Pacheco de Arróniz dixo que requiere a los Secretarios de Cortes, que pues está mandado por los señores del Consejo en la petición que agora se a visto, que todo lo que sobresto a pasado se lleve al Consejo Real para que allí se vea y mande lo que de justicia se ha de hazer, que pide que esto se lleve al Consejo Real y no se lleve particularmente a casa de los señores del Consejo, y ansy lo pide por testimonio.

Otra petición que se presentó.—Pedro Gómez de Porras dió otra petición para que se leyese en este ayuntamiento, la qual es para que se dé en el Consejo en nombre de la mayor parte de los procuradores de Cortes, en que piden que lo que está votado para que entre las seys çibdades se echen suertes, está muy bien fecho y se deve mandar guardar ansy; la qual se leyó y luego Christóval de Miranda dixo por Burgos qué no es en la dicha petición, por

quanto tiene fecho sobre esto sus protestaciones y requerimientos a que se remite, e pide que no se dé ny presente la dicha petición, porqué no es en nada, y lo contradize por lo que toca a la parte y presencia de su çibdad, y que en caso que se dé no se presente syn que vaya juntamente con ella todo lo qué tiene dicho y pedido y requerido sobre este negoçio en el ayuntamiento de ayer XIX deste mes; y ansy lo pide y requiere y lo pide por testimonio”.

En el folio 105 se transcribe el extracto de la petición a que aquí se acaba de aludir, más otra particular de los Procuradores de Segovia, en el folio 106, en la que se va contra la oposición de los Procuradores que quieren extender el sorteo a todas las ciudades, y también contra la oposición de Christóbal de Miranda en favor de Burgos.

En el folio 109 y siguientes se incluye el auto del Consejo Real en el que se da la razón al acuerdo tomado por mayoría sobre sortear entre las seis ciudades inicialmente designadas, con exclusión de las demás. En cuanto al nombramiento de un Diputado antiguo, Melchor de Guevara, para informar a los entrantes, el auto dice que no se haga novedad. En el auto no se especifica cómo debe hacerse el sorteo entre las dichas seis ciudades. Contra él apelan los Procuradores de las ciudades excluidas (es decir, todas excepto Burgos, Segovia y Toro de puertos al Norte, y Sevilla, Toledo y Cuenca del sur de los puertos).

En el folio 119 se transcribe una petición de don Juan de Arellano, Procurador de Guadalajara, en la que solicita del Reyno que apele ante el Consejo Real contra el auto por éste dado, en el sentido de que en él se resuelve no sólo respecto al asunto relativo a las ciudades que podían entrar en el sorteo para la Diputación (que fué la verdadera materia sometida al Consejo), sino también en lo de la prorrogación del nombramiento de Melchor de Guevara; Arellano estima que sobre este punto no debió resolver el Consejo, puesto que hubo acuerdo mayoritario del Reyno y ningún Procurador había contradicho tal nombramiento; sin embargo, el asunto no prospera. En consecuencia, Melchor de Guevara dió las gracias al Reyno por la confianza que en él depositó, y rogó (folio 141) que suplicase el Reino a la “Serenísima Princesa y al Señor Presidente”, que lo empleen de algún modo en el servicio directo de su Majestad. El Reino accede a la petición de Guevara. Ese mismo día se da la noticia “en el Reyno”, de la segunda resolución del Consejo Real contestando a la apelación de los Procuradores representantes de las ciudades excluidas. Las Actas originales dicen textualmente así: (folio 141 vuelto):

“E luego, Gaspar Ramírez de Vargas notificó al Reyno el auto de revista que el Consejo pronunció sobre la orden del nombramiento de Diputados para adelante, y platicóse en ello y vistos los autos sobre ello pronunciados, y lo que el Reyno votó al principio en este negoçio, platicaron en ello y acordaron que se pidiese declaración dello a los señores del Consejo, para que no se haga novedad en lo que hasta aquí se a fecho en el nombramiento de los Diputados, porque sy entre todas seys çibdades se an de echar suertes, sería

desordenar y desconçertar toda la orden pasada, y dixerón que Gaspar Ramirez y otros dos cavalleros deste ayuntamiento vayan a los señores del Consejo y les digan la duda quel Reyno tiene para que declaren de la manera que an de hechar las dichas suertes; los quales fueron a ello”.

A continuación se trata de una petición presentada por los Diputados salientes. No la transcribieron en las Actas, pero versaba indudablemente sobre solicitud de ayuda de costa en favor de los dichos Diputados. Aunque no se hace expresamente el cómputo de la votación, parece que la mayoría opinó dar CL ducados de ayuda de costa a cada Diputado.

El resto de lo tratado ese día 20 de septiembre es de gran importancia para la Diputación (folios 141 vto., 142 y 143):

“Diputación. Se hechen suertes. E luego se tornó a platicar sobre la elección de los dichos Diputados, porque los cavalleros a quien el Reyno cometió que fuesen al Consejo para que se declarase la duda que ay en el echar de las suertes, avían venido, y dixerón que, quando fueron, ya los juezes del Consejo eran salidos. Y ansy platicaron en ello, y porque no se pudieron conformar, dixerón que se votase en esto, y se votó en la forma siguiente:

Christóval de Miranda dixo que pide y requiere al Reyno que no voten sobreeste negoçio ny ynoven en cosa nynguna de lo contenido en el auto pronunciado por los señores del Consejo, ni echen suertes como las quieren echar, ni se haga otra ninguna cosa más de lo contenido en el dicho auto, y que aunque de hazerse como dicho auto dize, es agraviado Burgos, es en que se cunpla y guarde el auto syn dalle otro ningún entendimiento ni declaración, y que ansy lo pide al Reyno con protestaçión que sy contra lo suso dicho alguna cosa se hizyere, no pare perjuyzio a su çibdad, y que él no es en que sobreeste negoçio se vote; y ansy se salió del dicho ayuntamiento.

El Licenciado Hernando Díaz dixo que, visto que no se quieren conçertar los seys cavalleros y que lo an dicho ansy espresamente, y vista la diferencia que entre los procuradores del Reyno ay sobre la orden que se a de tener en echar las suertes, que atento que en el nombramiento que en estas Cortes se hiziere, havia de ser un Diputado de puertos acá, y dos de puertos allá, guardando la orden que hasta aquí se ha tenido, su parecer es que quando se echen suertes entre las tres çibdades de puertos acá y saliere la una, no entren más en suertes las dos de puertos acá, y que las suertes de puertos allá sean entre las otras tres, y nonbren Diputados las dos que presto salieren; y que aunque esto le parece que es injustizia, porque haziendolo ansy se guardará la orden que se suele tener, pero que no enbargante esto es su parecer que no es ésto a determinar del Reyno, sino a los señores del Consejo que lo sentenciaron, a los que les suplica que lo manden ver y declarar.

Juan de Villafañe dixo que visto que estos cavalleros no se conforman, que en cumplimiento del auto se hechen suertes entre todas seys çibdades, de tal manera que no se quebrante la orden que hasta aquí se a tenido en la elección de diputados, que una vez son dos de puertos allá y uno de puertos acá, y otro trienio son dos de puertos acá; y que conforme a esto tiene votado

La mayor parte del Reyno quando se votó sobre el nombramiento de Diputados, y esto es lo que el Reyno quiere sustentar ahora y adelante; y asy le parece que se deven de hechar las suertes entre las tres çibdades de puertos allá, para que salgan dos dellas y elijan Diputados, y entre las tres de puertos acá se hechen también suertes, y salga uno, que es conforme a lo que an fecho los señores procuradores, y a lo que conviene que se haga para que todas las çibdades gozen ygualdad; y que desta manera entiende el auto pronunciado por los señores del Consejo.

Don Luys Maçía se conformó con Villafañe.

Luys Pacheco de Arroniz se conforma con Villafañe syn perjuyzio de la restitución que tiene pedida en nonbre de Murcia.

Don Luis Pacheco de Balboa dixo lo mismo.

Don Fernando Torres dixo lo mismo que Villafañe, syn perjuyzio de la restitución, y que en cumplimiento de lo suso dicho se hechen suertes porque no se detengan aquí tanto.

Gaspar de Biedma, lo mismo, syn perjuyzio de su çibdad por la restitución que tiene pedida.

Juan de Montemayor se conforma con Villafañe y que se echen luego las suertes.

Don Juan de Arellano se conforma con Villafañe, y que las suertes se echen luego.

Don Juan Salas se conforma con don Juan de Arellano.

Francisco de Valdivieso dixo que se conforma con Burgos, pero que le parece que esta elección será muy dificultosa de esto, porque no se podrá concertar y que para ello le parece que sean quatro Diputados, dos de acá y dos de allá, y que todo el Reyno de conformidad, pida ansy a los señores del Consejo y que en defeto de no hazer esto, se conforma con Burgos.

Diego de Ulloa dixo que en cumplimiento del auto se echen suertes, por que este negoçio se acave como lo manda y declara el auto.

El doctor Duero dixo que visto que las çibdades no se conforman, se hechen suertes como el auto lo manda y que para la orden se conforma con Villafañe.

Juan de Henao dixo que por la mayor parte del Reyno está pasado que en este negoçio no aya mudança, e fué que de las seys çibdades que agora se manda que echen suertes y que salieren tres de las seys por la orden que es dicha.

Pero Gómez de Porras dixo que visto que las seys çibdades no se an concertado, le parece se deven echar suertes conforme a lo que tienen mandado los señores del Consejo, y que para evitar diferencias, se hechen primero suertes sy an de ser este primero trienio los dos Diputados de puertos acá o de puertos allá.

Cisneros de Sotelo dixo que se conforma con Villafañe, y que las suertes se echen luego y no aya más dilación en este negoçio.

Pedro de Solís se conforma y conformó con Juan de Villafañe, porque le parece que aquello es conforme al auto pronunciado por los señores del

Consejo, pues está entendido que la voluntad y entendimiento de los dichos señores del Consejo es querer que aya en todo buena orden, y sy otra cosa se hiziere agora sería yr contra el auto y la costumbre que se a tenido hasta aquí, y también sería grande agravio a las çibdades que han de nombrar adelante, porque no se guardaría la orden que hasta aquí se a tenido.

Andrés Téllez, se conformó con el dicho Luys Gaytán. (*El voto de Luis Gaitán no aparece en las Actas*).

E luego se mandó a los porteros que llamen para las tres desta tarde a todos los cavalleros procuradores destas Cortes, y les digan que el Reyno se junta para echar las suertes y para dar poder a las çibdades a quien cupiere, que todos vengan a se hallar presentes; y que, solamente llamen los procuradores de Burgos, Segovia y Toro, y Toledo y Sevilla y Cuenca, que son las çibdades que an de echar las suertes, y que a todos les digan que si no vinieren a la dicha ora, se hará sin los llamar más vezes, e les parará perjuizio qualquier cosa que se hiziere, porque ansy conviene al buen despacho deste negoçio y brevedad.

Otro ayuntamiento, en la tarde. E después desto, el dicho veynte de setiembre, estando junto al Reyno, dieron fee los dichos porteros cómo avían llamado los dichos procuradores; y ansy se empezó a tratar del negoçio de la Diputación para que hera juntado; y visto que algunos cavalleros de los que al presente están en este ayuntamiento no se hallaron en el desta mañana y no avían votado, dixeron que querían votar en él y que se leyese el voto de Juan de Villafañe, con qual pareçia que esta mañana se conformó la mayor parte, el qual se leyó, y aviéndolo oydo, votaron los que no avían votado esta mañana, y dixeron lo syguiente:

Don Pedro Girón dixo que no ynovando ni alterando cosa alguna del auto de los señores del Consejo, ny dandole otro entendimiento, cree que pareçe por las palabras de los señores del Consejo que lo pronunciaron, qués a la letra lo que a votado el dicho Juan de Villafañe, con quien dixo que se conformava y conformó.

Gaspar Antonio de Solís, se conformó con Juan de Villafañe.

Françisco de Plasenzia, lo mismo.

Don Diego Cabrera, lo mismo.

El doctor Pisa dixo que cre que si los señores del Consejo fueran ynformados de la costumbre que hasta aquí se a tenido que sienpre ay un Diputados de puertos acá y dos de puertos allá, y otro trienio al revés, tiene por çierto que declararan lo suso dicho conforme al voto de Juan de Villafañe, y que le pareçe que pues de aquí a el lunes ay tan poco tienpo, que vayan dos cavalleros con Gaspar Ramírez a los señores del Consejo para que lo declaren y le ynformen de la costumbre que an tenido; y que este es su voto y parecer.

El Licenciado Herrera dixo que se conforma con Juan de Villafañe, y que demás desto para adelante se echen suertes entre todas las çibdades, para que cada una sepa cuándo le cabe la Diputación.

Ginés de Gumiel dixo que se conforma con Juan de Villafañe.

E luego se trató que se echen las suertes, visto que por la mayor parte

está pensado que se echen entre las çibdades de Toledo y Sevilla y Cuenca de puertos allá, para que las dos primeras que salieren nombran Diputados; y luego se hechen las mismas suertes entre las çibdades de Burgos, Segovia y Toro para que a la primera a quien cupiere nonbre un Diputado, para que todos tres, dos de puertos allá y uno de puertos acá, entiendan en los negoçios del dicho encabezamiento general.

Y Christoval de Miranda y Pero Gómez de Porras y Françisco de Valdivieso dixerón que las suertes se an de hechar entre todas seys çibdades para que dellas salgan las tres, y questo es conforme al auto, y lo demás es yr contra él; que les piden y requieren que lo hagan ansy, y que sy otra cosa hizieren la contradizen desde agora; y se levantaron y dixerón que no se quieren hallar en ello.

E luego Gaspar Antonio de Solís y Luys Gaytán dixerón que requieren a los dichos Pedro Gómez de Porras e a Christoval de Miranda y Françisco de Valdivieso que estén presentes, que no se salgan del ayuntamiento donde están juntos, pues fueron llamados para estar presentes al echar de las suertes en cumplimiento del auto que los señores del Consejo pronunçaron, en que por él mandan que se echen las suertes entre las seys çibdades, las quales el Reyno quiere echar conforme a lo questá pasado por la mayor parte; y si todavía se quisieren salir del ayuntamiento y no quisieren estar presentes al echar de las dichas suertes, que las çibdades que quedaren en sus ausencias las echarán conforme al auto y a lo questá pasado por la mayor parte del Reyno, y que por salirse ellos por su culpa no para perjuyzio a las otras çibdades a quien cupiéren las suertes.

E luego los dichos Christóval de Miranda y Pedro Gómez de Porras y Françisco de Valdivieso, dixerón que todo lo que estos señores an fecho y quieren hazer es directamente contra el auto que está pronunçado por los señores del Consejo, y que por ser ansy apelan de todo lo que tienen fecho y hizieren y protestan que nynguna cosa dello les pare perjuyzio; y que sy algún poder dieren sea en sy ninguno, por ser dado por quien no es parte y a quien no es parte, y que sy alguna dificultad ay en el dicho entendimiento del auto pronunçado por los señores del Consejo, suplican a los señores que lo dieron y acordaron y mandaron, lo declaren y determinen, y protestan que no les pare perjuyzio nynguno lo que en contrario se hiziere; y ansy lo piden por testimonio, no consintiendo en las protestaçiones de los suso dichos ni en alguna dellas.

E los dichos Luys Gaytán y Gaspar Antonio dixerón que dizen lo que dicho tienen, y que el auto está muy claro y por esto no ay neçesidad de declaraçión dél, porquello está proveido conforme a lo quel Reyno acordó; y ansy dixerón que se echen luego las suertes y se dé el poder a las çibdades a quien cupiere.

Y los dichos Christóval de Miranda y Pedro Gómez de Porras y Françisco de Valdivieso dixerón que dizen lo que dicho tienen, y apelan de todo lo que en contrario está fecho, y se hiziere como apelado tienen, y lo piden por

testimonio; y con ésto se salieron del dicho ayuntamiento los dichos tres Procuradores.

Echaron suertes.—E luego los dichos señores procuradores del Reyno dixeron que conformándose con el dicho auto pronunciado por los dichos señores del Consejo y con lo que está acordado y votado por el Reyno, se echen suertes entre las tres çibdades de puertos allá, que son Toledo y Sevilla y Cuenca, para que las dos primeras que salieren nonbren Diputados; y luego se torne a echar suertes entre las tres çibdades de puertos acá, que son Burgos y Segovia y Toro, para que de las dichas tres la primera que saliere nonbre Diputado. Y todos los cavalleros conformes que en el dicho ayuntamiento se hallaron, que fueron más de la mayor parte del Reyno, dixeron que ansy se haga; y luego se escrivieron en unos papeles pequeños los nombres de las dichas tres çibdades de Sevilla y Toledo y Cuenca y se cortaron y doblaron ygualmente y se echaron en presençia de todos en el suelo; y se mandó a Palaçios, portero, alçase los dos dellos, y alçó el uno y se abrió y dezía la çibdad de Cuenca, y luego alçó otro y se abrió y dezía la çibdad de Sevilla; y ansy todos vieron y dixeron que de las tres çibdades de puertos allá quedan nonbradas para este primero trienio las çibdades de Sevilla y Cuenca. Y luego se tornaron a echar los otros tres papeles de las çibdades de Burgos y Segovia y Toro, cortados y doblados por la orden que lo fueron los primeros; y se dixo al dicho Palaçios que alçase el uno de los tres, y lo alçó y se abrió y dezía la çibdad de Burgos, la qual quedó nonbrada de puertos acá para nonbrar Diputado para este primero trienio. Y todos dixeron que se dé poder a las dichas tres çibdades para que nonbren Diputados e a los ansy nonbrados se les dé poder para usar los dichos cargos de Diputados este primero trienio; y visto que no estaban todos los cavalleros en este ayuntamiento porque se avían ydo algunos, dixeron que se quede para que se otorgue el dicho poder el lunes primero que viene, que serán **XXIII** deste mes; y con esto se salieron del dicho ayuntamiento. Y luego acordaron que el Reyno escriba a las dichas tres çibdades que nonbren para lo suso dicho personas tales que les conviene para que usen bien y diligentemente los dichos cargos, y que no sean personas tratantes ni que tengan negoçios en la justiçia maior, porque syn ningún respeto puedan hazer lo que conviniere”

Folio 144: “En la villa de Valladolid a **XXIII** días del mes de setiembre de **MDLV**, estando juntos la mayor parte de los procuradores de Cortes, tratando de los negocios del Reyno, acordaron e hizieron lo siguiente:

Otorgóse este día el poder para las çibdades de Burgos y Sevilla y Cuenca para lo de la Diputaçión, conforme al registro que está adelante, y fueron testigos deste otorgamiento Juan Morales, Diputado del Reyno y García López de Villasante e Lope Barahona y Juan de Plaaçios, por testigos de Cámara de su Magestad.

Luys Pacheco dize que otorga el poder para lo de la Diputaçión del encabezamiento general, syn perjuyzio de la restituçión que tiene pedida por Murcia, y con él se conformó don Luys Pacheco, y lo mismo dixeron los Procuradores de León y Toledo y Toro.

Juan Morales dió en este ayuntamiento una petición por la qual suplicó al Reyno que pues él avía servido de Diputado con el cuidado y trabajo de su persona y costa de su hazienda que era notorio, que el Reyno le hiziese merzed de suplicar a su Magestad le hiziese merçed equivalente a su servicio; y aviendo visto su petición acordaron todos que se haga a voz de Reyno una suplicación a su Magestad para que en lo que al dicho Juan Morales parece se le haga merçed, teniendo ansy raçón a lo quél a servido a su Magestad y al Reyno”.

Seguidamente se tratan asuntos no interesantes, y se cierra el libro de Actas de estas Cortes de 1555, con el asiento que a continuación transcribo:

“Ynstrucción. En este ayuntamiento se vió y otorgó la ynstrucción que el Reyno dexa a los Diputados que an de venir a reçydir a la corte para las cosas y negoçios del encabeçamiento general”.

UN MANUSCRITO DEL FUERO VIEJO

Uno de los temas a los que el maestro don Galo Sánchez ha dedicado con más cuidadosa afición ese modo de trabajar suyo, tan certero y tan claro, es el que se refiere a las fuentes del antiguo derecho territorial castellano. Por eso estimo que será oportuno tocar, dentro del homenaje que sus discípulos le ofrecemos ahora, algún punto de este tema.

En este sentido, creo que puede resultar interesante dar cuenta de un manuscrito del Fuero Viejo, no conocido ni utilizado hasta ahora por nuestros modernos historiadores del Derecho.

El Fuero Viejo de Castiella, en cuyo estudio empleó don Galo una buena parte de su trabajo titulado *Para la Historia de la redacción del antiguo Derecho territorial castellano*, que publicó en este mismo ANUARIO (tomo VI, 1929, págs. 260-328), fue editado en 1771 por los doctores don Ignacio Jordán de Asso y don Miguel de Manuel, y tal es el ejemplar de dicho Fuero Viejo que se ha venido conociendo y utilizando desde entonces, recogido en diversas colecciones de textos. Pero, como hace notar el mismo don Galo (págs. 277 y 279), la edición fue hecha a base de copias defectuosas, ninguna de ellas más antigua del siglo xv. Se trata de la redacción sistemática del Fuero Viejo, que fue formada en 1356 por un autor anónimo sobre la base de otra anterior, que cabe colocar en la segunda mitad del siglo XIII, en la que los textos se daban sin ordenar por materias.

Pues bien, el manuscrito de que quiero dar cuenta es un ejemplar de la redacción sistemática, distribuída en libros, títulos y leyes, que puede resultar más antiguo que los que usaron Asso y de Manuel.

Lo encontré en la Biblioteca del Palacio Real, de Madrid, for-

mando parte de un volumen que tenía la signatura antigua *S. 2, est. J, P. 3* y llevaba en la numeración moderna la signatura *1.251*. Después, hace unos años, ese volumen, juntamente con otros muchos, ha sido trasladado a la Biblioteca universitaria de Salamanca, donde ahora se encuentra, con la signatura *Manuscritos, 2.205*.

Está escrito en pergamino, con encuadernación moderna en pasta, y tiene por fuera la inscripción *Fuero de Castilla*. Por dentro, de otra letra posterior a la del texto, se lee *Ordenamiento del rey Don Alfonso octavo que llamaron el bueno y que venció la batalla de las Navas de Tolosa. Este ordenamiento fue fecho ante que las Partidas*.

Se halla en muy buen estado de conservación, aunque en algunos folios presenta ligeras manchas, al parecer de humedad, que no impiden ni dificultan la lectura.

El volumen comprende 58 hojas, escritas y numeradas por ambos lados. El Fuero Viejo se extiende desde el folio 1 al 105. Sigue luego un texto que lleva el epigrafe *Por quales ffazannas de Castiella deuen judgar...* (fols. 105-107), que publicaron también Asso y de Manuel, y a continuación se incluyen unas *Constituciones de los rreyes de León*, que se atribuyen a la Era 1216 (folios 108-114) y algunas peticiones de las Cortes de Valladolid celebradas bajo el rey Don Pedro (fols. 115-116).

En las anotaciones que aparecen en las guardas, de distintas épocas, todas muy posteriores al texto, se dan diversas indicaciones acerca de las vicisitudes por las que ha pasado este ejemplar. Así, se dice que perteneció al Colegio Viejo de San Bartolomé, de Salamanca, y parece que antes fué de Palacios Rubios. Consta allí una nota de un doctor Fernán Pérez, en la que consigna que encontró este libro en Sevilla en poder de un tal licenciado Santa Cruz, cosmógrafo del Rey, al cual dejó una copia del mismo, llevándose él el original y comprometiéndose a restituírselo, cambiándolo por dicha copia, cuando le fuese pedido.

El texto va en dos columnas, con indicación en la parte superior de cada folio del libro y el título correspondientes.

La letra del manuscrito parece toda ella de una sola mano y pudiera situarse todavía en el siglo XIV. A veces presenta algunos borrones o enmiendas. Los títulos y las leyes llevan capitales en dos colores y sus epígrafes están en rojo. Los epígrafes de los

distintos libros van encerrados en una orla de dibujo a dos colores. La conservación de la escritura es perfecta y no hay obstáculos para su lectura.

Los textos llevan algunas anotaciones marginales posteriores.

En la misma Biblioteca del Palacio Real de Madrid se conserva otra copia completa de tal libro, en letra del siglo XVI (Varios, signatura 2.428).

El contenido del dicho manuscrito es útil para mejorar el texto del Fuero Viejo sistemático, tal como lo tenemos editado por Asso y de Manuel, porque con él se completa y se esclarecen algunos de sus pasajes.

Así, puede encontrarse a veces en el manuscrito el sentido que no aparece claro en algunas partes de ciertas leyes de la edición, como ocurre en los casos siguientes:

A y M.

Ms.

I-1-3

El Monesterio Real de Burgos, e el Ospital del Rey, e los otros Monesterios del Reyno, e de otras Ordenes, o de Fijosdalgo, e de donaciones, quel Rey aya fecho a ome...

El Monesterio rreal de Burgos et el osspital del rrey, et los otros monesterios del rregno puedan comprar de otros monesterios, et de otras ordenes, o de ffijos dalgo, o de donacion que el rrey aya fecho a omne...

(Esta redacción coincide con la del manuscrito que Cárdenas —“Historia de la Propiedad Territorial”, II, 436— poseía del Fuero Viejo y que estimaba más correcto que lo publicado.)

I-8-5.

En esta guisa deven tomar la ortalça: De puerros el ome del Fijodalgo, que fuer a la Behetria, de cada guerto, que fuer de la behetria, quanto podier encerrar entre suas manos...

I-8-6.

...que ffuere deuissero en la behetria...

I-8-13.

Ningund Fijodalgo, que padre, o madre tovier, non deve tomar conducho en la behetria por raçon de señorío, fueras si la ovier de otra parte, que la comprò de otro Fijodalgo, o la aya de casamiento de parte de sua muger. Mas el padre, o la madre qualquier dellos, que la aya onde viene la devisa, puede tomar conducho aforado en toda sua vida, e qualquier de ellos, que muera, por raçon del muerto, si de él vinier la devisa, e non por raçon del vivo, ni por raçon de aquel onde non viene la devisa...

I-8-14.

... Et qualquier dellos que muera, quier el padre, quier la madre, onde viene la deuissa, puede el ffiio y tomar el conducho por rrazon del muerto ssy del viniere la deuissa, et non por rrazon del viuio, nin por rrazon de aquel onde non viene la deuissa...

V-3-3.

... e muriõse Don Donato Guillen, e demandò partición Joan Donato a Doña Milia, e ovole a dar particion del mueble, e la meitat de la eredat, e fincò Doña Milia con la quarta parte del mueble, e de la eredat con suo marido.

(Este marido es el Don Donato, que ya habia fallecido)

...et ffinco donna Millia en la quarta parte del mueble et de la heredat que auie ganado con ssu marido.

En otros lugares el manuscrito completa omisiones del texto editado, como en los que siguen:

A. y M.

Ms.

II-4-1.ª.

Estas son las cosas por que

el Rey deve mandar facer pesquisa por fuero de Castiella: O auiendo querellosos de ome muerto, sobre saluo, o quebrantamiento de camino, o de quebrantamiento de Iglesia, o por conducho tomado. Mas si un ome se querellare de otro ome, quel firiò de fierro, o de puño o de otra qualquier ferida, si quier auiendo treguas, o non, e non morier de aquel golpe, esto deve correr por el Fuero, e el Rey non deve mandar pesquerir por tal raçon, e deve responder a esta demanda ansi como es fuero: e si gelo negare, deve gelo provar el quereloso, e facerle salua aquel de que querellò, segund el fuero manda, mas non deve andar pesquisa en tal pleito, como este.

II-4-2.^a.

Estas son las cosas de fuero de Castiella, porque deve el Rey mandar facer pesquisa: auiendo querellosos de quebrantamiento de Iglesia, o de quebrantamiento de camino, o de muerte de ome, sobre saluo, o por quebrantamiento de Palacio, o si alguna Viella de realengo demanda algund termino, que dis que es suo el termino, e non de aquella viella del Rey ..

II-4-3.

Esto es Fuero de Castiella:

... o de quebrantamiento de eglesia, o por palacio quebrantado, o por conducho tomado...

... assy como es ffuero et ssy gelo conossçiere, los alcalles deuenlo judgar aquello que es ffuero, et ssy gelo negare...

... demanda algund termino que dize que es ssuyo o que deue y passçer o cortar en los montes, ssy esto quissiere defender algund ffidalgo o algund abadengo diziendo que es ssuyo el termino et non de aquella villa del rrey...

Que si quando algund Fijodalgo es en la viella, dò es devisero, e otro Fijodalgo, o algund otro ome viene aquella Viella, e face y alguna cosa otra porque el sea desonrrado, quando tal Fijodalgo como este lo querellare al Rey, o a los Alcalles de aquella tierra, quel an a facer derecho, si él nombrare persona cierta, deve ser aplaçado aquel de que querellare ante la justicia.

... viene aquella villa messma estando el y et lleua prenda de la villa et ffaze y alguna otra cossa porque el ssea desonrrado...

... ssy el nombrare perssona çierta que gelo ffizo en tal pleyto commo este non deue auer pessquissa. Mas puede nombrar perssona çierta et deue sser aplazado...

Hay veces en las que en la edición se ha omitido un *non*, cambiando por completo el significado de la norma que aparece en el manuscrito:

A. y M.

I-5-12.

... E la Dueña, o el Escudero, que se tovier por desonrado, deuelo mostrar en aquella viella, dò fue el fecho, e en las fronteras fasta tercer día, e alo de mostrar a Fijosdalgo, si los y ovier, e a labradores, e si los y ovier, deuelo demostrar a caseros de Fijosdalgo, e tañendo campana, diciendo, que fulan me fiço tal desonra...

I-8-9.

El cavallero, que tiene la tierra del Rico ome, nin el Merino del Rico ome, deve tomar conducho en behetria...

Ms.

... Et ssi los y non ouiere...

... non deue tomar...

En otras partes el manuscrito contiene más detalles que el texto editado:

A. y M.

Ms.

I-2-2.

... E esto fue juzgado por Ruy Sanches de Navarra...

... et esto ffue juzgado por muchos rricos omnes en Castiella. Et dsspues ffue juzgado por Rruy Ssanches de Na-uarra...

En otros lugares pueden apreciarse variantes de importancia, como en este caso, que cabe señalar entre otros varios:

A. y M.

Ms.

I-8-14.

I-8-15.

El conducho sobredicho, que los deviseros deven tomar aforado en la behetria, a este precio devel pagar: en Campos, porque son los carneros mayores, dos sueldos e medio: en Castiella, dos sueldos: en las Asturias quince dineros... e en Castiella por la gallina, tres dineros...

... porque sson los carneros mayores, el carnero dos ssueldos et medio...
... en la montanna et en las Asturias... quatro dineros...

Incluso se llega a veces a normas opuestas:

A. y M.

Ms.

II-1-3.

... e el viñadero diere apellido, teniendo los peños, e ficiertestigos, e matare al otro, este non sera enemigo de suos parientes, mas pechara ome-cillo.

... este ssera enemigo de ssus parientes, mas non pechara omeziello.

En alguna discrepancia entre ambos, que no queda clara en ninguno de los dos, hay que acudir al texto del Libro de los Fueros de Castiella para hallar la solución:

<i>A. y M.</i>	<i>Ms.</i>	<i>L. F. C.</i>
I-5-10.	I-5-10.	181.
<p>Esto es Fuero de Castiella: Que si van Fijosdalgo Cavalleros o Escuderos con Señor a una hacienda con otros Cavalleros, e muer y algund Cavallero, o Escudero de aquel Rico ome, e viene aquel Rico ome por octor, que èl le mandò matar, e quier salir por enemigo, para sacar sus vasallos de la enemistat...</p>	<p>... et muere y algun rrico omne et viene esscudero et matal algun caualero o esscudero de aquel rrico omne por otor que èl le mando matar o quiere ssalir por enemigo, por ssa-car ssus vassallos de la enemistad...</p>	<p>... et muere y algun cauallero o escudero, que lo matan vasallos de aquel rico omne, et viene aquel rico omne e dise que el le mando matar e quiere salir por enemigo por sacar sus vasallos de enemistad...</p>

En general, faltan en la edición de Asso y de Manuel los epígrafes que en el manuscrito dan cuenta del contenido de cada libro, así como los que van en el mismo antes de cada ley, indicando su materia; aunque, en cambio, se mantienen los correspondientes a los títulos. Tampoco consigna la edición la palabra *ley* en cada una de éstas, limitándose a poner su correspondiente número de orden.

En cuanto a la distribución de los textos, son de notar especialmente las diferencias que se observan entre la edición y el manuscrito en el título 8 del libro I. En este título la edición de Asso y de Manuel hace una sola ley (la núm. 3) de las dos que en el manuscrito llevan los números 3 y 4, presenta una transposición de las leyes 12 y 13 de éste (12 y 11 en la edición) y separa en dos leyes (20 y 21) la ley 21 del mismo, con las variaciones de numeración que todo ello produce. Hay también en la edición una división en dos leyes (la 4 y la 5) de la ley 4 del manuscrito, en el título 4 del libro III, corriendo, en consecuencia, la numeración en todo el resto del título.

Por último, aparecen en el manuscrito a que me vengo refi-

riendo las siguientes leyes, que faltan en la edición de Asso y de Manuel.

A. y M.

Ms.

III-4-7.

Ley VII - Que ninguno non puede prender a ssu debdor ffasta que pase el plazo, ssalvo ssy un omne que non ha rrays ninguna et sse va con ssu muger et con ssu conpanna et con todo lo ssuyo.

Todo omne que deua a otro omne, et non es venido el plazo a que gela ha de dar et quieresse yr de la tierra, et viene aquel a quien deue la debda et dize quel de lo ssuyo, quel dizen que sse va morar a otra tierra, et ffuye porque non le de lo ssuyo, non es derecho que traue del nin de lo ssuyo ffasta que cumpla el plazo; mas ssy es omne que non ha rray-ses ningunas et sse va con ssu muger et con ssu conpanna et con todo lo ssuyo, que entien-dan los omnes que sse va et que ffuye por la debda que deue, ssy ffuere en pos el et lo alcançare en la carrera ffu-yendo, deue trauar del et de lo ssuyo et deue cobrar del ssu debdo, o quel de buen rrecab-do por lo ssuyo, que gelo de a ssu plazo.

(Es el tit. 114 del Libro de los Fueros de Castiella: *Titulo de omne que deua deuda a otro: ante el plaso vase de la tierra e anda en mercaduria.*)

IV-5-7.

Ley VII - De quanto deuen pagar para las puentes el que encerrar pan o vino en la villa.

Este es ffuero de Castiella: que ssy omnes de ffuera de la villa ençerraren pan o vino en alguna villa, por cada anno por cada cuba de vino deue dar vn maravedi et de cada ssilo et de cada trox vn almud de qual ffuere el pan; et esto es por el condessijo que ffaze en la villa, et es para la rrenta de las puentes.

La ley IV-1-13. *Que el çellerizo que ha de ver ffazienda del ssennor non puede vender nin enagenar ssus bienes entre tanto que gelos touiere entrados ffasta quel de cuenta et quite el ssennor*, es una repetición de la ley III-7-5. *Commo el ssennor puede entrar quanto ha ssu çellerizo et el non lo puede vender nin enagenar ffasta quel de cuenta et el quite el ssennor*. (El hecho de estas repeticiones también tiene su valor, como hizo constar el propio don Galo Sánchez en su trabajo, pág. 288.) En la edición de Asso y de Manuel no se da esta repetición, figurando en el texto sólo en III-7-5, pero la lectura de IV-1-13 del manuscrito precisa un pasaje III-7-5 de Asso y de Manuel, que no estaba claro.

A. y M.

Ms.

III-7-5.

... el Señor puedel entrar todo quanto que a, e tenerlo todo en suo poder fasta quel de cuenta; e sil quita a el Señor entre tanto lo que a, non lo puede vender, nin enagenar sin otorgamiento del Señor.

IV-1-13.

... el ssennor puedel entrar quanto que ha et tenerlo todo en ssu poder ffasta quel de cuenta et le quite el ssennor. Entre tanto lo que ha non lo puede vender nin enagenar ssin otorgamiento del ssennor.

Todos los detalles apuntados creo que son muestras de la im-

portancia y utilidad que puede tener el manuscrito, de que he dado cuenta, para la mejor fijación del texto de la redacción sistemática del Fuero Viejo de Castiella.

JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO

EN TORNO A LA PESQUISA Y PROCEDIMIENTO INQUISITIVO EN EL DERECHO CASTELLANO-LEONES DE LA EDAD MEDIA *

En homenaje al Maestro don Galo Sánchez

"... Con la reforma que contiene la "Carta del otorgamiento" desaparece la pérdida de la paz y el castigo a cargo de los particulares sustituyéndolo la pena única, oficialmente impuesta por el poder público. Las reformas de este tipo suelen ir ligadas a la tendencia a transformar el procedimiento acusatorio propio de los fueros —en virtud del cual sólo a instancia de parte se persigue el delito—, por el inquisitivo o de oficio, en el que la autoridad actúa con sin acusación particular."

(GALO SÁNCHEZ: *El fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos.*)

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Bibliografía. 3. Teorías sobre "inquisitio" y procedimiento inquisitivo. 4. Caracteres del procedimiento criminal castellano-leonés de la Edad Media. 5. Elementos que obran en la transforma-

* Siglas y ediciones de fuentes:

MUÑOZ Y ROMERO, Tomás: *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*. Madrid 1847. Tomo I (M. ROMERO).

HINOJOSA, Eduardo de: *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)*. Madrid 1919 (HINOJOSA: *Documentos...*).

Fuero de Alba de Tormes, en *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, edic. de CASTRO y ONÍS. Madrid 1916, páginas 291-339. (*F. de Alba de Tormes*).

Fuero de Brihuega, edic. de LUÑO PEÑA, en *Legislación foral de don Rodrigo Jiménez de Rada*. Zaragoza 1927. (*F. de Brihuega*).

ción del procedimiento. 6. "Inquisitio" y pesquisa. 7. La pesquisa: sus diferentes formas y aplicaciones. 8. La pesquisa en el *Liber Iudiciorum* y en los primeros siglos de la Reconquista. 9. Pesquisas en las fuentes castellano-leonesas de los siglos XII y XIII: a) Objeto de pesquisa; b) Motivos de su práctica; c) Iniciativa judicial o de las partes litigantes; d) Los pesquisadores; e) Resultado de la pesquisa; f) Desacuerdo en los pesquisadores. 10. Pesquisa como prueba con influjo de la Recepción romano-canónica. 11. El procedimiento inquisitivo.

1. El procedimiento criminal en la Historia aparece estructurado bajo dos formas: procedimiento acusatorio y procedimiento inquisitivo. El primero, se iniciaba por acusación, los litigantes aportaban sus pruebas, predominando la actividad privada sobre la del juez o tribunal. El segundo, procedimiento inquisitivo, comenzaba por iniciativa oficial, el juez o tribunal ordenaba por oficio la investigación (inquisitio, pesquisa) de un hecho delictivo, apreciándose en todas las fases del proceso una mayor actividad pública sobre la privada. Rasgos de esta última forma habían surgido ya

-
- Fuero de Ledesma*, en *Fueros Leoneses*, edic. de CASTRO y ONÍS, Madrid 1916, págs. 215-286. (*F. de Ledesma*).
- Fuero de León*, edic. crítica de VÁZQUEZ DE PARGA, separata del AHDE, Tomo XV. Madrid 1944. (*F. León*).
- Fuero de Madrid*, edic. MILLARES CARLO; Estudio sobre *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, por GALO SÁNCHEZ. 2.^a edición. Madrid 1963. (*F. de Madrid*).
- Fuero de Plasencia*, edic. de BENAVIDES CHECA. Roma 1896. (*F. de Plasencia*).
- Fuero de Salamanca*, edic. de CASTRO y ONÍS, en *Fueros Leoneses*. (*F. de Salamanca*).
- Fuero de Soria*, edic. de GALO SÁNCHEZ, en *Fueros de Soria y de Alcalá de Henares*. Madrid 1919. (*F. de Soria*).
- Fuero de Usagre*, edic. de UREÑA y BONILLA. Madrid 1907. (*F. de Usagre*).
- Fuero de Zamora*, edic. de CASTRO y ONÍS. (*F. de Zamora*).
- Fuero Real de Castilla*, en *Códigos españoles concordados y anotados* de La Publicidad. Tomo I. Madrid 1847. (*F. Real*).
- Leyes del Estilo*, en el tomo I de dicha Colección de Códigos.
- Fuero Viejo de Castilla*, en el tomo I de dicha Colección de Códigos. (*Fuero Viejo*).
- Libro de los Fueros de Castiella*, edic. GALO SÁNCHEZ. Barcelona 1924. (*Libro Fueros Castilla*).
- Código de las Siete Partidas de D. Alfonso X el Sabio*, en Colección de Códigos de La Publicidad. Tomos II a V. (*Partidas*).

en los territorios occidentales durante los siglos inmediatos a la caída del Imperio Romano de Occidente, apareciendo como subsidiaria entre los visigodos, ostrogodos, longobardos, carolingios. Desaparece el tipo de procedimiento inquisitivo en los primeros siglos del medievo como consecuencia del carácter que presenta el Derecho penal, y por la diversidad jurídica de señoríos, feudos y municipios, que originaron, en la realidad histórica, una pluralidad de poderes. Más tarde, vuelve a renacer, al principio con la introducción de la pesquisa como medio de prueba, después, con la apertura del proceso por iniciativa oficial; de esta manera llega a su plenitud en los derechos europeos de la tardía Edad Media y comienzos de la Edad Moderna¹.

En el procedimiento criminal, encontramos primero la "inquisitio" o pesquisa —por iniciativa de las partes o del juez— como medio de prueba, y más tarde como iniciación de un tipo de procedimiento. Por ello, vamos a estudiar ambas facetas de esta institución por separado, tomando como base las fuentes jurídicas castellano-leonesas de la Edad Media. La pesquisa tiende siempre a indagar o averiguar la verdad de unos hechos y, en todo caso, su autor o autores; posteriormente, a la vista de dicha investigación, la autoridad judicial dicta su fallo o sentencia. Esta prueba aparece en las fuentes jurídicas europeas de la baja Edad Media y Moderna², como consecuencia del fortalecimiento del poder real

1. ESMEIN, A.: *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*. París 1882. Interesa a partir de la pág. 66.

SALVIOLI, Giuseppe: *Storia della procedura civile e criminale*. Vol. III de la *Storia del Diritto Italiano*, pub. sotto la direzione di Pasquale del GIUDICE. Parte prima, Milano 1925. Parte seconda, Milano 1927. Págs. 351 (1.^a parte) y 356 (2.^a parte).

TORRES LÓPEZ: Recensión crítica al tomo I de la obra de Salvioli, en AHDE. Tomo IV, año 1927, págs. 483-498.

2. En los países itálicos aparece este tipo de procedimiento con la recepción romano-canónica (siglos XIII y XIV), aunque existían gérmenes anteriores (SALVIOLI, Ob. cit., parte 2.^a, págs. 356-369).

En el Derecho Franco, influido por la recepción canónica, aparece el procedimiento inquisitivo en la Ordenanza de Blois de 1498, después en otras de 1539. Definitivamente está ya consagrado, sobre todo para delitos graves, en la Ordenanza de 1670. (ESMEIN, Ob. cit., págs. 66, 135 y 177).

y a través de la recepción de los principios jurídicos romano-cánónicos³.

2. Los estudios sobre pesquisa y procedimiento inquisitivo son abundantes, es tema obligado de Manuales y Tratados de Historia del Derecho de los distintos países, y ha sido objeto de trabajos monográficos. Así, se trata en los Manuales de Conrad, Schmidt, entre otros, en Alemania⁴; en los de Esmein, Olivier-Martin, en Francia⁵; Pertile, Salvioli, en Italia⁶; Minguijón, Beneyto, Ríaza-García-Gallo, en España⁷. Con carácter monográfico, destacamos los trabajos de Brunner, Schmidt y Vogt, en Alemania⁸; los de Tardif, Esmein y Besnier, en Francia⁹, y Leicht, en Italia¹⁰.

En Alemania, hasta hace relativamente poco tiempo, se admitía que definitivamente no se produjo la regulación del procedimiento inquisitivo hasta la Colección La Carolina, de 1532. Recientemente otros especialistas hablan de los siglos XIII y sigs. (SCHMIDT, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Zweite vermehrte Auflage. Göttingen 1951, página 81 (párr. 70).

En los reinos españoles, como veremos, surge la pesquisa como prueba en fuentes locales y territoriales de los siglos XI y XII, y procedimiento inquisitivo a partir del siglo XIII (Manuales de MINGUIJÓN, RIAZA-GARCÍA GALLO).

3. TORRES LÓPEZ: Recensión, pág. 496. SALVIOLI, Ob. cit., parte 1.^a, página 351 y sigs.

4. CONRAD, Dr. Hermann: *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band. I. *Frühzeit und Mittel alter*, 1962, págs. 146, 390 y 448.

SCHMIDT: Ob. cit., pág. 82 y sig.

5. ESMEIN, A.: *Cours élémentaire d'Historie du Droit Français*. 15^e edt. mise a jour par R. GENESTAL, París 1925, págs. 284 y 689 y sig.

ESMEIN: Ob. cit. sobre H. Proc., págs. 66 y sigs.

OLIVIER-MARTIN, Fr.: *Histoire du Droit Français des origines à la Révolution*, París 1951, interesa pág. 54 (párrafo 42) y pág. 354 (párrafo 274).

6. PERTILE, Antonio: *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*, Vol. VI. *Storia della procedura*, Padova 1887.

SALVIOLI: *Storia del Diritto Italiano*, 9.^a ediz. Torino 1930, págs. 764-773.

SALVIOLI: *St. della Procedura* ya citada.

7. MINGUIJÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español*, Cuaderno undécimo. D. Procesal. Pesquisa y proc., págs. 287-293, Zaragoza 1932.

BENEYTO PÉREZ, Juan: *Instituciones de Derecho Histórico Español. Ensayos*, Vol. III. *Político, Corporativo, Penal y Procesal*, Barcelona 1931, páginas 267-273.

RIAZA, Román y GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1934, pág. 774 (párr. 690).

8. Aparte de los trabajos ya clásicos de BIENER y de HIS, destacamos

En diferentes monografías de Historiadores del Derecho español se trata o alude al tema de pesquisa y procedimiento inquisitivo, destacan los nombres de Hinojosa¹¹, Orlandis¹², López-Amo Marín¹³, P. López Ortiz¹⁴, D. Galo Sánchez¹⁵, Maldonado¹⁶, Martínez Gijón¹⁷ y Torres López¹⁸.

aquellos que hemos consultado. BRUNNER: *Zeugen u. Inquisitionen beweis der Karolinger Zeit*, nei "Sitzungsbericht der Wiener Akademie". LI.

SCHMIDT, Eberhard: *Inquisitionsprozess und Rezeption*, in "Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich SIBER", 1941.

VOGT, Alfons: *Die Anfänge des Inquisitionsprozesses in Frankfurt am Main*, in "Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte". LXVIII Band, Germanistische Abteilung. Weimar 1951, págs. 234 y sigs.

9. TARDIF: *La procédure civile et criminelle au XIII^e et au XIV^e siècles*. París 1885 (citado por BESNIER).

ESMEIN, A.: *L'acceptation de l'enquête dans la procédure criminelle au moyen age*. "Revue General de droit", 1888.

BESNIER, R.: "Inquisitiones" et "Recognitiones". *Le nouveau système des preuves à l'époque des Coutumiers normands*, en "Rev. Hist. de Droit Français et étrang.", 4.^a ser. 28. París 1950, págs. 183-212.

10. LEICHT, P. S.: *Il processo italo-bizantino nell'Italia meridionale*, en "Atti del Congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto". Volumen IV. Milano 1953, págs. 329 y sigs.

11. HINOJOSA, Eúardo de: *El elemento germánico en el Derecho Español*. Trad. G. Sánchez. Madrid 1915. Indica cómo en determinadas fuentes medievales aparece este tipo de prueba (págs. 68-69) y cita al procedimiento inquisitivo ya en el siglo XIII (pág. 67).

12. ORLANDIS, J.: *Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE. Tomo XVIII. Madrid 1947 (pág. 70), se refiere al proc. inquisitivo al marcar la evolución posterior del Derecho Penal español.

13. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: *El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media*, en AHDE. T. XXVI, Madrid 1956, págs. 340-343, señala este tipo de procedimiento como una conquista del poder estatal.

14. P. LÓPEZ ORTIZ, Fr. José: *El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica*, en AHDE. Tomo XIV, Madrid 1942-43, págs. 184-226. Aprecia el origen de la pesquisa en la "datio iudicis" y sobre fuentes medievales señala algunos rasgos del procedimiento criminal.

15. SÁNCHEZ, Galo: *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos. Estudio histórico-jurídico*, en la edic., crítica del F. de Madrid. 2.^a edición Ayuntamiento de Madrid, 1963, págs. 13-33, refiere las transformaciones penales y procesales que se operan en distintas partes del Fuero y que conducen al proc. inquisitivo.

3. La tesis casi generalmente admitida por los especialistas, sobre pesquisa y procedimiento inquisitivo, es que este tipo de procedimiento se introducía en los derechos de la Baja Edad Media como una manifestación de la recepción romano-canónica, y se señala la aparición de esta forma procesal cuando el procedimiento se iniciaba por oficio o "inquisitio" del juez o tribunal; a diferencia del acusatorio que comenzaba por querrela o acusación. Esta tesis ha sido aceptada por gran número de historiadores y de procesalistas, así Esmein, Salvioli, Minguijón, Torres López, entre otros¹⁹.

A partir de 1941, frente a esta teoría comienza a investigarse el tema bajo un nuevo enfoque. En este sentido, sobresalen los trabajos de Eberhard Schmidt²⁰ y de Alfons Vogt²¹, cuyos puntos fundamentales vamos a sintetizar:

— El comienzo del procedimiento inquisitivo es muy anterior en el tiempo de lo que hasta ahora se ha afirmado.

— Para los historiadores del Derecho sólo se podía hablar de procedimiento inquisitivo alemán a partir del siglo XVI, con la nueva ordenación procesal de Carlos V (1532), colección conocida bajo el nombre de "La Carolina", y cuyo procedimiento tenía su origen en la recepción del Derecho Canónico^{21 bis}.

16. MALDONADO y F. DEL TORCO, J.: *Líneas de influencia canónica en la Historia del Proceso Español*, en AHDE. Tomo XXIII. Estudios homenaje a D. E. de Hinojosa. Madrid, 1953, págs. 467-493. Destaca el influjo canónico en la formación de este proceso, durante la Baja Edad Media.

17. MARTÍNEZ GIJÓN, J.: *La prueba judicial en el derecho territorial de Navarra y Aragón durante la baja Edad Media*, en AHDE. Tomo XXXI. Estudios homenaje a don Gale Sánchez. Madrid 1961, págs. 17-54. Estudia la pesquisa dentro del sistema de prueba judicial de estos Reinos.

18. TORRES LÓPEZ, M.: Recensión crítica al tomo I de la "Storia della Procedura", de SALVIOLI, en AHDE. Tomo IV, págs. 483 y sigs., señala con claridad los caracteres de pesquisa como prueba y su diferenciación del proceso inquisitivo que se debe a iniciativa oficial.

19. ESMEIN, Ob. cit., págs 21 y sigs. SALVIOLI: ob. cit., págs. 276 y 350. TORRES LÓPEZ: Recensión, págs. 495-496.

20. SCHMIDT: Einführung..., págs. 75 y sigs.

21. VOGT: Trab. cit. interesan págs. 235, 238 y 239.

21 bis. V. WEBER, Hellmut: *La "constitutio criminalis carolina", de 1532*, en "Carlos V" (1500-1558). Homenaje de la Universidad de Gra-

— Schmidt y Vogt tratan de demostrar que este tipo de procedimiento criminal no es incompatible con el procedimiento acusatorio, ya que no son sistemas opuestos, y que en el tiempo coexisten. Ambos tipos de proceso se distinguen no por la forma de apertura o iniciación de los mismos, sino por la diferente manera en que actúa el juez. El procedimiento inquisitivo surge en el momento en que por iniciativa del poder estatal se intenta investigar o inquirir sobre unos hechos delictivos y se convierten esas “inquisiciones” en básicas para el pronunciamiento de la sentencia ²².

— No es fundamental que la “inquisitio” o pesquisa inicie el procedimiento, o se acuda a ella en el período de prueba, como prueba principal. Lo característico es que, antes o después, se da ese *inquirere* por orden judicial para investigar la verdad material del hecho ²³.

— La introducción de la pesquisa como prueba en el procedimiento criminal alemán es anterior a “La Carolina”, ocurre a lo largo de los siglos XIII y XIV, y no se debe a influjo del Derecho Canónico, sino que se produce por evolución de los Derechos Germánicos. Se debió al cambio de finalidad de la pena y del proceso penal, ya que, conforme avanza la Edad Media, la idea de una venganza privada o familiar por el delito o infracción individual va siendo desplazada a un lugar secundario, y pasa a ocupar el punto principal la “lucha contra la criminalidad como fenómeno social”. No interesa sólo la reparación del daño causado a la persona o familia de la víctima, ya que se considera el delito como una lesión que se hace a la comunidad, y al Estado corresponde el investigar acerca del hecho para pronunciar, su autoridad judicial, el fallo o sentencia.

--- Paralelamente a este cambio en la finalidad del proceso, se

nada, 1958, págs. 279-291. En este trabajo tiene en cuenta la obra de Schmidt antes citada.

22. VOGT: Trab. cit., pág. 240.

23. “La imagen histórica que asociamos al concepto de “procedimiento inquisitivo” no aparece determinada tanto por la forma de apertura o iniciación del proceso, sino que se encuentra donde quiera que la iniciativa estatal intente investigar el hecho criminal que debe juzgarse, convirtiendo los hechos así investigados en la situación básica para el pronunciamiento de la sentencia” (VOGT: Trab. cit., pág. 241).

produce una modificación en el sistema probatorio. Las pruebas peculiares de la Alta Edad Media, formalistas y simbólicas de: cojuradores, ordalías, juramento purgatorio... resultan inservibles para la finalidad de luchar contra la criminalidad, a la que habrá que hacer frente con otros medios, y se recurre a los testigos, la pesquisa, el tormento cuya aplicación puede producir la confesión del reo. Interesa al juez la investigación para conocer cómo se ejecutó el delito. La pesquisa o inquisición comienza a ocupar un lugar importante dentro del sistema de prueba.

— Más tarde, se recibe en la regulación de este procedimiento inquisitivo el influjo del Derecho Canónico de la Recepción, inspirándose en sus principios las normas jurídicas sobre este procedimiento criminal.

Esta teoría la consideramos sugestiva, y de esta forma el proceso inquisitivo aparece en los derechos medievales europeos, y también en los españoles, antes y no por obra exclusiva de la Recepción romano-canónica.

4. En la historia del procedimiento criminal en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media, apreciamos los caracteres siguientes:

a) A lo largo de los siglos VIII, IX y X no tenemos noticia de la "inquisitio" como prueba por iniciativa judicial, y sólo —en algunos documentos, desde mediados del siglo IX— se citan pesquisas voluntarias acordadas por los litigantes²⁴.

b) El procedimiento era, por lo general, acusatorio —nadie responda sin querrelloso, dicen los Fueros Municipales—, pero a partir del siglo XI, en algunos textos locales y territoriales, comienza a señalarse la pesquisa como prueba subsidiaria en delitos graves que rompían la paz general del reino, concurriendo determinadas circunstancias. En otras fuentes territoriales se recogen disposiciones sobre la "*datio iudicis*", que para el P. López Ortiz es el origen de la pesquisa²⁵.

c) Después, desde el siglo XII, en fuentes territoriales y fueros

24. Como ejemplo podemos mencionar el Documento del 857, señalado por PUYOL, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*. Madrid 1926, pág. 392, más adelante nos referimos a su contenido.

25. P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, págs. 190-191.

municipales extensos se acentúa la importancia de la pesquisa por iniciativa judicial, y como prueba básica para conocer determinados delitos y sus autores.

d) Pesquisas y procedimiento inquisitivo —junto al acusatorio—, con iniciación por oficio del juez, en defecto o por falta de acusación privada, tenemos ya en fuentes castellano-leonesas del siglo XIII. Desde mediados de este siglo, el código de las Siete Partidas, con evidente influjo del Derecho Canónico de la recepción, regula las diferentes clases de pesquisa como prueba y también como iniciación de un procedimiento de oficio. Procedimiento que al parecer tenía, en esa época, poca aceptación popular²⁶.

5. En la transformación que se produjo en el procedimiento castellano-leonés desde el siglo XI se destaca la acción de tres elementos:

— *La autoridad real.* El Rey como Juez²⁷, presidiendo la Curia en su actuación como Tribunal de Justicia. Ya Salvioli señala cómo las normas procesales guardan íntima conexión con la organización política general, y, sobre todo, las de procedimiento criminal²⁸. Observamos que la transformación que sufre el proceso español en estos siglos medievales es producto del afianzamiento del poder real y de su supremacía sobre los poderes señoriales y de las ciudades. El P. López Ortiz dice: “Si, en cambio, consideramos el proceso penal no desde el punto de vista de las garantías del inculpado frente al Estado, sino como instrumento del Poder público para perseguir la criminalidad, ciertamente nos acercamos más al orden de ideas del Medioevo, aunque no de sus primeros siglos. En efecto: los Reyes, al iniciar la magna empresa centralizadora que desemboca en la formación del Estado moderno, acometen desde el primer momento la empresa de asegurar la paz pública con una persecución sistemática y autoritaria de determinados delitos”²⁹.

De esta manera se debe, tal vez, a la iniciativa real la introduc-

26. P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, pág. 187.

27. MARONGIU, ANTONIO: *Un momento típico de la Monarquía medieval: el Rey juez*, en AHDE. Tomo XXIII, Madrid 1953, págs. 677-715.

28. SALVIOLI: *Storia della Proc.* Parte I. *Introduzione*, pág. 3. TORRES LÓPEZ: *Recensión*, pág. 484.

29. P. LÓPEZ ORTIZ: *El Proceso...*, pág. 187.

ción de la pesquisa en la regulación de las distintas instituciones jurídicas (administrativas, civiles, penales, económicas...), en aquellos casos que de forma general sobre todo o parte del territorio, o en la específica de unos hechos, trataban los monarcas de obtener —por medio de una investigación o “inquisitio”— el conocimiento real de una situación o la veracidad sobre un litigio o hecho delictivo. La actividad legislativa de determinados monarcas leoneses de los siglos XI y XII nos sirve de ejemplo en este sentido, y así, recordamos las disposiciones del Fuero de León, de Alfonso V (1017); las del Concilio de Coyanza, de Fernando I (1055), o los Decretos de Alfonso IX (1188?), que encierran una serie de garantías para los súbditos y no son todas referentes al proceso penal³⁰.

— *Derechos locales*. La pesquisa judicial, por iniciativa real, pasa a los jueces por ellos designados y llega también a las autoridades judiciales de las ciudades y villas. Por este motivo, se inserta la pesquisa, junto a otros medios de prueba, en las redacciones de F. M., sobre todo en las extensas del XII y XIII. Siendo así, los derechos locales, el segundo elemento. En algunos capítulos de textos locales, podemos apreciar la transformación que se experimentaba en León y Castilla en torno al procedimiento criminal, así ocurre en los Fueros de Zamora y Alba de Tormes³¹. En otras redacciones, como el Fuero de Madrid, se le añade al texto antiguo una *Carta del Otorgamento*, que vino a modificar profundamente delitos y penas, y su procedimiento, introduciendo en éste la pesquisa y los pesquisidores³². Al Fuero de Plasencia, igualmente se le

30. GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid 1964, págs. 370 y sigs., y 607 y sigs.

P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, pág. 186.

31. *F. Alba de Tormes*, párrafo 7: De esquisa. “Todo omne o muler de Alba o de su termino que a omne o muler de Alba o de su termino matare, en qual lugar lo mataren ali sea la esquisa. E si dixiere el demandador de la muerte: “alcaldes o bonos omnes, ide esquerir a aquel lugar o mataron mio pariente o mia parienta, ca falaredes uerdat que assi lo mataron”, e si al amparador ploguiere que uayan esquerir los alcaldes con senncs bonos omnes delos seysmos, uayan esquerir...” (pág. 295).

32. *F. de Madrid*. Carta de Otorgamento, de Alfonso VIII, cap. CX, páginas 69 y siguientes.

GALO SÁNCHEZ: *Estudio*. pág. 23.

agrega una disposición de Sancho IV que transforma determinados capítulos procesales³³. El Fuero de Soria es ya un texto más definido, regula ampliamente la institución de pesquisa sobre determinados delitos y crea unos oficiales fijos, elegidos cada año, los pesquisidores, encargados de llevar a práctica este tipo de prueba³⁴.

— *El Derecho Canónico de la recepción* constituye el tercero y último elemento, aparece en nuestras fuentes jurídicas, desde el siglo XIII, y es fuente fundamental del *Espéculo* y de las *Partidas*, en materia de procedimiento inquisitivo³⁵.

6. La “inquisitio” como prueba aparece en las fuentes medievales castellano-leonesas bajo distintas denominaciones: *inquisitio*, *exquisitio*, *inquisición*, *averiguamiento*, *esquisa*, *pesquisa*; *inquirere*, *esquerir*, *pesquerir*; *inquisitores*, *omnes veridicos et sapitores*³⁶, *omnes bonos*, *jurados*, *pesquisidores*... *Inquisitio* en los textos latinos, y *pesquisa* en los escritos en romance, son los términos más frecuentemente empleados. En cambio, no se encuentra igual uniformidad en relación con las denominaciones de los oficiales encargados de realizar dichas pesquisas, que eran: *omes buenos*, *jurados*, *pesquisidores*, según las fuentes.

La significación latina de los términos “*pesquiro*, *inquiero*” equivale a “investigar con diligencia, buscar, tratar de descubrir”³⁷. Las *Partidas* indican como etimológicamente: “Pesquisa en romance tanto quiere decir en latín como *inquisitio*, e tiene pro a muchas cosas: ca por ella se sabe la verdad de las cosas mal fechas: ca de otra guisa non pueden se prouadas nin aueriguadas” (III, 17, 1).

La pesquisa tiende a buscar y encontrar la verdad de un hecho

33. *F. de Plasencia*. El procedimiento inquisitivo se introdujo por reforma del rey Sancho IV, año 1292 (pág. 166).

34. *F. de Soria*, caps. 93 y sigs.

35. TORRES LÓPEZ: Recensión, pág. 496, cita, hablando de derechos: real, canónico y priverligiado local de las ciudades.

P. LÓPEZ ORTIZ, dice: “Al calor de esta política y por la conjunción de antiguas formas procesales españolas y de las canónicas que la Recepción aclimató en nuestro suelo, surge el proceso inquisitivo”, en *El proceso...*, página 187.

36. MUÑOZ ROMERO: Col. F. M., pág. 159.

37. Latín clásico: *Quaero*, is, rere, sivi, situm = buscar. *Perquiro*, is, irere, sivi, situm = inquirir, investigar con diligencia. *Inquiero*, is, irre, sivi, situm = buscar, tratar de descubrir.

mediante indagación y apreciaciones, de aquí las diferentes formas de pesquisas que después citamos³⁸: "... e fagades pesquisas e inquisición e sepades verdad por quantas partes e maneras mejor e más complidamente lo pudierdes saber de todos los dichos robos e daños que han seydo fechos... E fecha la dicha pesquisa e la verdad sabida..."³⁹.

La pesquisa puede, pues, considerarse como medio de prueba que tiende a conseguir la verdad de un hecho⁴⁰, o servir como iniciación del procedimiento. En ambos casos, según Vogt, nos encontramos ante un procedimiento inquisitivo⁴¹.

7. La pesquisa tiene: un sentido amplio aplicándose en diferentes instituciones jurídicas; y otro estricto, de ámbito exclusivamente procesal. Así se realizaban inquisiciones por iniciativa de los reyes, en diferentes casos: con fines fiscales, administrativos, para fijar el derecho consuetudinario, en determinados litigios procesales civiles o criminales.

Textos y documentos testimonian cómo se realizaban estas indagaciones en todos los casos que creyese oportuno el monarca, se daban pesquisas generales sobre la tierra o parte de ella⁴², o refi-

38. RIAZA-GARCÍA GALLO: *Manual*, pág. 774, párrafo 690, dice: "La pesquisa es un procedimiento que se dirige a comprobar objetivamente la verdad de unos hechos".

BESNIER: *Ob. citada*, pág. 183.

39. *Fuentes para la Historia de Castilla*: T. I *Colección diplomática de San Salvador de El Moral*. Doc. CXIII, Navarrete 16 Agosto 1451. D. Juan II manda a Garci Martinez de Astudillo abra información acerca de los perjuicios y daños recibidos por Baltanás, Tabanera, Melgar de Yuso y otros pueblos comarcanos durante la rebelión de Palenzuela y Castillo de Hornillos contra el rey (págs. 193-195).

40. HINOJOSA: *Documentos...* XLIV, año 1168: "... et postquam audivit domnus Rex suos assertos mandavit, ut venissent bonos homines ipsius terre, qui veritatem inter illis exquisissent..." (pág. 71).

41. TORRES LÓPEZ: *Recensión...*, establece diferencia entre pesquisa como prueba y como iniciación del procedimiento inquisitivo, pág. 495.

VOGT: *Ob. citada*, págs. 239 y sigs.

42. *Partidas III*, 17, 1.—Las pesquisas generales fueron prohibidas en las Cortes de Valladolid de 1299, a petición de los procuradores de las ciudades. Petición 4: "Otrosi tenemos por bien que se non faga pesquisa general cerrada, saluo si alguna cosa desaguizada se fiziere en yermo o de noche, quelos alcalldes e los jurados e los fieles del logar sean tenudos de saber

riéndose a materia de pastos⁴³, o en materia de régimen de behetrías⁴⁴. Igualmente se dieron pesquisas en pleitos sobre lugares de señorío⁴⁵, o de carácter fiscal⁴⁶; son de interés las investigaciones realizadas en una comarca o localidad para conocer su derecho tradicional y fijarlo por escrito en su Fuero⁴⁷; también se recurre como tipo de prueba para saber la verdad en la actuación de jueces.

verdat por quantas partes pudieren qui lo fizo; e quando fuere sabido que se libre segunt fuero e derecho es del logar". (*Cortes de León y Castilla*, tomo primero, Madrid 1861, págs. 140-141).

43. *Fuentes para la Historia de Castilla.—Cartulario del Infantado de Covarrubias*, edic. P. L. SERRANO, año 1907. Doc. LXI, pág. 106: Deslinde de los términos propios y derechos de pastos entre Covarrubias y el Monasterio de Arlanza: "Vinieron los abades sobredichos ante nos don Alfonso por la gracia de Dios rey de Castilla, de Toledo... e pidieron nos merçet por si e por los logares que mandassemos *pesquerir e saber en verdat* por que logares debio aseer los mojones de los términos destes logares sobredichos...".

Ordenamiento de Alcalá. Tit. XI, ley única.

44. *Beccerro Libro de las Behetrías de Castilla*, mandado hacer por don Peñro I de Castilla. 1.^a edic. Santander 1866, pág. 1 r., comienza el texto: "Libro delo que fue fallado quantos son los derechos de los logares de las merindades de carrión e de campos e de monzon e del infantadgo de vallid, et de cerrato. los quales derechos fueron sabidos por pesquisa que fezieron por orçen e mandado de mio Señor el Rey...".

Ordenamiento de Alcalá. Tit. XXXII, 34.

45. HINOJOSA: *Documentos*. XXIV, pág. 123. Sentencia dictada por Alfonso IX, en virtud de querrela del abad y los monjes de San Esteban de Ribas de Sil contra los hombres del valle de Zerreda, de Viloose y de Leone, que procuraban sustraerse al señorío de este Monasterio: "... et ego (el Rey) mançavi per litteras meas priori de Sancta Maria de Inncarria... et duobus militibus meis *qui inquirerent* diligentia per omnes et mulieres, si ipsi homines de... Et ipsi priores et milites *inquiriam fecerunt et eam inde dederunt*; et ego vidi et aperui illam inquiriam...".

46. *Ord. de Montalvo*: VI, 1, 1.

47. HINOJOSA: *Documentos*. XLVIII, pág. 79. Fueros de San Miguel de Escalada, según la pesquisa hecha por el abad del Monasterio de San Isidoro, por orden del rey Fernando II: "Excellentissimo domino suo Hispaniarum regi Fernando... Per litteras vestras nobis mandastis antiquos forcs honoris Sancti Michaelis exquirere...".

Fueros dados a Escalona en el año 1226, por D. Fernando III, a petición del concejo de la villa (M. ROMERO: *Colección*, pág. 490).

y oficiales⁴⁸. En el campo de Derecho procesal civil hay pesquisas en litigios sobre propiedad inmueble, como deslindes de tierras⁴⁹, o en cuestiones sobre libertad o no de las personas⁵⁰; en el procedimiento criminal, la pesquisa se aplicaba en delitos que habían producido la ruptura de la paz general del reino⁵¹.

Atendiendo a la persona o personas que ordenaban la práctica de las pesquisas podían ser: por iniciativa del rey, señor, juez o tribunal real o de las ciudades⁵²; o bien a instancia de las propias partes litigantes para tratar de avenirse, o de conocer la verdad de los hechos⁵³.

8. Como indicábamos al principio de este trabajo, la pesquisa y el procedimiento por iniciativa judicial no fué desconocido por los visigodos y se recoge en algunas leyes del *Liber Iudiciorum*,

48. *Leyes del Estilo*, Ley LV: Sobre quales oficiales puede el rey facer pesquisa.

49. HINOJOSA: *Documentos*, XIX, págs. 29-31. Pleito entre Alfonso VI y los infanzones del valle de Lagneyo y los demás propietarios de aquel término sobre la propiedad de ciertas heredades y villas que estos poseían y que el Rey afirmaba haberlas donado a perpetuidad a la sede de Oviedo.

F. de Plasencia.—De esquerir hereditat. párr. 712: "Todo omme que hereditat demandare sea en esquisa de todos los VI. alcaldes et esquiron los linderos, et en otros ommes buenos, si los fallaren, et la esquisa sea dicha dia de domingo por conceio commo fallaren, et en quien las fallaren..." (pág. 158). Y otros documentos lo atestiguan.

50. Juicio del Obispo D. Sancho y del Conde D. Iñigo Lopez, Señor de Vizcaya, sobre si, Mayor vecina de Terrero era libre o no (M. ROMERO: *Colección...*, págs. 157-158).

HINOJOSA: *Documentos...* XLIV, págs. 71-72. Pleito entre el abad del Monasterio de Sobrado y Pedro Muñcz sobre la pertenencia de ciertos hombres, fallado por el Obispo de Lugo Juan, comisionado al efecto por el rey Fernando II. año 1168.

51. Son delitos graves, que como los quebrantamientos de paces y de salvo, fuerza de mujeres, muerte de hombres de noche y en yermo, traición y alevosía... figuran citados en algunos Fueros Municipales extensos, como el F. de Soria, y en las fuentes territoriales castellano-leonesas, como a lo largo de este trabajo veremos.

52. *Espéculo*: IV, 11, 2.

Partidas: III, 17, 2.

53. Como ejemplo, Fueros Municipales de tipo breve, el caso del *F. de León* de 1017, párrs. XX y XLI, que en otro lugar examinamos.

que proceden de distintos monarcas⁵⁴. El procedimiento criminal, según el *Liber*, era de tipo acusatorio, comenzando ordinariamente por acusación de la víctima o de su familia⁵⁵. Este proceso era ya escrito en sus fases importantes, y público⁵⁶. Pero en el procedimiento acusatorio se introduce, a veces, en determinadas circunstancias, la práctica de una indagación, de un *inquirere* del juez. En otras leyes, como forma subsidiaria y excepcional, aparece el procedimiento de oficio, es sólo a falta de acusación o querrela privada, teniendo conocimiento el juez de la realización de un grave hecho delictivo, éste puede iniciar el proceso.

En algunas leyes visigodas se cita la "inquisitio" junto a otras pruebas. La ley II, 2, 5, que procede de Chindasvinto, dispone que las partes que intervienen en los pleitos deben dar sus pruebas: "*Probatio quidem ab utraque parte, hoc est, tam quidem ab utraque parte, hoc est, tam a petente, quam ab eo, qui petitur, debet inquiri, et que magis recipi debeat, iudicem discernere competenter oportet...*"⁵⁷. La versión romance del *Fuero Juzgo* dice: "cada una de las partes deve dar sus pesquisas e sus pruebas, y el juez deve catar qual prueba mejor..." (II, 2, 6). "*Debet inquiri* se traduce en el siglo XIII por *dar sus pesquisas*. Interesante es también que la carga de la prueba recaiga sobre ambas partes⁵⁸.

Otro texto del *Liber*, el VII, 1, 5, *Lex antiqua*, trata del caso de un hombre acusado de hurto, o que dió hierbas, o veneno a beber (*veneficio, maleficio, furto, aut quibuscumque factis illicitis*, texto latino), el que acusa, dice el *Fuero Juzgo*. "vaya ante el sennor o ante el iuez de la tierra, que lo pesquisa, e sepa el fecho..."⁵⁹. Alguna otra ley cita en el texto romance el término pes-

54. MINGUIJÓN: *Cuadernos*, 11, pág. 223.

RIAZA-GARCÍA GALLO: *Manual*, pág. 761, párr. 680.

55. *Liber Iudiciorum*, II, 1, 17 (edic. ZEUMER, págs. 65-67).

56. TORRES LÓPEZ: *Historia de España*, dirigida por R. MENÉNDEZ PIDAL, III. Madrid 1940, págs. 245-246.

57. *Liber Iudiciorum*, II, 2, 5 (Edic. ZEUMER, pág. 82).

58. ZEUMER, Karl: *Historia de la Legislación visigoda*, trad. de Carlos Claveria, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona 1944, página 163.

59. *Liber Iudiciorum*, VII, 1, 5. El texto latino no coincide con la versión romance del *Fuero Juzgo* (edic. latina de ZEUMER, pág. 288).

quiza, o a la inversa, citando el original latino la palabra *perquirendum* se traduce en el Fuero Juzgo por “si lo fallare assi por verdad el iuez”⁶⁰.

En relación con el segundo punto, de iniciación judicial del procedimiento podemos citar hasta tres leyes visigodas de interés. Se refieren a homicidios, a los que fabrican moneda falsa, y a los casos en que se reúnen varios hombres para matar o herir a otros. La VI, 5, 14, de Chindasvinto, hace mención del hecho que nadie acuse a un homicida, y entonces “el iuez mismo después que lo sopiere, lo deve prender, e penar cuomo merece; ca non deve dexar a vengallo por no ser alguno quel acuse, o por algún enganno por ventura que fezieron entre sí”⁶¹. En VII, 6, 2, se hace mención de los que realizan maravedís falsos, “pues que el iuez lo sopiere, préndalo luego...”⁶². Por último, la VIII, 1, 3, *antiqua*, en caso de ayuntarse hombres para realizar homicidios, “pues quel iuez lo sopiere, mandeslo prender...”⁶³.

Como podemos apreciar, en estas leyes hay una posible iniciación del proceso por parte del juez, que configuramos como antecedentes visigodos del procedimiento inquisitivo.

Los primeros textos sobre pesquisa en el reino astur-leonés procederían de la aplicación de las leyes del *Liber Iudiciorum* en la Curia del Rey, cuando ésta actuaba como tribunal, y del juez

60. *Liber Iudiciorum*, VIII, 1, 5 (edic. de ZEUMER, Ley de Chindasvinto, páginas 314-315), versión romance, calificada de Lex Antiqua.

61. *Liber Iudiciorum*, VI, 5, 14. Flavius Chindasvintus Rex. Ut homicida cunctis liceat accusare. “Si homicidam nullus accuset, iudex mox facti crimen agnoverit, licentiam habeat corripere criminis, ut penam reus excipiat, quam meretur. Nec enim propter accusatoris absentiam aut aliquod fortasse concludium sceleris debet vindicta differri, sed tam uxor mortem mariti...” (Edic. ZEUMER, pág. 280).

62. *Liber Iudiciorum*, VII, 6, 2. (Edic. ZEUMER, pág. 310).

63. *Liber Iudiciorum*, VIII, 1, 3. ANTIQUA. Si ad faciendam cedem turbas congregaverit, aut qui seditionem alteri, unde contumelium corporis sentiat, fecerit vel faciendam incitaverit aut preceperit, mox iudex facti crimen agnoverit, eum comprehendere non moretur. Ita ut caput huius sceleris, infamia notatus, extensus publice coram iudice LX flagella suscipiat et omnes qui cum eo venerint vel quid fecerint, nominare cogatur, ut si in eius patrocinio non sunt, unusquisque ingenuorum quinquagena flagella suscipiat... (edic. ZEUMER, pág. 313).

eclesiástico que custodiaba un ejemplar del *Liber* y escuchaba las apelaciones contra los fallos de dicho tribunal. Se trata del llamado "Juicio del Libro", que desde el siglo X funcionaba en León⁶⁴. Precisamente en el siglo XIII se efectuaron pesquisas para averiguar la verdad en torno a este punto, pues se habían planteado diferentes litigios entre Cabildo y Concejo de la ciudad. Conocemos la pesquisa de 1269 sobre unas querellas de este tipo⁶⁵.

El momento preliminar de la institución de la pesquisa, según nos indica el P. López Ortiz, estaría representado por la "*datio iudicis*" en el tribunal regio, en los de los condes y señores inmunes⁶⁶. En estos tribunales se podría dar una "auténtica sentencia de prueba". El citado profesor en su trabajo precisa apreciaciones de "sentencias de prueba" junto a textos de pesquisa y pesquisadores, en el Libro de los Fueros de Castilla, recordando la diversa antigüedad de los textos recogidos en dicha redacción⁶⁷.

Noticias de posibles pruebas de pesquisa, a lo largo de los siglos IX y X, nos la proporcionan algunos documentos en donde se cita esta clase de prueba como subsidiaria junto a otras como las ordalias, el juramento, y siempre pudiendo acudir a la pesquisa por libre iniciativa de las partes litigantes. Puyol, en su obra "Orígenes del Reino de León", señala dos textos sobre este tema⁶⁸. Uno de ellos lo conocemos íntegro por la Colección de Muñoz Romero⁶⁹, se trata de una donación realizada por el rey Ordoño I —20 de abril del 857—, por la que entregaba iglesias, monasterios, villas y heredades a la Santa Iglesia de Oviedo y otorgaba al mismo tiempo unos privilegios a sus pobladores. Este documento cita una serie de delitos graves como: heridas o muerte

64. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *El "Juicio del Libro", en León durante el siglo X*, en AHDE, I, Madrid 1924, págs. 382-387.

65. *España Sagrada*. Tomo 35, págs. 434-449, citado por SÁNCHEZ ALBORNOZ, pág. 382, nota 1.

66. P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, págs. 190-191.

67. P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, pág. 192. Cita en nota 12, los capítulos del Libro de los Fueros de Castilla, en que se da sentencia de prueba, "*cómo juzgó que lo probaren*".

68. PUYOL, Julio: *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas*. Madrid 1926, págs. 391-392.

69. M. ROMERO: *Colección...*, págs. 19-24.

del sayón cuando prendaba ganado, irrupción con armas en palacio o casa ajena, robo de ganado, homicidio⁷⁰, y señala cómo quedaría obligado el supuesto reo a la prueba del agua caliente, y que juramento y pesquisa sólo se practicarían si ambas partes lo acordasen⁷¹.

En el Fuero de León de 1017 se recogen dos disposiciones sobre pesquisa, que, al igual que en el documento anterior, va unida y en defecto de otras pruebas. En el párrafo 20, a propósito de la prenda, distingue entre la querrela verdadera y la sospechosa, y en el primer caso se acude a esta prueba:

“Et si querimonia uera fuerit, et non per suspicionem persquirant eam ueridici homines. Et si non poterit inueniri uera exquisitio parentur testimonia ex utraque parte talium hominum qui uiderunt et audierunt et qui conuictus fuerit: Soluat more terre illud unde querimonia facta fuerit...”⁷².

El párrafo 41 de este mismo texto trata del hombre que habita en León y dispone que no dé fiador por ninguna caloña, sino cinco sueldos de la moneda de la ciudad y preste juramento y se someta a la prueba de agua caliente en manos de buenos sacerdotes, o inquisición por verídicos inquisidores, si quisieren ambas partes...⁷³. Sigue apareciendo la pesquisa en último lugar dentro

70. “... si forte iratus cum armis, vel sine armis introierit in Palatium Regis, vel in Palatium alicuius hominis, aut in villam sigillatam... Si uero homo Regis occiderit hominem Ecclesiae S. Salvatoris...” (M. ROMERO: *Colección...*, pág. 22).

71. “... et propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium, nisi aquam calidam, et iuramentum, seu exquisitionem, si ambabus partibus placuerit”. (M. ROMERO: *Colección...*, pág. 23.)

72. *F. de León*, párr. XX, págs. 28-29.

73. *F. de León*, párr. X(L)I. “Homo habitans in Legione, et infra predictos terminos pro ulla calumpnia non det fidiatorem, nisi in V^o solidos monete urbis, et faciat iuramentum et aquam calidam per manum honorum sacerdotum, uel inquisitionem per ueridicos inquisitores, si ambabus placuerit partibus; Sed si accusatus fuerit fecisse iam furtum, aut per traditionem homicidium, aut aliam prodicionem, et inde fuit c(on)uictus, qui talis inuentus fuerit, defendat se per iuramentum et litem cum armis” (pág. 37).

del sistema probatorio, y siempre que sea elegida voluntariamente por las partes.

En una serie de Fueros Municipales breves de los siglos XII y XIII encontramos esta prueba. En los Fueros a los burgueses de Sahagún, otorgados por Alfonso VII y el Abad (1152) se dice: "Por muerte de alguno que ocurriere en *"seditione"* que los parientes más próximos elijan por homicida a uno de aquéllos, *qui cum percusserunt per rectam inquisitionem, et si interfectorem per rectam inquisitionem non invenerint salvet se... per iuramentum...*"⁷⁴. En cambio, en otros Fueros dados también a la villa de Sahagún por el rey D. Alfonso el Sabio (1255), se prescribe que marino ni sayón no demande caloñas, si la voz no les fuere dada, fueras ende si fuere caloña de muerte, ó de feridas de muerte, que pueden demandar sin querrelloso"⁷⁵. Tal vez sea un testimonio de modalidad de procedimiento de oficio.

En los Fueros de Villavicencio se indica que el hombre que viniere al mercado si cometiere culpa, llevenlo ante los alcaldes y dé fiadores, y si no tuviere fiadores *"peerquirant illos alkaldes illa culpa"*⁷⁶. Los alcaldes al mismo tiempo actúan como pesquisadores, realizando la pesquisa, texto que refleja un momento antiguo en relación con las personas que realizaban la prueba⁷⁷.

En la Carta de Población otorgada a los Solariegos de Villaturde, se indica: "Et rrogamos a estos omes buenos que aqui son escriptos, que sean ende pesquisas..."⁷⁸.

En este primer momento medieval, son escasas las fuentes locales que tratan de la prueba de pesquisa, pero, poco a poco, y quizá a través de una forma más o menos privilegiada, se va introduciendo ésta como una prueba más racional dentro del proceso criminal. Al principio, se incluye junto a otras pruebas más antiguas y bárbaras, dejando al libre criterio de los litigantes el someterse o no a ella.

9. Un segundo momento está representado por Fueros Mu-

74. M. ROMERO: *Colección...*, pág. 312.

75. M. ROMERO: *Colección...* pág. 316.

76. M. ROMERO: *Colección...*, pág. 174.

77. P. LÓPEZ ORTIZ: *El proceso...*, págs. 211 y sigs.

78. M. ROMERO: *Colección...*, pág. 169.

nicipales extensos, donde aun prevaleciendo en ellos el principio general “*de que nadie responda sin querrelloso*”, sin embargo, tenemos la pesquisa como prueba básica, debida ya a la iniciativa judicial, y que se convierte en fundamental para el fallo o sentencia. “Por mayor paz e por mayor assesegamiento de la ciudad de çamora e por guarda de la justiçia, e que los malfechores non escapen sen pena...”, dice el Fuero de Zamora en el párrafo 83. “Estas son las cosas porque el Rey deve mandar facer pesquisa por Fuero de Castilla...”, dice el Fuero Viejo (II, 4, 1).

Y es que la pesquisa por iniciativa judicial —oficial— viene a ser una consecuencia del ejercicio de la Justicia. Una de las cuatro cosas que, según el Derecho territorial castellano, correspondía al Rey por razón de su señorío natural⁷⁹. En Fueros Municipales extensos y en fuentes territoriales castellanas y leonesas podemos apreciar cómo se prescribe pesquisa en hechos delictivos graves, en donde concurren, además, determinadas circunstancias. Son ya textos locales y territoriales de los siglos XII y XIII, en algunos se observa el influjo de principios romano-canónicos de la Recepción.

Tal vez sea este el momento más interesante por la transformación del sistema de pruebas que tiene un paralelo y fiel reflejo en todo el proceso criminal. La pesquisa como prueba por orden oficial provoca una ulterior transformación del proceso, y sobre todo en el fallo o sentencia judicial, que estará determinada por el resultado de dicha prueba. En algunos Fueros Municipales extensos podemos apreciar esa transición de la conceptualización delictiva de tipo privado y familiar a la pública y dañosa para la comunidad, así ocurre en determinados párrafos de los Fueros de Alba de Tormes⁸⁰ y de Brihuega⁸¹.

79. *Fuero Viejo de Castilla*: I, 1, 1.

80. *F. de Alba de Tormes*: párr. 7. De esquisa; párr. 17. De quien quebrantar salua fe.

81. *F. de Brihuega*: párr. 47. Qui matare su compannero fiando el uno en el otro. “Todo compannero que uaya en carrera con otro fiando el uno en el otro. si lo matare si no fuere uaraia. muera por ello. et si auer no lo pudieren. uaya por traydor. et peche CC. et. XVJ. morabetinos. et si lo matare sobre uaraia en poblado que ayan amos peche. C. et. VIIJ. morabetinos. et sea enemigo de sus parientes. si prouado fuere o fallaren pesquisas. si no salues. con. XIJ. bezinos”.

Veamos los textos que hemos considerado más importantes sobre objeto, fines, personas y otros detalles de la pesquisa como prueba. Hemos tomado como base a un texto local que dedica un buen número de capítulos a este tema, se trata del Fuero extenso de Soria, del siglo XIII, aunque citaremos en las distintas partes otros textos anteriores o posteriores en el tiempo a aquél.

a) El objeto de la pesquisa eran delitos que se consideraban como graves, así: muerte de hombres, fuerza y raptó de mujeres, incendios de casas o campos, robos y hurtos, traición y alevosía, quebrantamiento de fiadura de salvo, quebrantamiento de camino... Los Fueros Municipales extensos de: Soria⁸², Salamanca⁸³, Ledesma⁸⁴, Alba de Tormes⁸⁵, Brihuega⁸⁶, Plasencia⁸⁷, Carta del

82. *F. de Soria*, párr. 96: "Estas son las cosas que deuen pesquerir: muertes de omnes, e fuerças de mugieres, e quemas, e furtos, e las cosas que fueren apreçadas en demanda que ualen de .X. mencales asuso, e las cosas (de) los malféchores que fueren echadas en almoneda; pero si fallaren que es menos de la quantia de .X. mencales no usen mas de la pesquisa" (pág. 38). Y también los párrf. 99 y 100.

83. *F. de Salamanca*, párr. 254. Como sea todo el pueblo uno a bona fe. "Plogo anuestro sennor el rey don Fernando que todo el pueblo de Salamanca se un conceio e uno amercede pedir e seruir anuestro sennor el rei don Fernando; e esto con buena fe e se mal enganno. E los alcaldes e las iusticias de Salamanca sean unos a seruicio e a proy del rey nuestro sennor don Fernando e de todo el conceyo de Salamanca. E sepan por uerdade forçias, uirtos, soberuias, ladrones, traydores, aleuosos, e todo el mal en Salamanca e en su termino. Si alguna cosa de bolta se fezier en Salamanca, o se conseyar por fazer, todos seam unos por ajudar a los otros. E alcalde o iusticia que esto non fezier segun su poder, sea periurado e traydor e aleuoso del rey don Fernando e del conceyo de Salamanca, e ysca del portiello... Otrosi, se alcaldes o iusticias pesquirieren que algunas naturas se leuantaren pora fazer bandos o iuras, uieden lo los alcaldes e las iusticias; et si nolo uedaren, sean per iuros" (págs. 168-169). Igualmente tratan los párrfs. 164 y 282.

84. *F. de Ledesma*, párr. 105. De dar fiadores: "Todo omne aquien alcalldes furen prender, uizino de Ledesma e de su termino, por alguna calonmia, se bonos fiadores dier por que este a derecho quanto alcalldes mandaren, non sea su auer preso, nen su cuerpo, si non fur por muerte de omne que matar atraycion, o por ladron, o por que desonrró muyier ayena de su cuerpo. Sobre estos tales non coyan fiadores, mas tenganlos los alcalldes en su prision e non encepó. E se axaren pesquisa que una destas nimigas fizo, enforquenllo" (pág. 235). También es interesante el párr. 149.

otorgamiento de Madrid⁸⁸ y otros vienen a prescribir la pesquisa para estos delitos, prueba que debía realizarse por orden o iniciativa judicial, a veces se cita junto a otras clases de pruebas; en otros, en defecto de formas que se consideran como primordiales⁸⁹.

En las redacciones territoriales castellanas de carácter privado también se alude a la pesquisa, así ocurre en el Libro de los Fueros de Castilla, en que se describe la pesquisa practicada en mujeres, en los casos de delitos de fuerza de mujeres⁹⁰. Igualmente se:

85. *F. de Alba de Tormes*, casos:

Párr. 5. De muerte de omne; párr. 7. De esquisa por muerte. "Todo omne o muler de Alba o de su termino que a omne o a muler de Alba. ode su termino matare en qual lugar lo mataren ali sea la esquisa..."; párr. 12. Fuero de judio quilo matar; párr. 17. De quien quebrantar salua fe; párr. 18. De rabir manceba; párr. 21. Fuero de muler que foda a fuerça; párr. 22. Fuero de ladrón.

86. *F. de Brihuega*, párr. 24. Por toda muerte corra pesquisa.—"Por toda muerte de omne corra pesquisa: ante que desafien. et la pesquisa sea en tres bezinos. o dent arriba, et esta pesquisa fagan la los iurados, et la pesquisa que ellos fallaren: essa uala, et si pesquisa no fallaren: desafie el quereloso por fuero de briuega". Son también interesantes los párrs. 11 y 66.

87. *F. de Plasencia*, párr. 719: "Todo omne que camino quebrantare en uoz de felguin et matare omne o tolliere alguna cosa muera por ello et por que los omnes se atreuen a fazer mal de noche en yermo por tanto que ielo non podian prouar, mandamos que los alcaldes en estas cosas et en saluo quebrantado en muerte segura et en mugier forçada et en camino quebrantado et en furto que sea fecho de noche los alcaldes de la tierra en que acaesciere algunas destas cosas que fagan pesquisas sobre ello...". También trata este punto el párr. 48.

88. *F. de Madrid*, CX, párrs. 1 a 11 inclusive (pág. 69).

89. *F. de Brihuega*, por ejemplo, el párr. (66). Qui forzare mugier de su marido. "Tod omne qui forzare mugier de su marido. si fuere alcanzado muera por ello. et sis fuxiere uaya por enemigo de parientes del marido. et della et por encartado del conceio. et peche .CC. et .XVJ. morabetinos si prouadol fuere. o fallaren pesquisa dello. et si no salues con .XIJ. bezins".

90. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 14. Título delas mugeres que son forçadas. "Esto es por fuero: de toda muger escossa que fue forçada de omne que yaga por fuerça con ella que se mostro por querelosa e que venga ante el alcalle, e el alcalle mandela apreçiar assu muger con otras buenas mugeres, e que sean coniuradas e que recudan: "amen". Et que nonsean aquellas mugeres çercabbas de parentesco de aquella muger que

señala pesquisa, tras de haber quereloso, en los delitos de “muger forçada, et de omne muerto sobre salua, et de quebrantamiento de camino...”⁹¹. En caso de hombre herido y que muere de esas heridas, se acude —por Fuero de Castilla— al “apreçiamiento”⁹². Y en una fazaña, recogida en este mismo texto, se describe una querrela por hurto y heridas, y se dispone la práctica de pesquisa⁹³. El Fuero Viejo confirma estos preceptos, al señalar pesquisa real en quebrantamiento de yglesias, de caminos, muertes de hombres...⁹⁴, en estos delitos se acudiría a esta prueba para conocer los detalles del hecho delictivo o bien cuando no se conociese a su autor o autores⁹⁵.

Las redacciones oficiales leonesas destacan determinados deli-

se querrela por forçada. Et estas mugeres deuen la catar; et sy estas mugeres fallaren por uerdat que es asy forçada commo ella se querello, peche aquel que fiso la fuerça al merino tresientos sueldos; et el cuerpo finque a juyso del rey” (pág. 14).

91. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 117. Título delas cosas que el rey deue pesquirir. “Estas tres cosas deue el rey pesquirir auyendo querellosos: de muger forçada, et de omne muerto sobre salua, et de quebrantamiento de camino. Mas sy algun omne se querellar de otro omne quel firió de fierro o de punno o de otra qual ferida se quier, auyendo testigos, e non murier de aquel golpe, esto deue correr por el fuero et el rey non lo deue pesquirir” (pág. 59). Este texto coincide con el *Fuero Viejo*, II, 4, 1.

92. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 250. Título del apreçiamiento de omne ferido e que muere de aquellas feridas (págs. 135-136).

93. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 232. Título de vna fasanya de don Martin de Miraveche e de vn tornadiso.—“Esto es por fassannya: que un tornadiso que se querellaua que Martin de Miraveche, yerno de Pero Nimon, quel robara dos maravedis e quel furtara a sant Martin de-la Parra, e querellose a los alcalles e a los merynos et a los jurados; e Martin de Miraveche fue ante los alcalles e dixo que non lo fisiera. Et dixo el tornadiso que traya carta de eneguedat et traya carta del obispo de quarenta dias de perdon e que por eso non le quisiera dexar e que se açercaron y Martin de la Peniella e otros dos flayres de Sant Bitores e vna muger e quello querellara ante ellos e que firierra apellido. *Et los alcalles mandaron pesquirir en aquellos omnes que se y acercaron; e pesquirieron y los judios Johan de Estremadura e don Jacob en aquellos omnes. E dixo Martin de la Peniella a los jurados que viera uenir al tornadiso e disia “ay abat, que lea esta carta que cristiano so...”* (págs. 123-124).

94. *Fuero Viejo*, II, 4, 2.

95. *Fuero Viejo*, II, 4, 4.

tos. En distintos cánones del Concilio de Coyanza de 1055⁹⁶ se citan determinados pecados graves, que vienen a coincidir con estos tipos de delitos, y a cuyos autores se les castiga con penitencias y, en otro caso, con la excomunión⁹⁷. Los Decretos de Alfonso IX trataban de establecer una serie de garantías, algunas de tipo judicial, para todos los leoneses⁹⁸; en uno de los párrafos se cita a los "investigadores" que sean designados por consentimiento del acusador y del acusado; y si ellos no estuviesen de acuerdo, sean elegidos entre aquellos que pusisteis en la tierra..."⁹⁹. En el Ordenamiento de León de 1208, del mismo monarca, señala que se acudirá a la "esquisición de buenos hombres jurados" en el caso de "robadores e ladrones" reincidentes¹⁰⁰.

En la colección de Leyes de Estilo, se indica práctica de pesquisa como prueba en los delitos de: pelea, hurto y robo¹⁰¹, en fuerza de mujer¹⁰², en muerte de hombre prestando servicio al

96. Sobre el Concilio de Coyanza, véase el trabajo del Prof. GARCÍA-GALLO, publicado en el tomo XX del AHDE. Madrid 1950, págs. 286-302. Igualmente MALDONADO: *Relaciones entre el derecho canónico y el derecho secular en los concilios españoles del siglo XI*, en AHDE, tomo XIV, Madrid 1942-43, pág. 373.

97. Concilio de Coyanza, canon IV.

98. Sobre política y legislación en Alfonso IX, véase: GONZÁLEZ, Julio: *Alfonso IX*, dos tomos, Madrid 1944.

99. *Decretos de Alfonso IX*: "... Qui vero negaverit se violentiam fecisse, ut predictam penam evadat det fideiussorem secundum forum et priores consuetudines terre sue, et exquiratur deinde si violentiam fecit vel non, et secundum illam exquisicionem teneatur per datam fideiussionem satisfacere. Exquisitores autem vel sint per consensum impetentis vel eius impetenti aut si non consentiunt sint de illis quos in terra posuistis..." (GONZÁLEZ, J.: *Alfonso IX*, tomo II, pág. 24).

100. *Ordenamiento de León*, de Alfonso IX, de 1208 (GONZÁLEZ, J.: *Alfonso IX*, tomo II, págs. 306-308).

101. *Leyes del Estilo*, CXXIII.

102. *Leyes del Estilo*, CXXI. Qué ha de facer la muger que querella que la forzó hombre, cómo se libra.

"Sobre la ley que comienza: Si algun hombre, que es en el titulo delos que fuerzan, ó roban las mugeres. Aquella muger que querella que la forzó fulano, hombre, si luego que dice que acaesció la fuerza se rascó, o se mesó, é viene dando voces, o querelló luego a los Oficiales: y entonces los Oficiales deben seguir la su querella en facer pesquisa, y en saber la verdad del fecho, prendidos los hombres, y las mugeres que se a certaren entonce en la

Rey ¹⁰³, muerte en casa ajena ¹⁰⁴, o en caso de incendio voluntario ¹⁰⁵.

El Maestro Jacobo el de las Leyes, basándose en estos delitos graves que alteraban el Reino, aconsejaba de esta forma al Príncipe, a quien dirigió su obra: *Flores de Derecho*.

“Se queredes tener en paz o en fulgura los pueblos que auedes de guardar, conuiene que saquedes los malos omnes dela tierra e mayor mientre ellos ereges, e los sortozeros, ellos ladrones, e los homecidos, ellos adulterios, ellos falsarios, ellos que furtan, ellos xristianos, ellos lieuan catiuos, ellos que los reciben, e los que los asconden asabiendas. Ca los malos omnes non poderan uiuer en la tierra, se non ouiesse quiellos recibisse o quien los encubrisse. E podedes destos tales uestra iusticia fazer e dadeles penas segundo que merecen, pero que sean de otros regnos ode otras tierras. Capor razon de los malos fechos que ellos fazen por la (uestra) tierra, auedes iurisdission e poderio sobre ellos, pora fazer delos iusticia e por darles penas” ¹⁰⁶.

b) En estos delitos ordenaba el Juez la práctica de pesquisas por varios motivos: Unas veces tendía a indagar la verdad de la querrela o no, por ejemplo, en el caso de hurto ¹⁰⁷, o en el de mujer forzada, o de hombre muerto sobre salvo, o quebrantamiento de camino ¹⁰⁸. En algún texto, a propósito del delito de “mujer forzada”, podemos observar la transformación y paso de un delito

casa do fizo la fuerza, y si menester fuere, meterlos han á tormento, y fazer pesquisa en la verdad...”.

103. *Leyes del Estilo*, CXIX.

104. *Leyes del Estilo*, CII.

105. *Leyes del Estilo*, L.

106. *Obras del maestro Jacobo el de las Leyes*, edic. de UREÑA y BONILLA, Madrid 1924. *Flores de Derecho*, Lib. I, tit. 1 (Ley IIII), págs. 20-21.

107. *F. de Soria*, párr. 99: “En los hurtos non han porque pesquerir qui furto, mas deuen pesquerir aquello que demanda el querelloso, si lo perdio por furto o non; e segund el fecho fallaren por la pesquisa, deue seer dado el escrito a los alcaldes, que diga si perdio el querelloso por furto o non e que digan la quantia que fuer puesta en demanda (pág. 39).

108. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párrfs. 14 y 117.

Fuero Viejo, II, 4, 1 y 2.

Leyes del Estilo, CXXI.

que ocasionaba una “inimicitia” familiar a lo que ya se consideraba, en gran número de fuentes, como que producía un verdadero daño social¹⁰⁹. En otras ocasiones, se trata de saber la verdad sobre culpabilidad o inocencia del presunto delincuente ya detenido¹¹⁰. O bien, cuando ocurre la muerte de un hombre de palacio o de una villa y no se puede probar quién la cometió, se acude a la pesquisa como prueba decisiva¹¹¹. Cuando en delito de quebrantamiento de casa ajena con muerte de hombre había huido el delincuente, la pesquisa intentará localizarlo e incluso saber su nombre¹¹²; o en el caso de que un hecho delictivo —robo, muerte, incendio, quebrantamiento de paces— ocurriese durante la noche y en lugar yermo¹¹³. Por último, es el caso del que presenta la querrela por un delito desconociendo el nombre de su autor, entonces el Rey o sus Oficiales mandará hacer pesquisa¹¹⁴. Las pesquisas pueden comprobar las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes que concurren en delito o en el reo¹¹⁵.

c) Por lo general, en este segundo momento, la pesquisa se realizaba por orden del juez o alcaldes: “los alcaldes mándelo pesquerir a las pesquisas”, dice el Fuero de Soria¹¹⁶. Sin embar-

109. *F. de Alba de Tormes*, párr. 21. Fuero de muler que fodañ a fuerça.

110. *F. de Ledesma*, párr. 105, véase nota 84.

111. *F. de Brihuega*, párr. 11, véase nota 86.

112. *F. de Plasencia*, párr. 48. Del que encerrare a otro con armas. Ley II. Tcdo omne que casa aiena quebrantare, et omne y matare, sea en esquisa de todos los alcaldes, et si todos hy non fueren non presente, et escriuano la pesquisa... et si la pesquisa fallada fuere que aquellos omnes lo fizieron, faga el conceio iusticia dellos et si non en primero les caya, et daquel que el conceio iusticia fiziere tomenle la meetat...”.
Leyes del Estilo, CII.

113. *F. de Plasencia*, párr. 719, véase nota 87.

Leyes del Estilo, LII.

114. *Fuero Viejo*, II, 4, 4.

115. *F. de Soria*, párr. 543: “Sj alguna christiana fiziere forniçio con judio o con moro o con omne de otra ley, seyendo fallados en el fecho, o si les fuere sabido por pesquisa derecha, amos ssean quemados” (pág. 213).

Igualmente tienen interés los párrfs. 490 y 540 del mismo texto.

116. *F. de Soria*, párr. 94: “La pesquisa que oujeren a fazer, sea fecha del dia que la carta les fuere dada por mandado de los alcaldes fasta XXX.

go, en algunos textos castellanos todavía encontramos rasgos de la pesquisa solicitada por las partes, o al menos se le somete a su aprobación¹¹⁷. El juez o alcalde ordenaba a unos hombres buenos jurados¹¹⁸, o a los pesquisadores¹¹⁹, la práctica de unas pesquisas para esclarecer la verdad de un hecho delictivo, o el nombre o nombres de los delincuentes¹²⁰.

“Los pesqueridores deuen seer seys omnes buenos e entendidos que teman a Dios e asus almas... que sepan y pregunten la uerdat por quantas partes pudieren, bien et lealmiente”¹²¹.

En algunos Fueros eran cargos anuales, elegidos por el Concejo junto con el juez, alcaldes, etc.; así se dispone, por ejemplo, en el texto de Soria¹²², y al tomar posesión de sus cargos debían prestar juramento en Concejo de

“Que por amor de fijos ni de parientes, nj por cobdicia de auer, nj por uerguença de persona. nj por ruego, nj por precio de amjgos ni de uezinos nj destrannos nj de otro njnguno..., e por escripto de escriuano publico, que sepan e pregunten la uerdat por quantas partes pudieren, bien et leal-

dias...”. Párrf. 100: “Si alguno que fuere demandado que quemo alguna cosa... los alcalles manden lo pesquerir...”.

En forma análoga, son los jueces los que mandan pesquerir en los *Fueros de: Zamora*, 80 y 83; *Salamanca*, 128; *Ledesma*, 105, 149 y 190; *Alba de Tormes*, 5, 7, 18, 21, 22 y 51. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 232.

117. *F. de Alba de Tormes*, párr. 17. De quien quebrantar salua fe: “... assi al amparador e al demandador ploguiere que hayan esquerir los alcaldes, tomen senos bonos omnes...”. También en el *F. de Brihuega*, párrafo 45, entre otros.

118. *F. de Salamanca*, cita para la práctica de pesquisas a “omnes bonos de las colaciones (párr. 164); *F. de Brihuega*, La realizan los jurados (párr. 11 y 24); *El Ordenamiento de León del 1208*, cita: “esquisición de buenos hombres jurados”. *Las Leyes del Estilo*, emplean el término de “oficiales que hacen la pesquisa” (ley CXXI).

119. *F. de Soria*, párr. 41: “El lunes primero depues de sant Juan el conçeio ponga cadanno juez e alcaldes e pesquisas e montaneros...” (pág. 19).

120. R. BESNIER: ob. citada, pág. 184, dice: “Estos individuos constituyen como un jurado de prueba: en efecto, en lugar de ser jueces ante los cuales los hechos serían demostrados, ellos establecen su decisión después del conocimiento del “affaire” y dan ellos mismos la prueba”.

121. *F. de Soria*, párr. 93.

122. *F. de Soria*, véase nota 119.

mientre, assi que en la uerdad non bueluan njnguna cosa de mentira..." (párr. 93).

Según el Fuero de Madrid, eran cinco pesqueridores los que acompañaban a los cinco justicias y no debían salir armados en caso de riña, pues habían sido designados "*per ad faciendam iusticiam*"¹²³. En otras redacciones como la de Zamora eran también cinco hombres buenos¹²⁴; en Alba de Tormes eran seis y juraban primero sobre los Santos Evangelios¹²⁵. En algunos textos territoriales eran sólo tres pesquisidores, o dos y un escribano¹²⁶.

d) Los pesquisidores realizarían sus indagaciones cerca de los vecinos del lugar que puedan otorgar testimonios verídicos del hecho; por este motivo, siempre será más de un pesquisidor el que realice la pesquisa, e irán acompañados de un escribano. Todos los vecinos estaban obligados a declarar cuando fuesen solicitados por estos oficiales, e incurrían en penas pecuniarias y otras sanciones, caso de que se negasen¹²⁷.

La pesquisa debía realizarse dentro de un plazo, que en Soria era de treinta días, a partir de la carta del Juez¹²⁸. En otros Fueros el plazo era mucho menor¹²⁹.

El escrito de la pesquisa sería redactado por un escribano del Concejo, y elevado después al Juez o Alcaldes que la habían ordenado. El Fuero de Soria contiene una especie de fórmula para escritos

123. *F. de Madrid*. Carta del Otorgamiento. CX, párr. 16: "Si forte aliqua bolta euenerit in Magirit e aliquis de pesquisitoribus uel de illis quinque qui sunt scripti per ad faciendam iusticiam exierit cum armis ad boltam illam, pectet XX morabetinos et exeat de portello per infidelem et desleal".

Párr. 22: "Isti sunt pesquisitores qui debent pesquirere totum quod in hac carta scriptum est, scilicet: ...".

124. *F. de Zamora*, párr. 15 (final): "Ese elos iuyzes ouieren enquisa de .V. omes bonos asuso que lo matc; fagan deso cuerpo iusticia selo podieren prender...".

F. de Brihuega, párr. 24, véase nota 86.

125. *F. de Alba de Tormes*, párrs. 18, 21 y 51.

126. *Lib. de los Fueros de Castilla*, párr. 146; *F. Real*, II, 8, 3.

127. *F. de Soria*, párr. 95: "Qval quier que fuere tomado por pesquisa e non lo quisiere seer, pechealconcejo .X. mr. por pena, e pongan otro en su lugar; e el non aya portiello njnguno de conceio en todos sus dias".

128. *F. de Soria*, párr. 94, véase nota 116.

129. *F. Real*, II, 8, 3.

de pesquisas sobre determinados delitos; en ella, tras indicar el objeto de la pesquisa, se señalaría el nombre del autor o autores y los detalles del suceso¹³⁰. En una de las Leyes del Estilo se llega a precisar aún más, pues dice que en el escrito se debe testimoniar todo el hecho, desde el momento en que se inicia hasta su final, de grado en grado, contando los detalles, tanto del hecho como de las personas que intervinieron en el mismo, distinguiendo incluso si eran laicos o clérigos¹³¹.

e) Después de la práctica de la pesquisa y redactado el escrito de resultado, los pesqueridores lo elevarán al Juez o Tribunal, que dictará su fallo o sentencia, a la vista de dicha información. En ocasiones se llega incluso a la ejecución de la sentencia¹³².

En otros textos, el valor de la pesquisa determina, a veces, no sólo la decisión judicial, sino la ejecución de la pena correspondiente al delito, conforme se establece en el Fuero. Así, en la Carta del Otorgamiento del Fuero de Madrid, CX, 18: “De acuerdo con los motivos arriba indicados, los pesquiridores realicen su pesquisa, y cuando averiguaren acerca de alguien que cometió el cargo que se le imputa hagan justicia sobre él conforme a lo contenido en esta Carta¹³³. En el Fuero de Zamora se señala en caso de homicidio:

130. *F. de Soria*, párr. 97: “Lo que las pesquisas deuen dezir en el escripto que dieren a los alcaldes sobre pleytos delas muertes, deue seer fecho por algunos delos escriuanos publicos del conceio en esta guisa: “alcaldes: nos, las pesquisas, pesquiriemos la muerte de fulan e fallamos que fulan e fulan fueron feridores e matadores en la muerte de fulan; e fulan e fulan e non fueron feridores njn matadores... esso mismo sea delos que fueren puestos o del que fuere puesto en la querella dela mugier forçada, que digan si fodio por fuerça o non” (pág. 38).

131. *Leyes del Estilo*, CXXIII. Cómo se ha de ordenar la pesquisa que contra alguno se face.

“Otrosi, para rubricar qualquier pesquisa que el hombre quiera rubricar, debe tomar en suma todo el fecho, desde aquel Lugar que comienza la pelea, o el furto, o el robo, o otro fecho qualquier sobre que haya pesquisa, é dende adelante recuentenlo en suma, de grado en grado, fasta do se acaba el fecho, é por ese recontamiento, catar la pesquisa sobre cada artículo de recontamiento, e escrebir, é rubricar lo que falla por la pesquisa... E si la pesquisa contra otro alguno dixere, escribanlo apartadamente sobre él. E si son Clerigos, ó legos aquellos sobre quien tañe la pesquisa...”.

132. Como ejemplos, *F. de Soria*, párrfs. 522, 523, 524 y 525.

133. *F. de Madrid*. Carta del Otorgamiento, CX, párr. 18.

“Esse elos juyzes ouieren enquisa (esquisa) de V omes bonos asuso que lo mato, fagan deso cuerpo iusticia selo podieren prender”¹³⁴. En el Fuero de Ledesma, a propósito de la deshonra de mujer ajena, se indica que los alcaldes detegan al autor y pesquieren el supuesto delito, y si fuere culpable que lo ahorquen; y si no, lo saluden y le den seguridad¹³⁵. En el texto de Alba de Tormes, sobre el hurto, dice: “elos alcalles ante que lo iusticien, ante caten uerdad si lo fizo assi como elos dizen. E si fallaren los alcalles uerdad que lo furto, así como dizen los bonos omnes...”¹³⁶.

f) Por último, en algunos textos se alude al posible punto de que los distintos pesquisidores no llegasen a un acuerdo en sus respectivas pesquisas, entonces debe designarse un tercero, que será el que decida. Así se indica, entre otros textos, en el Libro de los Fueros de Castilla, párrafo 146. Título de los pesquiridores que se non pueden abenir.

“Esto es por fuero: que sy dos pesquiridores non se abinieren enla pesquisa que el alcalle mande faser en omnes buennos sobre juyzio, et el vn pesquiridor dise de vna guisa e el otro de otra, deue el alcalle meter otro con ellos tercero que pesquiran otra vez en aquellos omnes que auyan pesquirido e tornar la pesquissa al alcalle. Et do acordaren los dos, vale aquella pesquisa. Et sy los omnes en que pesquirieron los pesquiridores de primero non quisieren otra vez desir, deue el alcalle mandar los prender al meryno fasta que diga por que el omne non pierda su derecho”.

Igualmente los textos detacan la posibilidad de que el juez, alcaldes o pesquisas cometan falsedad o mentira y se les castiga como perjuros¹³⁷.

10. Un tercer momento, de gran interés para el procedimiento criminal, se inicia hacia mediados del siglo XIII; en él se produjo la clara formulación —en la práctica judicial— de un tipo de

134. *F. de Zamora*, párr. 15 final.

135. *F. de Ledesma*, párrfs. 190 y 105, véase nota 84.

136. *F. de Alba de Tormes*, párr. 22.

137. *F. de Soria*, párr. 72: “Si por auentura juez o alcalde o pesquisa o otro aportellado de mentira o de falsedat depues dela yura fuere uençido, sea echado del ofçio por perjuero e nunca mas aya ofçio del conçeio: e qualquier danno que por esta razón ujnjere, pechelo doblado...” (pág. 29).

proceso que comienza de oficio, por iniciativa del juez que ordena la realización de pesquisa. Todos los investigadores están de acuerdo en calificar a este procedimiento como inquisitivo. Este momento histórico presenta los caracteres siguientes: Políticamente comienza, en cierta forma, con un auge del poder real y la configuración del Rey-juez ¹³⁸; jurídicamente, se da un triunfo —al principio sólo teórico— de los derechos territoriales sobre los locales; y de un influjo, en el caso de este procedimiento, del Derecho Canónico de la Recepción ¹³⁹.

Podemos concretar esta etapa, para la Monarquía castellano-leonesa, en la labor legislativa de Alfonso X y que sería continuada por otros Reyes que le suceden; tras diferentes vicisitudes, la obra alfonsina acabaría por imponerse en la vida práctica.

“La cosa de que se mas deuen trabajar los Reyes segund dixeron los sabios antiguos: es en buscar todas las carreras que pudieren fallar: porque puedan saber la verdad de las querellas, e de los pleitos que vinieren ante ellos, sennaladamente de los grandes yerros que los omes fazen en la tierra soberuiosamente por su poder que han, o encubiertamente con locura, e por maldad conocida que han en sí... Porende fue menester que los reyes buscassen otra carrera de prueua que diessen pesquisa porque la verdad de las cosas non les pudiesse ser encubierta por mengua de prueua.” (Partida III, 17, proemio).

El Fuero Real de Alfonso el Sabio, texto influido por la Recepción, distingue entre pleitos criminales que deben demandarse por acusación y civiles que se demandarán por querrela ¹⁴⁰. En otras leyes trata de la pesquisa-prueba y procedimiento iniciado por oficio a falta de acusación. El Espéculo y las Partidas también nos regulan ambas situaciones. Por pesquisa se sabe “la verdad de las cosas mal fechas: ca de otra guisa non

138. LÓPEZ-AMO: Ob. cit., pág. 557, dice: “La introducción del procedimiento criminal de oficio era el necesario complemento para el nacimiento del Derecho penal del Estado. Como dice Hinojosa, era preciso que pasara al representante del poder público el derecho exclusivo de acusar a los autores de delitos contra las personas, estando autorizado para intervenir aun cuando no lo hiciera la parte ofendida...”.

139. MALDONADO, José: Ob. citada, pág. 478, nota 65.

140. *F. Real*, IV, 20, 3.

pueden ser prouadas, nin averiguadas”¹⁴¹. Se distinguen tres clases de pesquisas: la comunal o general sobre el territorio o parte del mismo; la realizada sobre hechos concretos y autores desconocidos, y la llevada a cabo por que las partes acuerdan que el Rey o juez mande hacer pesquisa¹⁴². De estas clases, la que más interesa es la segunda, que debe realizarse sobre determinados hechos delictivos cuyos autores no se conocen o gozan de mala fama. Los delitos son graves y vienen a coincidir con los señalados por los *Fueros Municipales extensos y fuentes territoriales*: muerte de hombre en yermo o de noche, desconociéndose al autor; quebrantamiento de yglesia, de camino, de casa con incendio, incendio de viñas, árboles o mieses, mujer forzada, robos con muerte o heridos¹⁴³. Delitos que continuaban amenazando y alterando la paz general del reino, y que bajo la misma tipificación establecida en fuentes jurídicas tradicionales se recogen en los Códigos de Alfonso X.

Atendiendo a la autoridad que podía designar pesquiridores, se distinguen: pesquiridores reales, señoriales y de ciudades y villas; y en todo caso tienen poder de pesquerir sobre aquellos hechos que les ordenase el juez que debe juzgar¹⁴⁴. Los pesquiridores serán al menos dos y un escribano, y deberán ser buenos hombres que teman a Dios y de buena fama, ya “que por su justicia an muchos de morir o sufrir otra pena en los cuerpos o daño en los averes, segunt el fecho que fallaren que fezieron aquellos contra quien fizieron la pesquisa”, y debían ser leales al Rey y obrar en beneficio del pueblo¹⁴⁵. Estos oficiales, que eran puestos para saber la verdad de los hechos, debían ser guardados y protegidos para que pudiesen realizar sus informaciones con seguridad y justicia¹⁴⁶.

Una vez realizada la pesquisa, será redactada por un escribano y se elevará al Rey o al juez, quien dará cuenta de ella a las partes.

141. *Partidas*, III, 17, 1.

142. *Espéculo*, IV, 11, 5 y 6 coincide con el texto de las *Partidas* citado en nota anterior.

143. *Partidas*, III, 17, 3.—*Espéculo*, IV, 11, 1.—*F. Real*, IV, 20, 11.

144. *Partidas*, III, 17, 2.—*Espéculo*, IV, 11, 2.

145. *Partidas*, III, 17, 4.—*Espéculo*, IV, 11, 3.

146. *Espéculo*, IV, 11, 13.

litigantes, indicándoles además los nombres de los testigos y el contenido de sus declaraciones. Los pesquiridores que no realizasen rectamente la pesquisa sufrirían la “pena en el cuerpo, en el auer, qual ouo, o deuia auer aquel contra quien fuesse fecha la pesquisa falsa”¹⁴⁷.

11. El procedimiento inquisitivo, que se inicia por oficio del juez en vez de acusación privada, lo vemos reflejado en algunos textos locales, por lo general modificados en la segunda mitad del siglo XIII, y, por supuesto, en las fuentes legales del Rey Sabio.

Como Fuero Municipal, nos vamos a referir a la reforma de Sancho IV, en 1292, al Fuero de Plasencia, en la que al señalar determinados tipos de delitos (quebrantamiento de paces, muerte de hombre, mujer forzada...) dispone que los alcaldes de la tierra harán pesquisas¹⁴⁸. La formulación es genérica, y creemos que podría iniciarse el proceso con esa pesquisa, o bien acudir a la misma tras la acusación privada; en todo caso el procedimiento queda en manos del juez, es inquisitivo.

En el Fuero Real, II, 8, 3, se regula la forma cómo procederán los Jueces con el demandado por muerte de hombre, que merece pena de muerte, y lo niega, el demandante lo probará con dos hombres buenos; pero en el caso de que el quereloso no supiere el nombre del malhechor y “*dixiere a los alcaldes que ellos de su oficio sepan verdad* quién lo mató o quién lo hizo aquel mal” los alcaldes investigarán con los hombres buenos de las colaciones que fueren puestos para dar pesquiridores. Tres hombres harán la pesquisa durante seis días y después la darán a los alcaldes, que juzgarán en tres días y harán justicia. En realidad, nos encontramos ante una forma intermedia entre el comienzo de un proceso por acusación y el de oficio¹⁴⁹, y nos recuerda, la denuncia, el segundo

147. *Partidas*, III, 17, 12.

148. *F. de Plasencia*. Reforma de Sancho IV, en 1292: “Todo omme, que camino quebrantare... et matare omme... muera por ello... mandamos, que los alcaldes en estas cosas et en salvo quebrantado et en mugier forçada... los alcaldes de la tierra en que acaesciere alguna de estas cosas que *fagan pesquisa* sobre ello” (pág. 166).

149. *F. Real*. Tres clases de procedimiento: Acusación (IV, 20, 10 y 11); denuncia (II, 8, 3); y de oficio (IV, 20, 8 y otras leyes).

modo de proceder establecido por el Papa Inocencio III, en diciembre de 1199, para el Derecho Canónico, recogido después en las Decretales (V, 3, 31 y V, 1, 17). Las Partidas también admiten la denuncia, al decir: "Cómo el Rey de su oficio puede saber verdad de los males que le descubriessen, que fuessen fechos en su tierra; o los entendiesse por fama" ¹⁵⁰.

En el Fuero Real también aparece la tercera forma establecida por el Derecho Canónico, aquella cuyo proceso se iniciaba por oficio del Juez, y así, en la IV, 20, 11, tratando del homicidio, incendio o cualquier otra cosa "desaguisada" que fuere hecha "quier en villa, quier en yermo, quier de noche, quier de día, e ninguno no diere querella al Rey, *el Rey por su oficio sepa la verdad*, o por pesquisa, o por do quier que lo pueda saber: ca razón es que los fechos malos, e desaguisados, non finquen sin pecho" ¹⁵¹. Las Partidas llegan a formular con una mayor precisión la iniciación del proceso por oficio, y así se cita: "Quales yerros puede el Rey, o el Juez, de su oficio escarmentar; maguer non fuesse fecha denunciación, nin acusamiento, nin fuesse fama en razón dellos" ¹⁵².

150. *Partidas*, VII, 1, 27.

151. *F. Real*, IV, 20, 8: "Quando algun fecho desaguisado fuere fecho consejeramente, de guisa que sea manifesto, el Alcalde de su oficio dele aquella pena que merece á aquel que lo fizo, maguer que otra acusanza, ni otra prueba no haya: ca en las cosas manifestas, no ha menester otra acusanza, ni otra prueba".

152. *Partidas*, VII, 1, 28. Quales yerros puede el Rey, o el Juez de su oficio escarmentar; maguer non fuesse fecho denunciación, nin acusamiento, nin fuesse fama en razón dellos:

"De su oficio puede el Rey, o los Judgadores, a las vegadas, estrañar los malos fechos, maguer non los aperciba ninguno, nin sea fecha acusación sobre ellos. E esto puede fazer en cinco casos. El primero es, si alguno aduxesse a sabiendas carta falsa a alguno de los Judgadores, e vsasse della, para prouar lo que demanda, o para defenderse de lo que le demandassen. El segundo si fallase algun testigo por falso en el testimonio que dixesse ante el. El tercero es quando algun malfechor anda faziendo algund mal recaudo, furtando, o faziendo otros yerros manifestamente, de manera, que lo saben los omes de aquellos lugares, e es cosa manifesta, e el fecho del es en guisa, que se non puede encobrir. El quarto es, quando fallasse que alguno que auia acusado a otro, se mouiera maliciosamente a lo fazer, e non podia prouar aquello de que lo acusaua; ... El quinto es, quando sopiesse ciertamente, que

En todos estos textos, que hemos encuadrado en un tercer momento, ya en la Baja Edad Media comienza una forma procesal inquisitiva que viene a ponerse al lado de la acusatoria, a suplirla cuando falte, pero que no es incompatible. Para la total formulación de esta "inquisitio". ¿qué podemos considerar más importante, la aparición en las fuentes castellano-leonesas de la pesquisa como prueba, o que se inicie el proceso por oficio del juez con pesquisa? Creemos que las dos cosas son verdaderamente decisivas para una mayor rectitud en la administración de justicia. Tal vez siguiendo la tesis de Vogt, podríamos hablar de que existió procedimiento inquisitivo en León y Castilla, desde el momento en que se da la pesquisa, por iniciativa judicial, bien sea como prueba fundamental, o bien inicie el proceso ¹⁵³.

JOAQUÍN CERDÁ RUIZ-FUNES

alguno era guardador de huérfanos, e vsasse mal de la guarda, a daño dellos. Ca, en qualquier desto casos sobredichos, puede todo Judgador, que ha poder de judgar, escarmentar de su oficio a tales maifechores, de los yerros sobredichos que fizieren, maguer non fuessen ende acusados, nin denunciados, nin fuesse aducha otra prueua contra ellos".

153. VOGT: ob. citada, pág. 240.

DOCUMENTOS

PORTAZGOS DE OCAÑA Y ALARILLA

Entre los numerosos documentos de interés económico que se conservan en los archivos de la Orden de Santiago destacan por su importancia los referentes a los portazgos, institución muy poco conocida¹, y de la que sólo podremos tener una idea clara cuando se hayan publicado mayor número de documentos relativos a esta institución. En el presente trabajo me limito a publicar tres documentos de indudable interés, relacionados con los portazgos de Ocaña y Alarilla.

La historia primitiva de Ocaña ha sido estudiada por Consuelo Gutiérrez del Arroyo², por lo que únicamente recordaré que el 8 de agosto de 1182 Pedro Fernández, maestre de la Orden de Santiago, y Fernando Díaz, comendador de dicha orden en Uclés, compran Ocaña al comendador de la Orden de Calatrava, y pagan por ella cien maravedís de renta anual en las salinas de Espartinas³. Sin fecha, pero indudablemente de comienzos del siglo XIII⁴, tenemos

1. Miguel GUAL CAMARENA en *Aranceles de la Corona de Aragón en el siglo XIII*, comunicación presentada al "VI Congreso de Historia de la Corona de Aragón", celebrado en Cerdeña del 1 al 4 de diciembre de 1957, y publicada en Madrid, 1959, resume el estado actual de la cuestión; pueden verse además las obras de Américo CASTRO, *Unos aranceles de aduanas del siglo XIII*, RFE, 1921 y 1922; Julio GONZÁLEZ, *Aranceles del portazgo de Sahagún en el siglo XIII*, AHDE, XIV (1942-1943), págs. 573-578; Emilio SÁEZ, Rafael GIBERT, Manuel ALVAR y Atilano G. RUIZ ZORRILLA, *Los fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953, obra en la que Sáez publica el portazgo de Sepúlveda —utilizado como modelo para la transcripción— y Alvar incluye un vocabulario de interés para la comprensión de los documentos editados, y en general para cualquier estudio referente a esta época. Entre los autores que hacen breves referencias al portazgo podemos citar a Manuel COLMEIRO, *Historia de la Economía política en España*, Madrid, 1863; SÁNCHEZ DE OCAÑA, *Contribuciones e impuestos en León y Castilla en la Edad Media*, Madrid, 1896, y la obra del mismo título de Jerónimo LÓPEZ DE AYALA, (CONDE DE CEDILLO), Madrid, 1896; y MAYER, *Historia de las Instituciones de España y Portugal*, Madrid, 1926.

2. *Fueros de Oreja y Ocaña*, AHDE, XVII (1946), págs. 651-662.

3. Tumbo menor de Castilla, lib. III, c. 43, págs. 284-285, editado por F. RADES Y ANDRADA, *Crónica de las tres órdenes y Caballerías de Santiago, Calatrava y Alcántara*, Toledo, 1572, fol. 16 r. (con fecha 10 de agosto); en el mismo tumbo (lib. III, c. 75, pág. 311) se halla un resumen del acuerdo entre Pedro Fernández y Nuño, comendador de Calatrava.

4. T. m. de Castilla, lib. III, c. 44, págs. 285-286. Lo considero de comienzos del siglo XIII por estar fechado el último documento de este tumbo en agosto de 1232. Es el documento editado con el número 1.

el documento por el que se establece el portazgo que han de pagar en esta villa diversos productos, desde los garbanzos hasta el aceite importado de tierra de moros, y desde las sardinas hasta la carne de ballena, sin olvidar toda clase de carnes, vinos, paños y grano. La cuantía del portazgo está fijada en sueldos, maravedís, dineros, meajas, cuartas, ochavas, o en parte del producto vendido (el uno por veinte en unos casos y el uno por treinta en otros). Por los productos que se citan y por la modalidad de redacción del documento, parece que se trata de un portazgo cobrado sólo a los productos que se compran o vendan en la villa, sin incluir las mercancías de paso⁵.

5. Para la identificación de los productos he utilizado la mencionada obra de Manuel ALVAR, *Los fueros de Sepúlveda: el trabajo de los Padres SUÁREZ y CAMPELO, La Historia Compostelana*, Santiago de Compostela, 1950; y los diccionarios de J. CASARES, *Diccionario ideológico de la Lengua española*, Barcelona, 1951; y de J. COROMINAS, *Diccionario etimológico de la Lengua Castellana*, 4 vols. Madrid, 1954.

Entre los productos mencionados figuran muchos cuyo nombre se mantiene actualmente, por lo que prescindo de su identificación; entre los que ofrecen alguna dificultad de identificación figura el vino *castellano*, que creo se refiere al vino procedente de la 'Castella' de Galicia, es decir, al vino gallego del Ribero (Suárez y Campelo, ob. cit., pág. 467); el vino *valadé* debe ser el producido en la comarca (Corominas, I, 371); la *corambre* es piel, curtida o sin curtir (Casares, 283); y el *troxiello* es un fardo o paquete (Alvar, 801); en el Fuero de Sepúlveda (Sáez, 139) se fija la equivalencia del troxiello, aunque de una forma que no nos permite hallar su valor exacto, pues cien piezas de fustán o de paño segoviano (cuya longitud desconocemos) hacen un troxiello, que igualmente equivale a dos mil codos de paño grueso o de lino; la *penna* es piel para forro o guarnición (Alvar, 771); el *fustán* es tela basta de hilo o algodón (Alvar, 735); las *pixotas* son merluzas, llamadas en gallego actual con el mismo nombre y mencionadas en la Historia Compostelana como *perotas* (Suárez y Campelo, 468, n. 5); la *escbra* cuya carne paga seis libras —que supongo unidad de peso y no monetaria— es el asno montés (Alvar, 721); las *escudiellas* son las actuales escudillas o vasijas anchas para servir la sopa (Corominas, I, 364); las *gamellas* son artesas para dar de comer a los animales (Corominas, II, 648-649); las *tedas* son antorchas o ramas resinosas de pino (Corominas, IV, 405-406); no he podido identificar las *tachas de ballena*, pues aunque la palabra *tacha* tiene las acepciones de "falta, defecto" y la de "clavito corto de cabeza gruesa" (Corominas, IV, 335-336), ninguna de estas acepciones ofrece un sentido claro en este caso; quizá se trate de huesos o barbas de ballena —cuya utilidad desconozco—, pues la forma en que figura en el documento impide se refiera a carne de ballena.

Es interesante observar el 'proteccionismo' comercial reflejado en este documento: el producto más recargado es el "olio que aduzen de tierra de moros" recargado con cinco sueldos por odre, frente a un sueldo en la venta de un buey y tres dineros los puercos, ovejas, cabras y carneros. Este proteccionismo se observa igualmente en los otros documentos transcritos, y no sólo en relación con los productos de "tierra de moros", sino también con los de villas cristianas, especialmente en el doc. n. 3 en el que se exime de portazgo a los productos elaborados por los habitantes de Ocaña mientras se recargan todos aquellos que no proceden de esta villa.

Sobre Alarilla tenemos una 'notitia' sin fecha, pero no posterior a 1184, en la que se refiere la población de Alarilla por Alfonso VII que le señaló términos tomándolos de Oreja, Almoguera y Zurita⁶. Posteriormente Alfonso VIII dio esta villa a Pedro Fernández, maestre de la Orden de Santiago⁷, quien concertó con Martín Pérez de Siones, maestre de Calatrava, el portazgo que los hombres de Guadalajara, Buitrago y Talamanca debían pagar en Alarilla⁸. Quizá podamos relacionar con esta noticia el segundo documento que publicamos, pues en él se establece que los hombres de Valladolid, Medina del Campo, Arévalo, Avila, Segovia. "homines de Buey Trago, homines de Guadalfaiara aiuso sciant bene quod ad portum de Alfariella debent venire"⁹. Así como el portazgo de Ocaña era cobrado sobre los productos que se compraban o vendían, el de Alarilla se cobra incluso a las mercancías que pasen por dicho lugar. La relación de productos es más extensa que en Ocaña y abundan los productos manufacturados procedentes de pequeñas industrias: cuero curtido, hierro forjado, jabón, 'capiellos' de seda...

El último documento transcrito, fechado en 20 de noviembre

6. T. menor de Castilla, lib. III, c. 68, pág. 307. En esta 'notitia' se habla del acuerdo entre Pedro Fernández, muerto en 1184, y Martín Pérez de Siones, maestre de Calatrava hasta 1182, sobre el portazgo que los habitantes de Guadalajara, Buitrago y Talamanca deben pagar en Alarilla.

7. A. H. N. Uclés, c. 86, n. 3; y T. menor de Castilla, lib. I, c. 2, páginas 17-18, con fecha 7 de febrero de 1172, editado por J. GONZÁLEZ, *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*. Madrid, 1960, vol. II, páginas 284-286.

8. V. la nota 6.

9. T. menor de Castilla, lib. III, c. 45, págs. 286-288. Aunque el epígrafe del documento dice: *De cómo deven portadgar en Alfariella, de cómo deven portadgo en Uclés*, la mención de Uclés se debe al copista del tumbo, probablemente un escriba de Uclés, que incluyó el nombre de esta villa por considerar que Alarilla dependía de Uclés, nombre que no figura en el documento.

La relación de productos sometidos al portazgo comprende desde el "moro de renición" considerado como simple mercancía, hasta el jabón, pasando por artículos como el *picot*, tela basta y áspera de pelo de cabra (Alvar, 773); los congrios, pixotas (merluzas), pimienta, cera, hierro labrado y sin labrar, *arveias* que deben ser guisantes (Corominas, I, 294); *agallas*, excrecencias que se forman en los robles (Corominas, I, 50) y que yo creo se trata de bellotas; pieles *brusquinas* que no he podido identificar; *alfenna* que es el polvo de la alheña, arbusto de las oleáceas, que se usaba para teñir (Casares, III, 46); *soza* (la lectura es dudosa, el primer signo puede ser una *l* o una *s*; si fuera una *s* se referiría indudablemente a la sosa, atestiguada para estas fechas en el territorio de la Corona de Aragón (Corominas, IV, 287); *loriquiellos*, probablemente petos o corazas; y *capiellos de sirgo*, que deben ser sombreros.

El proteccionismo señalado en la nota 5 aparece en este documento con mayor claridad, pues, mientras "la carga de redomas de tierra de moros" paga un maravedí, la procedente de tierra de cristianos paga medio maravedí.

de 1226, es una avenencia entre Pedro González, comendador de Uclés, y el concejo de ocaña sobre el portazgo que los habitantes de la villa de Ocaña han de pagar en Alarilla. Establecen en primer lugar el paso obligatorio de todos los productos que vayan o vengan de tierra de moros por Alarilla, y fijan el portazgo a pagar por los diversos artículos, estableciendo la distinción de que el 'productor' de los bienes no está obligado a pagar dicho portazgo y sí debe pagarlo el revendedor. En la última cláusula se indica el lugar por donde han de pasar los productos sometidos a portazgo, que ha de ser el barco de Oreja¹⁰.

JOSÉ LUIS MARTÍN

"Instituto de Historia Medieval de España",
de la Universidad de Barcelona.

10. T. menor de Castilla, lib. II, c. 19, págs. 151-153. Probablemente los vecinos de Ocaña —obligados a pagar el portazgo mencionado en el doc. n. 2— se negaron a pagarlo alegando que en el fuero de Ocaña concedido por Alfonso VII el 24 de marzo de 1156 (T. m. Castilla, lib. II, c. 54, páginas 190-192; editado por Gutiérrez del Arroyo, *ob. cit.*) se expresa claramente que "toto populatore de Occannia non det portatico in tota terra de imperatore"; quizá debido a esta reclamación del concejo de Ocaña se redactara este documento (n. 3) en el que se conceden algunos beneficios a los pobladores de Ocaña, se limitan los productos sometidos al portazgo y se eximen de él las mercancías compradas para uso personal por los habitantes de Ocaña y a las producidas por ellos mismos. Los productos recargados por el portazgo son los paños, corambre, pescado, moro o mora y lana.

T E X T O S

1

DE CÓMO DEUEN PORTADGAR

/ In Christi nomine et eius gratia. Hec est memoria de lo que toman portad-/³ <go> de las cosas que uenden en Occania:

De la carga de ciuera IIII d<enarios>.

/Del uino castellano, de la carga de bestia maior una ochaua, / et de la menor media ochaua.

Del uino ualadí, de la carga ma-/^o ior media ochaua; de la bestia menor VI d.

De la carga de fari/na IIII d.

De la corambre, del troxiello I mor<abetino>.

Del uestido VIII / d.

De XXX coneios, carne et cuero, I coneio.

De pieles de /^o coneios que trayen de fuera de uilla, de XXX pieles una / piel.

De la penna IIII d.

Carga de pieles o de corderos o / de oueias que saquen de uilla una ochaua.

Carga de lana / ¹² I^a ochaua.
Carga de queso una ochaua.
De los traperos: del / trapo de lino o de lana, de la posada VIII d.;
del troxiello de / trapo poco endás I mor.; de la tela de fustán VIII d.
De la bestia / ¹⁵ mular, qui la uende una quarta.
De la bestia asnar una / ochaua.
Del buey I sol<ido>.
Del puerco III d.
De la carga de sal // IIII d.
Del carnero o del oueia o de la cabra III d.
De cordero III / ¹⁸ meaias.
De cannamo, del arançada II d.
De lino II d.
De las / bufonerías, de la posada II d.
De la carga de ortaliza IIII d.
/ De carga de fructa IIII d.
Del odre del olio que aduzen de tierra de / ²¹ moros V sol.
De carga de garbancos IIII d.
De carnes de cone/ios que saccan de la uilla: de la carga de la bestia
maior una ocha/ua, de la menor media ochaua.
De las pixotas, de XX pixo-/ ²⁴tas una.
Del pescado fresco, del sol<ido> I d.
De la carnicería: del car/nero una liura, de la carne de cabrón una
liura, et de la carne / de la uaca VI liuras, de la carne del cieruo IIII
liuras, del / ²⁷ cordero, fasta cinquaesma media liura, dend adelant una
liura; / del ezebra VI liuras.
De las castannas, de la carga media ocha/ua.
De la carga de las escudiellas media ochaua.
De las gamel-/ ³⁰las, de la carga media ochaua.
De la carga de los uasos media ochaua.
/ Del tocino II d.
De la carga del uino que compren et saquen de la uilla / IIII d.
De la carga de la teda IIII d.
Del millar de las sardi-/ ³³nas media ochaua.
De XX pixotas una.
Et de XX tachas de / ballena una.

DE CÓMO DEUEN PORTADGAR EN ALFARIELLA. / DE CÓMO DEUEN PORTADGO EN VCLÉS

/ ³ Notum sit omnibus hominibus tam presentibus quam futuris / quam
debent dare ad portum:

In primis, del troxiello de / panno de color I mor<abetino>.

- Del moro de reniti3n I mor.
 Bestia cargada /⁹ qui uenerit de moros I mor.
 De cauallo de siella, qui comparauerit / eum I mor.
 Del troxiello del picot o de segouiano medio mor.
 De / rocin, uel de equa, uel de muleto quarta de mor.
 Et de pescado de rio // ⁹ quarta de mor.³
 De troxiello de coneios I mor.
 El uestido de los co/neios VIII d <enarios>.
 Vna carga de congrios I mor.
 Vna carga de pixo/tas medio mor.
 Carga de ballena medio mor. 4
 De sardinas quarta de / ¹² mor.
 De carga de lienço medio mor.
 De la carga de lino por laurar / medio mor.
 De la carga de la pimienta I mor.
 De asno, quisquis com/parauerit det ochaua de mor.
 Del buey que fuerit apud terra sarra- / ¹⁵ cenorum, det.¹⁰ ochaua de mor.;
 de inter christianos, buey media ochaua.
 Qua/tuor bestias cargadas de greda I mor.
 La carga de los pelle/ios.⁶ uel de lana, quarta de mor.
 La carga de los cueros cortidos I mor.
 Del cuero cortido / VIII d., del crudio IIII d.
 De XXXII cargas de trigo uel de / sal I mor.
 Del puerco IIII d.
 De la carga del buf3n, si fuere / ²¹ bestia grand VIII d.⁴, et si fuere
 bestia menor IIII d. et meaia.
 De / la penna de coneios IIII d.
 De la penna de porpola una ochaua de mor.
 De la pieça de color una ochaua de mor.
 De la pi- / ²⁴ eça del picot VI d., del segouiano VIIII d.
 De la carga de / la miel quarta de mor.
 De la carga de la cera medio mor.
 De la car/ga del fierro laurado quarta de mor.
 De la carga del fierro que / ²⁷ es por laurar, una ochaua de mor.
 De la carga de los gar/uanços VIIII d.
 De la carga de las castannas VIIII d.
 De / la carga de las arueias IIII d. et meaia.
 Carga de pinno- / ³⁰ nes VIIII d.
 De las arueias IIII d. et meaia.
 De la carga del / pescado fresco una quarta de mor.
 De C uaras de lino VI / d.
 De los montaneros qui uenerint de Mont Aragón: de XX car- / ²³ nes.
 de coneios de <n> una; de la carga de las astas del fresno // medio
 mor.; de la carga de la madera IIII d. et meaia.
 Por L car/neros de los que uan a tierra de moros I mor., e si fuere

grey de L / ^o carneros I mor. et una assadura, et de los L carneros I mor: e de los / carneros que fueren a Toledo, a Conca, a Opte, de cada cabeça de <n> II d.

De la carga del uino una quarta de mor.

De la carga de los mem- / ^o briellos VIII d.

De la carga de las ollas III d. et meiaia.

De / la carga de las maçanas III d. et me <aia>, et puerros et de cebollas / et de aios et de peras similiter.

De la carga de las agallas, similiter / ^o I mor.

De la carga-^c del queso I^a quarta de mor.

La carga del exabón / VIII d.

La carga de la pez VIII d.

De la carga de las sogas / IX d.

De las XVI cargas de uino I mor.

De las XII pieles de / ^o los corderos III meiaias.

De las XII pieles brusquinas I d.

/ Las bestias descaminadas pierdan quanto leuaren.

Homines de / Balladolit, homines de Medina del Campo, homines de Areualo, ho- / ^o mines de Auila, homines de Segouia, homines de Buey Trago, homines de / Guadal faiara aiuso sciant bene quod ad portum de Alfariella debent / uenire.

E del arroua del alfenna III d.

De carga de uidrio, de ro- / ^o pa, de capas et de pieles et de ropa menuda VIII d.

Et de la car/ga de redomas de tierra de moros I mor., uel de christianos medio mor.

Et de / fustes de siella, bestia grand cargada una ochaua de mor.

E de so- / ^o za, bestia grand cargada I^a ochaua de mor.

E de loriguiello, bestia / grand cargada I^a ochaua de mor.

Carga de capiellos de sirgo I^a / ochaua de mor.

E de moro que passare de un logar ad altero, quarta de / ^o mor.

Et bestia maior qui fuerit comparada in termino de Alfariella / quarta de mor.

a. Et de pescado de rio...] *repite el ms. en el margen izquierdo de la pág. 287.*—
b. det] del *en el ms.*—c. pelle/ios] *pelle interl. en sustitución de cone que aparece tachado en la línea.*—d. VIII d.] *interl. en lugar de I mor. que escribe y tacha el ms.*—
c. carga] *interl. en lugar de quarta que escribe y tacha el ms.*

1.226, noviembre, 20.

DE COMO AN A DAR PORTADGO LOS DE OCCANNA

/ Conosçuda cosa sea a los omnes que son ζ a los que / ^o an por uenir cómo yo don P <edro> Gonçalueç co/mendador d'Uclés, ad una con el

cabillo d'Uclés / fazemos atal abenentia con el conceio de Occanna sobre /⁶ desauinimiento que auimos nos ellos por el por/tadgo que les deman-
dáuamos por Alfariella.

E pone/mos assí con ellos que de toda cosa que uaia a tierra // ⁹ de moros o que uenga de tierra de moros en requa, / que uaia al puerto d'Alfariella.

Ponemos con ellos / que d'estas cosas den portadgo: de cargas de todos / ¹² pannos ꝛ de corambre ꝛ de cargas de pescado; de / moro o de mora que lieuen a uender, si lo uendieren / que den su portadgo, ꝛ si non lo uendieren que non-^a den / ¹³ portadgo ninguno nin de moro nin de mora.

Et pone/mos con ellos que todo omne que lana leuare pora re/uender, que dé su portadgo, ꝛ el que la leuare a uen- / ¹⁵ der de su casa o de su ganado que non dé portadgo; ꝛ / si el portero ouiere sospecha que aquella lana pora reuen/der es, faga su duenno de la lana su derecho atal que / ²¹ sea ue:ino, que non es pora reuender, ꝛ non dé portad/go. Et si gelo prouaren que pora reuender es, que lo pe/che por descaminado.

Et ponemos con ellos de quantos / ²⁴ pannos aduxieren pora su uestir que non den portad/go. E si portero ouiere sospecha d'aquellos pannos que / traxieren que son pora reuender, faga su duenno de / ²⁷ su derecho atal que sea ue:ino que non son pora reuender / ꝛ non dé portadgo. E si el portero después pudiere pro/uar que los reuendieren, que los pechen por descami<na>- / ³⁰ dos.

E ponemos con ellos que si todo omne d'Occanna / encrubiere otro omne por que la Orden pierda su derecho, / ꝛ gelo prouaren, que lo peche por descaminado.

Et po-// ³³ nemos con ellos que de todas estas cosas sobrescriptas / que an a dar portadgo, que uaian al barco d'Oreia / fueras en lo que fuere o uiniere de tierra de moros. / ³⁶ E las otras cosas que non an a dar portadgo, que pas/sen por do quisieren ꝛ non sean contrariadas.

Facta car/ta uicesimo die nouembris. Sub era M^a CC^a LX^a / ³⁹ IIII^a.
Regnante rex Fernandus cum regina Beatrice in Toletto / et in Castella.

Isti sunt testes qui presentes fuerunt ꝛ au/dierunt quando hoc factum fuit: don Garcia González de Arauzo; / ⁴² don Gonzalo Roiz Cruzado; don Pedro Uidas; Fernand Fernán/dez; don Gil de Caparroso; don P. Alvarez; don Martin Al/uarez; don Rodrigo Yénneguez. Estos testimonios son / ⁴⁵ freyres de la Orden de Sanctiago.

Testimonios d'Occan/na: don Apparitio; don Román que eran alcal-des; / don Mi<guel> Coxo; don Gómez de la Cabeza; Do<mingo> Abbat, comen- / ⁴⁸ dador d'Occanna; don Alvaro Uinos Buenos.^b

a. que nan] non en el ms.—b. Domingo Abbat... Uinos Buenos] Considero a Domingo Abbat comendador de Ocaña, aunque la puntuación del ms. es: Do <mingo> Abbat; comendador d'Occanna; don Alvaro Uinos Buenos. El 22 de octubre del mismo año confirman Domingo Abbat y Alvaro Vinos Buenos sin indicar cargo alguno. (T. m. Castilla, lib. III, doc. 25, p. 268-269.)

MISCELANEA

I

EL HOSPEDAJE HISPANO-MEDIEVAL

Aportaciones para su estudio *

LA INSTITUCIÓN DEL HOSPEDAJE

No se ha estudiado, que sepamos, la institución del *hoste*, *huésped* o *alvergador* en la España medieval, ni la del corredor, tan relacionada con él. Su papel como intermediario y guía del mercader forastero, le colocaba en un lugar importante en las transacciones comerciales.

Sin embargo, en el ámbito europeo cuenta esta institución con valiosas monografías, la más reciente la del profesor de la Universidad de Montpellier, Francis Garrisson, importante visión de

* Al tema en España le dedicaron escasos renglones: MEYER, *Historia de las instituciones de España y Portugal*, I, p. 309; y Luis G. de VALDEAVELLANO, *El mercado*, en *AHDE*, VIII, 1931, p. 345. Nuestras reflexiones y datos sobre esta institución pueden servir de punto de partida para una investigación más extensa y exhaustiva.

Los textos citados en las notas, responden a las siguientes signaturas (las divisiones en artículos de la edición en nuestro futuro "Corpus" de aranceles aduaneros):

- 1252, junio, 7: tarifa de lezda de Collioure, publ. CAPMANY, *Memorias históricas*, II, doc. VIII, ps. 19-22.
- 1271, junio, 30: tarifas de corretaje y "reua" de Barcelona, publ. Juan COROMINAS en *Hispanic Studies in honour of I. González Llubera*, ps. 119-127.
- 1284, julio, 1: tarifa de "reua" de Perpiñán, publ. ALART en *Revue des Langues Romanes*, IV, 1873, 369-377.
- 1297 (?): tarifa de lezda de Collioure, publ. *ibid.*, V, 1874, ps. 311-317 (descuidada edición).

Prescindimos de los aspectos no comerciales del hospedaje, que pueden verse en: *Las peregrinaciones a Santiago*, de VÁZQUEZ DE PARGA, LACARRA y URÍA, especialmente tomo I, págs. 144, 259, 281 y ss.; *Partidas*, edic. Acad. Hist., part. V, tít. VIII, leyes 26 y 27; Eduardo IBARRA, *La industria del hospedaje en el reinado de los Reyes Católicos*, en *Las Ciencias*, VI, 1941, 981-993; Nicolás PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil* (Madrid, 1930), introducción; SÁNCHEZ-ALBORNOZ y Aurelio VIÑAS, *Lecturas de Historia de España*, 105-108.

Excluimos también de nuestro trabajo los problemas referentes a los orígenes y desenvolvimiento de la *hospitalitas*, institución íntimamente relacionada con la nuestra.

conjunto sobre *Les hôtes et l'hébergement des étrangers au Moyen Age*¹.

La palabra *hoste*—del latín *hospes-hospitis*—adquiere en el Medievo su significado de hospedado y hospedador, aunque se emplea corrientemente en esta última acepción; a veces, su uso en ambos sentidos da origen a frases de tipo cacofónico, como ésta del Fuero de Teruel: *si el huespet en casa de su huespet*². Lo corriente es el empleo de las palabras *oste*, *ostaler*, *ostalera*, *hospite*, *óspede*, etc., siendo más raras las de *alvergador*, *domino domus* y *sennor* o *duenno de la casa*; y para el lugar de residencia y transacción las de *alberch*, *alfondech*, *ostal* u *hostal*, *posada* o simplemente *casa*³.

El mercader forastero que visitaba una población, con propósitos mercantiles, necesitaba una residencia para él, sus acompañantes y sus caballerías, que a la vez le sirviera de almacén para las mercaderías; pero, sobre todo, le era imprescindible una per-

1. Francis GARRISON, *Les hôtes et l'hébergement des étrangers au moyen âge. Quelques solutions de droit comparé*, en "Etudes d'Histoire du Droit Privé offertes à Pierre Petot" (Paris, 1959), ps. 199-222. Su estudio se basa, especialmente, en el examen comparativo del derecho de retracto que el *hoste* tenía sobre las mercancías que vendía el comerciante extranjero.

Agradecemos al Profesor Garrison la gentileza que ha tenido al comunicarnos sus reflexiones sobre esta institución y su interés por el presente trabajo.

2. *El Fuero de Teruel*, edic. Max GOROSCH, § 724. Lo mismo en *Fuero de Zorita*, edic. UREÑA, § 802. "Quod si *hospes* in domo sui *hospitis*" en *Forum Turolii*, public. AZNAR, § 506. He aquí otra cita más afortunada: "que tot *hostaler*... agya enunciar als *hostes* que posarán en lur *alberch* que no porten armes" (doc. de 1394, apud. *Diccionari catalá valenciá balear*, voz *hoste*).

3. Los filólogos han recogido estas voces en sus vocabularios, glosarios y diccionarios. Véanse: MENÉNDEZ PIDAL, *Vocabulario del Poema del Cid*, voces *ospedado* y *posada*.—TILANDER, *Fueros de Aragón*, voz *huéspet*; y Vidal Mayor, voces *posada* y *huéspet*.—GOROSCH, *Fuero de Teruel*, voces *huéspet*, *hostalage* y *sennor*.—GARCÍA DE DIEGO, *Diccionario etimológico*, n. 3296.—ALVAR, *Vocabulario Fueros de Sepúlveda*, voces *ostalage*, *hucspet* y *posadas*.—*Diccionari catalá, valenciá balear*, voces *alberch*, *alfondech*, *hostal* y *hostalatge*.—COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico*, voces *albergue* y *huésped*.—YANGÜAS, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra*, voz *ostalage*.—CEJADOR, *Vocabulario medieval castellano*, voces *huésped*, *hospedado*, *posada*, *ostal* y *ostalaje*.—FERNÁNDEZ LLERA, *Vocabulario del Fuero Juzgo*, voz *posada*.—DU CANGE, *Glossarium* (edic. 1954), voces *reva*, *ostageria*, *hospitium*, *hostalagium*, etc.—MEYER-LÜBKE, REW, ns. 4197-4200. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française*, voces *hostel*, *hostelage*, *hostelain*, *hosteler*, etc.—EGUILAZ, *Glosario de palabras españolas de origen oriental*, voces *alfóndega*, *alfondech* y *alfóndeca*.—*Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae*, voces *alberga*, *arberga*, *arbergere* y *arbergum*.—MARDEN, *Libro de Apolonio*, voces *ospedado* y *posada*.—VIGNAU, *Indice documents Sahagún*, voces *ostalarius* y *ostali*.—RAYNOUARD, *Lexique roman*, voz *alberc*.—ROUDIL, *Fuero de Baeza*, voces *hostalage* y *huésped*.—HOLMER, *Fuero de Estella*, voces *ostalage* y *oste*.

sona indígena, conocedora de las prácticas del mercado, de los presuntos compradores, de las gabelas que tenía que pagar, etc., que a la vez garantizara su persona y respondiera por todos sus actos: éste era el "hoste", huésped o mesonero, cuya misión pasó a ser, a través del tiempo, de un simple albergador a la de mediador imprescindible y obligado en todas las operaciones de compraventa que realizara el mercader hospedado. Como afirma GARRISSON, "l'hospicium était, certains jours, un centre actif d'échanges ou même, toutes proportions gardées un véritable marché"⁴.

Sus obligaciones y derechos estaban en consonancia con esta elevada misión. Buscaba compradores, le ayudaba a vender y a adquirir sus mercaderías⁵; respondía de su custodia y las hacía transportar al domicilio de los interesados⁶; se hacía responsable ante los lezderos y portazgueros del pago de estos impuestos mercantiles y otorgaba, para ello, la "carta de seguridad"⁷; ofrecía su albergue para estas operaciones o asistía personalmente cuando se efectuaban en el mercado o en otras partes⁸; y le pro-

4. GARRISSON, *Les hôtes*, p. 201.

5. *E'l hoste deuli auer botiga... e deuli ajudar a uendre e a comprar ses mercaderies... e tota nau, o leyn, o barca o autre uaixel qui's uena en poder del hoste* ("Reua de Perpiñán de 1284, arts. 164 y 166).—"Mando encara que si el huésped en casa de su huésped compra fiziere de pan, o de vino, o de civera non de ostalage" (*Fuero Teruel*, edic. GOROSCH, § 724; lo mismo en *Fuero Zorita*, edic. UREÑA, § 802; y *Forum Turolii*, edic. AZNAR, § 506).

6. "Mando que el *senyor de la casa* por las cosas perdidas que non le serán comendadas, non respcnda a su huésped por ninguna manera; más por las cosas que a él fueren acomendadas respcnda, assí como es fuero" (*Fuero Teruel*, edic. GOROSCH, § 729; igual en *Carta de población de Albarracín*, edic. RIBA, p. 220-221). "Et el huésped es tenido de las cosas que li son acomendadas en su posada" (*Vidal Mayor*, edic. TILANDER, II, p. 15¹³).—*Los hostes facen portar als hostals dels compradors los cuyrans* (Tarifa de hostalaje de los fueros de Valencia, art. 8 de la edición que figura al final de este artículo).

7. "E'l dit *hostaler*, pus que la roba sia en l'ostal, deune sertifficar los leuders, e deu guardar que la roba no isca del hostel senes saubuda dels leuders, ni amirnar tro aya pagada la leuda; e si o fasía, l'ostaler sería encorregut en la pena que'l senyor rey hi ha pausada" (lezda de Collioure de 1297, art. 129).—"E tot mercader, estant ab son hoste, qui fassa mercat o uenda de sos auers, ans que l'auer sia uengut en l'ostal, son hoste a ganyada [cobrado] la reua, de qualque part hon la roba uenga" ("Reua" de Perpiñán de 1284, art. 165).—"Per ço cor l'oste a a fer la carta de seguretad" ("Reua" de Barcelona de 1271, art. 125).

8. En la zona flamenca, efectuaba las compras en nombre de su cliente, por lo cual se le obligaba a depositar una elevada fianza: véase LAURENT, *La draperie des Pays-Bas*, p. 234. Véase la segunda cita de la nota anterior. Es posible que cuando el hoste no asistiera a las compraventas del mercader, no tuviera participación económica alguna en ellas: así, las ordenanzas de la "reua" de Barcelona de 1271 afirman en varios artículos *que tot auer qui no sie uenut en casa, que no do reua* (art. 124), lo que supone que en algún tiempo se pagó también dicha tarifa por los géneros que se vendían fuera de la hospedería.

porcionaba, además de albergue para él, sus acompañantes y sus caballerías, fuego, luz, salsa y especias para la comida, aunque lógicamente ésta iría incluida muchas veces entre las obligaciones del hoste⁹.

Dadas estas elevadas tareas, eran también importantes sus derechos jurídicos y económicos: participaba en el reparto de lo recaudado por lezdas y portazgos, que en los fueros portugueses y leoneses asciende a la tercera parte¹⁰; se apropia, en algunos casos, de los embalajes con que llegan envueltas las mercaderías a su hospedería, y en otros de la silla o albarda que lleva la cabalgadura vendida¹¹; ejerce directamente la venta o reventa de

9. *E'l hoste deu donar al mercader de qui aurá reua dreta: lit e foc, e lum, e salsa a: I meniar, pebre, gengibre, safrá, ails e cebes, e uinagre* ("Reua" de Perpiñán de 1284, art. 164).—Jaime I concede a Grucio Pérez de Cabezón y a su mujer, un *alfondicum en Biar...* "et teneatis ipsum condirectum et paratum de stabulis, lectis et aliis omnibus necessariis, ut mercatores et alii possint ibi bene hospitari, cum mercibus, bestiis et rebus suis" (4 Septiembre 1257, publ. HUICI, *Colec. diplom. Jaime I*, II, doc. 574, p. 90; compárese con el doc. 788 de la misma colección, de 22 agosto 1258).

10. "Et de toto portatico quod uenerit ad Castellum Menendum, hospes ubi pausauerit accipiat terciam partem et portarius accipiat duas partes" (Fuero de Villa Mendo, 1229, publ. *Portugaliae Monumenta Historica*, I, p. 612). Fórmulas semejantes en los fueros de Salvaterra (1229), Elvas (1229), Crato (1232), Aljustrel (1252) y de varias localidades más, entre ellas los fueros del siglo XII: Evora (1166), San Vicente de Beira (1195), Belmonte (1199) y otros, todos ellos publicados en la citada colección.—"Hos porteros prendan el portadgo, e den el tercio a las posadas de los uizinos" (Fuero de Castelo Rodrigo, siglo XIII, publ. LINDLEY CINTRA, *A linguagem dos foros de Castelo Rodrigo*, Lisboa, 1959, ps. 119¹⁶⁻¹⁷).—"E huésped de Ledesma aya la tercia parte de quanto dier en portalgo cmne de fuera aparte" (Fuero de Ledesma, publ. ONÍS, *Fueros leoneses*, p. 315). También en el *Fuero de Santa Cristina*, de 1212 (publ. MUÑOZ ROMERO, *Colección de fueros municipales*, p. 225) el mercader da *terciam partem* [del portazgo] *hospiti suo*.—Si hombre extraño vende caballo o mula, paga 12 dineros de portazgo, "et si in casa do ospede vender, dé a él otros XII denarios" (Fuero de Bonoburgo de Caldelas, 28 Abril 1228, publ. Julio GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, dcc. 523, p. 626), "Telonearius igitur qui pedaticum acceperit, de unoquoque aureo det domino domus octo denarios" (*Fuero Cuenca*, edic. UREÑA, p. 849). "El portadguero que tomare el portadgo, de cada maravedí dé quatro dineros al ducno de la casa" (*Fueros de Sepúlveda*, edic. SÁEZ, § 223, p. 141).—Más complicado es el reparto de las lezdas de Collioure de 1252 y 1297 (arts. 139 y 129 respectivamente): "de tot axó que'l leuder pren leuda, deu retre lo leuder a aquell qui la dita leuda li pagará I diner del sou; del qual diner haurá I meala lo mercader e altre meala l'oste... Que'ls leuders reten de la leuda de la roba qui ve per terra, qui's descarregua en *hostal*, del sou I diner: del qual diner a l'hostaler la mitat". En 1317 parece que el ostaler ya no cobraba esta mealla de la lezda de Collioure: véase dcc. núm. 56, p. 75, de Pierre VIDAL, *Documents sur la langue catalane de Roussillon*.

11. En el *Fuero de Estella* de 1164, edic. LACARRA, § 24, el "hospiti" se queda con la silla de los asnos, mulos, caballos y rocines vendidos, si su valor es inferior a 5 sueldos, caso contrario puede apropiársela abonando 12 dineros; también son para él las cuerdas y "sarpilleras" con que llegan embaladas

algunos productos¹²; en casos especiales, llega a heredar al mercader hospedado¹³; cobra unos derechos de corretaje, denominados "hostalaje" y "reua", de los que hablaremos después; y en algunas regiones, goza del derecho de retracto sobre los bienes que vendía su mercader, derecho especialmente estudiado por el antecitado trabajo de Garrisson, que en las zonas hispanas sólo vemos documentado en los fueros navarros (Estella, San Sebastián, Navarra), de Cuenca-Teruel y Libro de los Fueros de Castilla, ejerciendo el hoste la facultad de adquirir la mitad de los productos vendidos, siempre que la operación se efectuara en el albergue, siendo incompatible el retracto con la percepción del hostalaje¹⁴.

las telas, aunque en algún caso sólo cuando son de lino. Igual en el *Fuero General de Navarra*, edic. ILARREGUI, p. 63. En el *Fuero de San Sebastián*, publ. MARICHALAR y MANRIQUE, *Historia de la legislación*, VIII, ps. 212-213, ocurre igual, añadiéndose el basto o *bast* a la silla. En la "reua" de Perpiñán de 1284 (art. 164) se especifica ampliamente este derecho; son para el hoste "totes serpeleres grosses e cordes grosses... de spart, e de palma e de datilers... e caxes... e botes... e cofins de uergues", exceptuándose sólo las "sarpilleras" y sacos de lino, cáñamo y lana, además del "cabás doble de Terragona" (prueba de que los otros capazos eran también para el hostalero).

12. "Concedimus autem vobis et vestris quod possitis vendere vinum in predicto *alfundico* et tenere tabernam" (doc. de 1257, citado en la nota 9).— "Que tot revenedor o revenedriu, *hostaler o hostalera*, sia tengut... portar a casa del dit mustaçaff barcelles, almuts, mig almuts..." (Ordenanza valenciana de 1338, publ. SEVILLANO COLOM, *Valencia urbana medieval a través del oficio de mustaçaf*, Valencia, 1957, p. 294). En ciertos casos estos productos vendidos procederían del derecho de retracto, de que hablaremos después.

13. "Aquel que parientes non aurá... a la collación de su *huéspet* el quinto de su ganado mueble sea dado" (*Fuero Teruel*, edic. GOROSCH, § 419). "El *romero* que muere en casa del *aluergador*... et si conpanneros no ouyere el *romero* e non manda nada, *alo de auer todo el aluergador*" (*Libro de los Fueros de Castiella*, edic. Galo SÁNCHEZ, § 58).—En una compilación privada de los fueros aragoneses, del siglo XII (public. RAMOS LOSCERTALES, *Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media. Recopilación de los fueros de Aragón*, en AHDE, II, 1925, p. 496), el *hospitijs* puede apropiarse de una bestia, o la cabalgadura o de todos los vestidos del mercader extraño que muera en su posada. Véanse, sobre este punto: LÓPEZ FERREIRO, *Historia Iglesia Santiago*, V, doc. XIV, p. 45; y LACARRA, *Peregrinaciones a Santiago*, I, 273-276.

14. En el *Fuero de Estella* de 1164, edic. LACARRA, § 24, en los fustanes y piezas de lana *hospes retineat illam medietatem si uolerit*, o bien cobra 5 sueldos de hostalaje por cada troxel. Lo mismo en *Fuero General de Navarra*, edic. ILARREGUI, p. 63: "et rendrá la meatat si's quisiere". El *Fuero de San Sebastián* (edic. cit., p. 213) extiende el derecho de retracto a todos los productos. El *Fuero de Estella* del siglo XIII (edic. LACARRA, § 26) extiende el retracto no sólo a los fustanes y tejidos de lana —como en la versión de 1164—, sino también a las telas de lino y de Parthenay, y en todos los casos expresa ya claramente su incompatibilidad con el hostalaje. El *Libro de los Fueros de Castiella*, del siglo XIII, edic. Galo SÁNCHEZ, § 59, asimila al peregrino que vende mercancías con el mercader extranjero: "sy *romero* uendiere bestia o ropa en casa del *aluergador*... et el alvergador

Hagamos observar que en las zonas de un importante tráfico comercial—puertos cantábricos y portugueses, Sevilla, Valencia, Cataluña, Collioure o Perpiñán—no nos consta se practicara el derecho de retracto, al parecer más propio “de localidades o regiones que han vivido al margen de las principales corrientes comerciales del Medievo”, como ha indicado el autor antes citado¹⁵.

La mediación comercial y el patrocinio sobre el mercader extraño, ejercidas por el hoste, probablemente desde comienzos de la revolución comercial, fue poco a poco perdiéndose en favor del corredor, quedando aquél en su mera función de hospedero: el siglo XIV parece haber sido el período de delimitación de las funciones de ambos oficios, como lo revela la prohibición de Pedro IV de que los hosteleros de Valencia usaran del oficio de corredores¹⁶. Creemos, sin embargo, que los corredores son hijos de los hostes: tal vez fueran en un principio sus empleados y servidores subalternos, encargados de efectuar las compras y ventas a nombre del mercader y por encargo del hostelero; aun en el período en que coexisten las dos instituciones, las tasas de hostalaje son, por lo general, más elevadas que las de corretaje.

LAS TARIFAS DE HOSTALAJE Y “REUA”

La remuneración primordial del posadero consistía en una tasa percibida, bien como un corretaje fijo, bien como una comisión sobre cada operación comercial cerrada por el mercader hospedado. Por lo general, eran incompatibles los derechos de retracto y hostalaje, pero en la zona navarra se deja al hoste la posibilidad de elegir entre ambas soluciones la que más le convenga¹⁷. Existe también en algunas zonas una tarifa fija por el simple alojamiento

deue auer de la compra la mecatad”. Los fueros del grupo Cuenca-Teruel dan mucha importancia a la presencia personal del hostelero en el momento de cerrarse la operación: “si mercator aliquid uendere uoluerit, de quo dominus aliquid emere uoluerit, si dominus domus presens non fuerit, habeat medietatem mercature; si uicino uendita fuerit, nichil habeat inde si presens non fuerit; si presens fuerit, habeat medietatem mercature peccuniam soluendo” (*Fuero de Cuenca*, edic. UREÑA, p. 782). Igual en *Fuero Teruel*, edic. GOROSCH, § 726; *Forum Turolii*, edic. AZNAR, § 506; y *Fuero de Zorita*, edic. UREÑA, § 802).

15. GARRISSON, *Les hôtes*, p. 211.

16. Doc. 115 de Pedro II de Valencia, del 9 mayo 1364, publ. *Aureum opus regalium priuilegiorum Valentie* (Valencia, 1515): “quod aliquis hostalerius non audeat seu presumat vti officio curritoris”. Esta prohibición se repite en Barcelona ocho años más tarde: “que algún no puixe usar de corredoria qui tenga hostel” (Ordenanzas de los corredores de Barcelona, de 1372. Arch. Hist. Colegio Agentes Cambio y Bolsa. Lib. 1.º, fol. 18 v.).

17. Véanse textos en la nota 14.

de los mercaderes con sus caballerías, al parecer independiente de la cobrada por las operaciones comerciales¹⁸.

El hospedaje como una cantidad fija —*ad valorem*— sobre el monto global de la operación comercial, no parece haberse practicado mucho en la España medieval¹⁹, siendo más propio de las ciudades de la Europa septentrional (por ejemplo, dos dineros por libra en Flandes). En nuestra patria se presenta como una cantidad variable según la naturaleza de los productos que se venden y que indudablemente no abarca a todos ellos.

Garrisson dedica unas líneas a esbozar este derecho en el ámbito europeo, aunque su caracteriología no siempre sea aplicable a la Península Ibérica: “le droit d’hôtellerie —afirma— frappait généralement tous les contrats passés par l’étranger, qu’ils fussent conclus à l’intérieur de l’auberge ou dans la ville; et si l’hôte avait été absent, le marchand restait tenu de l’avertir pour que le bénéfice de la taxe ne pût lui échapper”²⁰.

Las tarifas de hospedaje hispano-medievales de que tenemos noticia, abarcan de la segunda mitad del siglo XII a la del XIII. Siguiendo un orden cronológico aproximado, son las siguientes:

Hostalaje del Fuero de Estella (abril 1164)²¹.

Hostalaje del Fuero de San Sebastián (fines siglo XII)²².

18. “Que qualquiere noch por cada una bestia pague I dinero” (*Fuero de Teruel*, edic. GOROSCH, § 724; igual en *Fuero de Cuenca* y *Fuero de Zorita*, edic. UREÑA, p. 780-782 y § 802, respectivamente).—“Et a los mesoneros denles por ostalagie del ome, dia et noche, vn dinero; et por ostalagie de la bestia con el ome, por dia et noche dos dineros” (Cortes de Valladolid de 1351, cap. 18, publ. *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, II, p. 95). “E sia legut als hostalers o hostaleres, per dret de botigatge, pendre salari o loguer de lurs hostes o altres qui tenen mercaderies o altres coses en lurs botigues” (Ordenanzas de los corredores de Barcelona, de 1374, citadas en lo nota 16, fol. 19).

19. Sólo en el hospedaje del Fuero de Beja, del siglo XIII, se tasan varios productos (hierro labrado, sal de compas, greda, etc.) “ad valorem” de 4 dineros por maravedí, pero el grueso de las mercaderías se tasa por cantidad fija (publ. *Port Mon. Hist.*, II, p. 57 y ss.). Nos queda la duda de si todos los productos que figuran bajo la rúbrica *Das ostalageens* de dicho fuero se refieren a la tarifa de hospedaje, o más bien ésta se mezcla con el portazgo y el diezmo.

20. GARRISSON, *Les hôtes*, p. 210. Además, se paga el hospedaje aunque las ventas se efectúen en el camino de la ciudad, en el navío que las transporta o en un almacén distinto del albergue.

21. Contiene 24 artículos y parece haber sido el modelo de las tarifas de hospedaje de los fueros de San Sebastián, Estella (siglo XIII) y Navarra. Public. José M.^a LACARRA, *Fuero de Estella*, en *AHDE*, IV, 1927, 414-415, § 24.

22. Contiene 28 artículos. Respecto a su fecha, véanse: José M.^a LACARRA, *Notas para la formación de las familias de los fueros navarros*, en *AHDE*, X, 1933, 222 y ss. (opina es posterior al fuero de Estella de 1164, del que depende), y ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, en *AHDE*, XXVI, 1956, 428 (“se supone como probable que fuese dado

Hostalaje del Fuero de Estella (1266-69) ²³.

Hostalaje del Fuero General de Navarra (siglo XIII) ²⁴.

Hostalaje del Fuero de Cuenca (fines siglo XII-XIII) ²⁵.

Hostalaje del Fuero romanceado de Sepúlveda (siglo XIII) ²⁶.

Hostalaje del Fuero de Beja (siglo XIII?) ²⁷.

Hostalaje del Fuero de Alcázar-Alarcón (siglo XIII) ²⁸.

Hostalaje del Fuero de Valencia (siglo XIII) ²⁹.

En la segunda mitad del Doscientos y exclusivamente por las zonas de habla catalana, aparecen las *tarifas de "reua"*, de las que se han conservado dos textos completos: las de Barcelona y Perpiñán, de 1271 y 1284, respectivamente ³⁰. No cabe duda que los derechos que establecen sobre la compraventa de mercaderías, se percibían por el hoste debido a su mediación en las operaciones comerciales, por lo que se pueden asimilar a las tarifas de hostalaje ³¹. Pero el hecho de que en ambas no figure esta última pala-

en 1180 por Sancho el Sabio de Navarra"). Public. MARICHALAR y MARIQUE, *Historia de la legislación*, VIII, 212-213 (edición deficiente), además de LLORENTE, YANUAS y ANABITARTE. (Cfr. para estas últimas el citado artículo de GARCÍA-GALLO.)

23. Contiene 31 artículos. Otorgado por Teobaldo II de Navarra. Publicado LACARRA, op. cit. en nota 21, p. 439, § 26. Hay edic. reciente de HELMER, Karlshamn, 1963.

24. Contiene 20 artículos. Publicado *Fuero General de Navarra*, por Pablo ILARREGUI y Segundo LAPUERTA, lib. III, tit. XIV, cap. I, p. 63.

25. Contiene 126 artículos. Es el probable prototipo de la tarifa de hostalaje del fuero de Sepúlveda (simple traducción o adaptación castellana del texto latino de Cuenca), lo que no presupone la de todo el fuero. Public. UREÑA, *Fuero de Cuenca*, ps. 849-854, a partir del epígrafe *De foro hostalagiorum*.

26. Contiene 125 artículos, de gran interés lexicográfico, por traducir los complicados nombres latinos del fuero de Cuenca (se olvida del "preset"). Public. Emilio SÁEZ, *Los Fueros de Sepúlveda*, § 223, ps. 141-144. Algo semejante ocurre con la tarifa de hostalaje del *Fuero de Baeza* (fines siglo XIII), edic. ROUDIL, ps. 244-247.

27. Public. *Port. Mon. Hist.*, II, ps. 57-59. (Véase lo que decimos en la nota 19.)

28. Public. UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes*, ps. 408-411, nota 1. Los 13 artículos son del fuero de Alcázar y el resto del de Alarcón. Creemos no tiene valor la reconstrucción de la tarifa de hostalaje del fuero de Zorita que hace Ureña, que no figura en el Ms. que utilizó para su edición.

29. Contiene 107 productos y se publica como apéndice del presente trabajo.

30. Véanse las ediciones en la nota (*), hechas, respectivamente, por COROMINAS y ALART. Cabría añadir la tarifa de "reua" de las *Costumbres de Tortosa*, edic. Bienvenido OLIVER, *Historia del derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, tomo IV, 389-393, que aunque expresa en el título es de corretaje, se afirma al final que se pagará "aytant de reua com de corredura, segons la forma sobredita" (p. 393).

31. Así parece hacerlo GARRISSON, *Les hôtes*, nota 10, que cita la tarifa *De reua hosteriorum* de los estatutos de la ciudad italiana de Piacenza del siglo XIII. En carta particular, el profesor Garrisson me amplía el significado del término *reua*, que parece "equivaler a la expresión más habitual de *hosta-*

bra, mientras en las tarifas de hospedaje tampoco figura para nada la palabra "reua", nos inclina a establecer su diferenciación desde otros puntos de vista. La tarifa barcelonesa de 1271 es, fundamentalmente, una ordenanza del oficio de corredores, en la que se fijan con detalle lo mismo los derechos de corretaje a cobrar por esos últimos, como los de "reua" a percibir por los "ostalers". La tarifa perpiñanesa de 1284 no alude a los corredores, pero es cierto que once años más tarde (1295) se dictan las extensas ordenanzas de éstos³², lo que revela el auge que en ambos centros comerciales iban adquiriendo estos segundos intermediarios mercantiles, con los que indudablemente está relacionada la "reua". ¿No sería ésta la tarifa a percibir por el hoste cuando en la misma operación comercial se cobraba a la vez la tasa de corretaje?³³ ¿No sería ello exclusivo de los grandes focos económicos, donde la cantidad y complejidad de las operaciones comerciales hacía necesaria la doble intervención de hosteleros y corredores? Dejemos apuntados estos interrogantes, como hipótesis de trabajo, que posteriores investigaciones podrán corroborar, negar o matizar.

Por otro lado, las menciones referentes a *reua* en la Península Ibérica van del siglo XII al XIV. Un interesante texto del *Liber Sancti Jacobi*, del siglo XII, revela el cobro de la *reua* por los posaderos de Santiago de Compostela, en las compraventas de sus huéspedes peregrinos. Y un documento barcelonés, inédito, de 1372, prohíbe la percepción de cualquier tipo de *reua* en las operaciones comerciales de los corredores^{33 bis}.

Examinando las tarifas de "reua" y hospedaje, podemos señalar algunas características de esta institución: comparando sus productos con los que figuran en los aranceles de portazgo, lezda y peaje, en seguida nos damos cuenta de que su número es más

llagium", pero expresa sus dudas, dado el campo virgen que queda aún por espigar.

32. Fechadas en 1295, public. ALART, *Documents sur la langue catalane des anciens comtés de Roussillon et de Cerdagne*, ps. 107-114. (Con muchas lagunas y erratas.)

33. La tarifa barcelonesa de 1271 incluye en sus 126 artículos las tasas de corretaje y "reua". He aquí uno de sus muchos ejemplos: "dotzena de multunines: I diner de *corredures* del comprador e altre diner del uenedor, e I diner de *reua*". (*Arch.º Mun. Barc.*, Libro Verde, tomo 1.º, fol. 234 v-a). Las *Costumbres de Tortosa* diferencian también la *reua* de la *corredura*. (Véase nota 30.)

33 bis. El primer texto puede verse en el *Liber Sancti Jacobi. Codex Calixtinus*, edic. Walter M. WHITEHILL (Santiago de Compostela, 1944), lib. I, cap. XVII, p. 163. Obsérvese que la primera mención de *reua* en España se produce en una zona íntimamente relacionada con la Europa transpirenaica. El segundo texto dice así: "que *neguna reua* de qualseuol mercadería ne a qualseuol persona, d'aquí auant *no sia pagada* ne'n puixe esser res demanat" (*Ordenanzas de los corredores de Barcelona*, de 1372, citadas en la nota 16, fol. 6 v.).

reducido, abarcando por lo general la peletería, especias, materias primas textiles y colorantes, algunas telas, bestias de carga, metales y varios productos alimenticios; a veces figuran algunos géneros con la indicación expresa de estar exentos de pago³⁴. La práctica debió alcanzar a los productos vendidos por el mercader, aunque no estuvieran depositados en el albergue, lo que se consideró abusivo por el legislador, estableciendo en algunas tarifas el principio de *que tot auer qui no sie uenut en casa, que no dó reua*³⁵. La venta de la mercadería no era el solo acto que determinaba el pago de esta tasa, que en algunos casos vemos se abona antes de efectuarse³⁶, o por el solo hecho de deshacer los bultos³⁷, aunque al mercader no le conviniera luego cerrar la operación comercial³⁸, o simplemente por dormir una noche en el albergue³⁹.

Hostalaje y "reua" se abonan normalmente por el comprador en favor del hoste, expresándose en algún caso la prohibición de hacerlo al corredor, indicio de que éste iba mermando poco a poco el terreno jurisdiccional de aquél⁴⁰; gravan los productos vendidos.

34. La carne en los fueros navarros, así como el pescado (con la excepción en este caso del fuero de San Sebastián, que abona dos dineros la carga si viene por mar); el hierro, en el fuero de Estella de 1164; y las pieles de nutria, armiño y foca, y las copas de plata, en la "reua" de Barcelona de 1271.

35. Tarifa de "reua" de Barcelona de 1271, art. 124. En otros casos se asegura que se abona esta tasa sólo *si's uen en alberch...; e si's uen en casa IIII diners de reua, e si's uen fora casa no res de reua...; e neguna bestia no dó reua si no era en hostalería* (arts. 44, 74, 75 y 123). Ello nos revela, indirectamente, que antes de 1271 los hosteleros cobraban "reua" de los productos que el mercader hospedado vendía fuera de su residencia. Sin embargo, las *Consuetudines Illerdenses* (siglo XIII) fijan taxativamente: "*hostalarius non recipiat hostalagium de re sua quam vendit in domo sua*" (public. VILLANUEVA, *Viage literario*, XVI, p. 178).

36. "E tot mercader estant ab son hoste, qui fassa mercat o uenda de sos avers, ans que l'auer sia uengut en l'ostal, son hoste a gasanyada [cobrado] la reua, de qualque part hon la roba uenga" (Reua de Perpiñán de 1284, artículo 165).

37. "Item tota carga de mercería e d'autres menuderies, qui's desfassa en hostel, XII diners" ("Reua" de Perpiñán de 1284, art. 142).

38. "Item tota rauba qui's tenga uenal en hostel, e'l mercader de qui es la se'n uol portar senes uenda, so es que no la unyla uendre aquí: deu pagar miga reua" ("Reua" de Perpiñán de 1284, art. 140).

39. "Omnis troselus qui veniet ultra portus ad Sanctum Sebastianum, postquam amplius unius noctis jacuerit, det sex denarios hospiti suo de hostalagi...; et tota carga de peis que veniat per mare, de una nocte amplius, det suo hospiti duos denarios" (Hostalaje del Fuero de San Sebastián, artículos 1 y 5).

40. "Item ordonaren per tots temps, que totes les reucs sien pagades per lo comprador, exceptats sarrayns e besties que hom estrayn uena, lo qual pach la reua al hostaler e donla hom estrany a son hoste...; que'l comprador don la reua al senyor o a la dona del alberch, e que'l corredor no la gos pendre" ("Reua" de Barcelona de 1271, art. 125).—*L'estrany qui compra dó hostalatge e no aquell qui uen* (Hostalaje de los Fueros de Valencia, al final de

aunque en menor número también los adquiridos por el mercader forastero⁴¹. Ya hemos hecho referencia a la incompatibilidad en la percepción del hospedaje y el uso del retracto, en las zonas hispanas donde éste se practicaba, que se extiende también cuando el hospedado adquiere los productos alimenticios que necesita en el mismo albergue o simplemente hace allí sus comidas⁴².

LA TARIFA DE HOSPEDAJE DE LOS FUEROS DE VALENCIA

A pesar del medio siglo de vida transcurrido, el mejor estudio de conjunto sobre los Fueros de Valencia continúa siendo el apretado resumen que con el título de *Génesis del derecho foral de Valencia*, publicó en 1902 el gran historiador valenciano Roque Chabás⁴³, basado en sus conclusiones de un desconocido código primitivo promulgado por Jaime I en 1240 como *Costum* municipal de la ciudad de Valencia, que en 1251 se transformaría en Fuero y en 1261 en ley paccionada (tal vez en Cortes); en 1271 el mismo monarca revisa los Fueros, añadiendo y enmendando lo que la experiencia hacía aconsejable (tal vez se refieran a esta codificación los fueros que contienen las frases "fem fur nou", "facimus forum novum", "smená", "emendavit"). El mismo autor dió noticia de los dos manuscritos más antiguos que conservan el texto foral: el código latino de la catedral valenciana (copiado entre 1301 y 1341) y el código lemosín del Archivo Municipal de la misma ciudad (redactado en 1330 por el notario real Bonanato de Piedra, por mandato de las Cortes de Valencia de dicho año)⁴⁴.

este trabajo). En esta tarifa los vecinos están exentos del pago de la mitad de dicha tasa: "si lo uehí comprará del estrany, dó la meytat del hostalatge".

41. "E que cascún mercader e autre hom, de tot so que comprará ni uendrá, que pac la dita reua a son hoste" ("Reua" de Perpiñán de 1284). En la tarifa de hospedaje del fuero de Cuenca se tasan sólo dos compras del mercader—oro y pieles de conejos—, que en la adaptación castellana del fuero de Sepúlveda queda reducido sólo al primer artículo: "mercador qui comprare oro, del marco del oro dé cchava de mencial a su huéspet" (edición SÁEZ, p. 144⁵⁻⁶).

42. "Mando encara que si el huéspet en casa de su huéspet compra fiziere de pan, o de vino, o de civera, no de ostalage" (*Fuero de Teruel*, edic. GOROSCH, § 724. Fórmulas semejantes en *Fuero de Zorita* y *Fuero de Cuenca*, edics. UREÑA, § 802 y ps. 780-782, respectivamente). No vemos practicarse estos usos en las zonas de habla catalana.

43. Roque CHABÁS, *Génesis del derecho foral de Valencia*—Valencia, 1902—, 68 + 66* págs. No le supera el resumen de Manuel MARQUÉS SERRA, titulado *Introducción al derecho foral valenciano* (Valencia, 1963).

44. La Escuela de Estudios Medievales de Valencia tiene en prensa, hace ya varios años, la edición del código latino de la Catedral, en cuya transcripción tuvimos el honor de colaborar. Aunque la edición príncipe de los *Furs* (Valencia, 1482) responde, en términos generales, al código del Archivo Municipal, la rareza de sus ejemplares hace necesaria una edición moderna de este

El carácter municipal del código primitivo fué aceptado por todos, tras el estudio de Chabás; el profesor Galo Sánchez ha apuntado, como hipótesis de trabajo, la posibilidad de que desde un principio tuviera carácter territorial⁴⁵. Está ya fuera de duda la prioridad del código valenciano sobre el de Tortosa, así como la gran influencia en ambos del derecho justinianeo —no a través de “Lo Codi”, como apuntaron en principio Hinojosa y Galo Sánchez—, sino directamente de los propios códigos de Justiniano, reproducidos a veces literalmente, como ha puesto de relieve el profesor García-Gallo⁴⁶. Recientemente el profesor Font Rius ha expresado la posibilidad de una versión mediterránea del *ius commune*, semejante a la de las Partidas para la España occidental, donde bebieran los redactores de ambos códigos⁴⁷.

Damos a continuación la edición del texto, inédito, de la tarifa de hospedaje u ostalaje de los Fueros de Valencia, según el código latino de la catedral levantina, indicando en nota las variantes del código catalán del Archivo Municipal. Obsérvese que, fundamentalmente, dan igual versión, con la particularidad de que el texto latino abandona aquí el latín para adoptar el catalán (ocurre esto en toda la rúbrica “De leuda”), lo que es posible se deba a que los redactores del primitivo código latino creyeran más útil emplear el catalán en los nombres de unos productos manejados diariamente por comerciantes, hosteleros, corredores y otras personas no versadas en el latín; también cabe suponer que toda la rúbrica “De leuda” se redactara en fecha posterior a 1240, en que supone Chabás codificada la primera “Costum”⁴⁸.

MIGUEL GUAL CAMARENA

magnífico texto oficial. El ideal hubiera sido una edición a dos columnas de los dos códigos, el latino y el romance.

45. Galo SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*. Madrid, 1952, 8.ª edic., p. 124. Véase a este respecto Miguel GUAL CAMARENA, *Contribución al estudio de la territorialidad de los Fueros de Valencia*, en “Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón”, III, 1948, 262-289.

46. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959, I, § 806 y ss., ps. 405-410.

47. José M.ª FONT RIUS, *El desarrollo general del derecho en los territorios de la Corona de Aragón (siglos XII-XIV)*. Ponencia del VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón. Barcelona, 1962, p. 297.

48. En todo caso, sería posterior a la lezda de Valencia dictada por Jaime I en 24 de septiembre de 1243 (public. HUICI, *Colec. diplom. Jaime I*, I, doc. 262); pero la lezda de los fueros difiere de la de 1243 en dos partes fundamentales: incluye la larga lista de los productos exentos de abonar dicho impuesto e incluye también la tarifa de hostalaje, además de estar escrita en catalán, mientras la de 1243 lo está en latín. Por ello creemos que se redactaría, traduciría o adaptaría en la profunda reforma que Jaime I hizo de los fueros en 1271, que es la única codificación plenamente documentada (véase el doc. 971 de la citada *Colec.*, tomo II, p. 343, fechado en 21 marzo 1271).

DOCUMENTO *

[1271?]

ARANCEL DE LAS CANTIDADES QUE TIENEN QUE ABONAR LOS COMPRADORES DE LOS PRODUCTOS QUE SE INDICAN, POR RAZÓN DE "HOSTALAJE" EN LA CIUDAD Y TÉRMINO DE VALENCIA.

A) Archivo Catedral Valencia. Códice núm. 55 (*Fori Regni Valentiae*), fols. 93 v-a = 93 v-b (Redactado entre 1301 y 1341).

B) Archivo Municipal Valencia. Códice *Furs del Regne de Valencia*, fols. 55 v-a = 56 r-a (Redactado en 1330).

92 r-b. *De leuda, d'ostalatge e de corredors.*

[1] 93 v-a. Algun hom no sie destret que oltra sa uolentat reebe hostes, ni'ls alberch. Uehi no reebe hostage de uehi. Si lo uehi comprara del estrany, do la meytat del hostalatge. L'estrany qui compra, do hostatlatge e no aquell qui uen, donchs lo comprador do hostalatge:

[2] De carrega de pebre, de gíngebre, d'ensens, de canyella, de indi, de brasil, d'argent uiu, de uermello, de grana, de cadarç: II solidos.

[3] Carrega de coto, de gala, de roia, d'orpiment e de cera: X diners.

[4] Carrega de laca, d'alum de sucre, d'Alap, de Castella e de sucre: VIII diners.

[5] Carrega de regalicia, de fust[et], d'orxica, d'arroç, de comi, de batafalua et de amelles: VI diners.

[6] Caxa de paper, XII diners.

[7] Liura de seda prima e de Jaen, tres mealles: e de tota altra seda, I diners.

* Para la fecha véase lo que decimos en la nota 48. Seguimos el texto A) y damos en nota las principales discrepancias del texto B), junto con la traducción castellana de los productos. Agradecemos al Rvdo. P. D. Vicente Castell Maiques el haber cotejado nuestro texto A) con el original existente en el Archivo de la Catedral de Valencia, que nosotros habíamos transcrito sobre microfilms y fotocopias.

1. hostage] texto B) *ostalatge*.

2. "Pimienta, jengibre, incienso, canela, indigo, brasil, azogue o mercurio, bermeillon, grana y cadarzo".

3. "Algodón, gualda, rubia, oropimente y cera".

4. Es más lógica la versión del texto B) *Carga de la lacha, d'alum de sucre, d'Alap e de Castella: VIII diners*, que traducimos así: "carga de laca y de alumbre: sacarino, de Alepo y de Castilla".

5. Corregimos *fust[et]* según texto B), que además trae *amenlons* en vez de *amelles*. "Regaliz u orozuz, fustete, orchilla, arroz, comino, matalahuga o anís y almendras".

6. "Papel".

7. Texto B) *seda prima de Jaen*, omitiendo la *e* copulativa. "Seda fina de Jaén y todo otro tipo de seda".

[8] Los hostes façen portar als hostals dels compradors los cuyrans e prenguen de dotzena d'anyines e de tot altre cuyram saluatge, e de scodat e d'aluda: mealla.

[9] Dotzena d'auortons, e de cabrits e de squirols: I diner.

[10] Centenar de conills, I diner.

[11] Centenar de boquines, VIII diners.

[12] Cuyres de bous, la traça [IIII diners].

[13] Cordaua uermell e blanch, la dotzena II diners.

[14] Moltonines, la dotzena me(a)lla.

[15] Li, canem, oli coure, estany, acer, formatges, mantega, lana lauada, anyins, sabo, sal de compas, sagi, alquena: lo quintar II diners.

[16] Quintar de plom, mealla.

[17] Lana sutzea e [filada], lo quintar mealla.

[18] 93 v-b. Dotze alnes de estamenya e encara si mes seran, I diner.

[19] Quintar de cleda, de figues e de panses: I diner.

[20] Quintar de datils, I diner mealla.

[21] Kafiç de blat e de legum, mealla.

[22] Liura de diners (*sic*), e de safra e d'altres especies que aci no son escrites, e de canons d'or e de seda: I diner.

8. Texto B) *cuyrams* en vez de *cuyrans*. "Cueros corrientes, añinos y cuero salvaje y adobado, baldés".

9. *squirols*] original *sççquirols*: los puntos bajo una letra suelen indicar error del escribano, corregido por él mismo. "Pielés de abortones, de cabritos y de ardillas".

10. "Pielés de conejo".

11. "Pielés de cabra o macho cabrío", tal vez el castellano "cabruna".

12. IIII diners] blanco en el texto A), que suplimos con texto B). "Cueros de toro".

13. "Cordobán bermejo y blanco".

14. "Piel o cuero de carnero", tal vez el castellano antiguo "carneruna".

15. Variantes del texto B) *lli*, *estayn* y *formatge*. "Lino, cáñamo, aceite, cobre, estaño, acero, queso, manteca, lana lavada, añinos, jabón, sal gema (?), manteca de cerdo y alheña". Los añinos deben ser aquí adobados, ya que en el art. 8 han salido los "salvajes". Sobre la "sal de compas" véase Américo CASTRO, *Unos aranceles de aduanas del siglo XIII*, voz citada.

16. "Plomo".

17. *filada*] texto A) *flaçada* evidente errata que corregimos con texto B). "Lana sucia e hilada".

18. "Estameña" (tejido de lana corriente y de estambre).

19. I diner] texto B) *mcala*. "Creta o greda, higos y pasas".

20. mealla] texto B) omite "Dátiles".

21. "Trigo y legumbre". La voz *blat* tiene frecuentemente el sentido de "grano": en un documento de Jaime I, del 2 mayo 1260, se dice que los pobladores de Almacelles tenían que entregar anualmente "centum kaficia *bladi*... scilicet terciam partem frumenti, et terciam partem ordeï et terciam partem de avena" (publ. HUICI, *Collec. diplom. Jaime I*, II, doc. 886).

22. Extraña la voz *diners* entre las especies, que figura en ambos textos. En el Archivo del Reino de Valencia, Sección del Real, núm. 644, fols. 1 v. 3 v. figura el mismo arancel de hospedaje y pone *pebre* en vez de *diners*, lo que es más acertado. "Azafrán y otras especies; carretes de hilos de oro y seda".

- [23] Cauall, VI diners.
- [24] Mulls, rocins: IIII diners.
- [25] Bous e asens, II diners.
- [26] Tot drap de grana, VIII diners.
- [27] Tota peça de drap [de] Gant, d'Ipre, de Duaix e de color, que no sie uetat: VI diners.
- [28] Peça de drap d'Ipre listat, biffa, estamfort d'Arraç, de Sent Homer, de Xalo, de Bruges, de Sent Quinti, pelos blanch d'Ipre, [de] Licamosa e de la Ylla: IIII diners.
- [29] Barragans e draps de Narbona, blanchs: IIII diners. Barragans de Spanya, I diner.
- [30] Draps de Leyda, II diners.
- [31] Balla de fustanis de Mila, III solidos.
- [32] Cap de fustani blanch de Narbona, I diner.
- [33] Porpra ab aur, XII diners: e sens aur, IIII diners.
- [34] Post de cendat de Montpellier e de Lucha, VIII diners.
- [35] Peça de tella de Rems, II diners.
- [36] (T)ella de Spanya e de drap de li, per XII alnes mealla; e si mes sera la peça, atretant.
- [37] (P)eça de pigot de Castella, I diner.
- [38] Drap de Sent Daniel, V diners.
- [39] Estamenya de Banyolles e de Ripoll, I diner.
- [40] Dotzena de coltells, mealla.
- [41] Sarrahi, IIII diners.

-
23. "Caballo".
24. "Mulos y rocines".
25. "Toros y asnos".
26. "Tela de grana".
27. "Pieza de tela, simple y no listada, de Gante, de Iprés, de Douai y de color".
28. listat] texto B) *que sia uetat*. — de Bruges, de Sent Quinti] texto B) *bruydes de Sent Quinti*. "Pieza de tela listada de Iprés, "bifas" y "estamforts" de Arrás, de Saint-Omer, de Chalons, de Brujas, de San Quintín en pelo, tela blanca de Iprés, de "Licamosa" y de la "Isla". Sobre la importación de estos y otros tejidos, véase nuestro trabajo *El comercio de telas en el siglo XIII hispano*, en "Anuario de Historia Social y Económica de España", I, 1964 (en plan de publicación por el Instituto Balmes de Sociología).
29. "Barraganes y tela blanca de Narbona y barraganes de Andalucía".
30. "Tela de Lérida".
31. "Fustán de Milán".
32. de Narbona] texto B) *de Barchinona*. "Fustán blanco de Narbona".
33. Texto B) 4 y 2 dineros, respectivamente. "Púrpura dorada y sin dorar".
34. Texto B) 12 y 8 dineros, respectivamente. "Cendal de Montpellier y de Lucca".
35. "Tela de Reims".
36. "Tela de Andalucía y de lino".
37. "Picote —tela— de Castilla".
38. "Tela de San Daniel" (monasterio cercano a Gerona).
39. "Estameña de Bañolas y de Ripoll".
40. "Cuchillos".
41. "Sarraceno".

II

EL DEPOSITO EN LAS PARTIDAS *

La regulación del contrato de depósito en las Partidas (Partida V, título III) podría ser considerada como obra de cierta originalidad si se parte de la idea de que la única fuente de inspiración directa de los legisladores castellanos de la Quinta Partida está constituida por la *Summa Codicis*, de AzÓN, la obra más divulgada de este glosador, y que, desde luego, tantas concomitancias guarda con el Código alfonsino. En efecto, no sólo el sistema de exposición de la materia en la obra de AzÓN es diverso en líneas generales al observado en este título III, sino que también llegan a encontrarse diferencias sustanciales tanto en orden a la selección de los temas como a las opiniones sustentadas respecto a un mismo punto. ¿Independencia de criterio de los legisladores castellanos que les lleva a aportar rasgos innovadores? Un examen más amplio de las fuentes que puedan haber influido en las Partidas nos lleva a desechar esta suposición, al comprobar la confluencia de elementos diversos, pero en los que campea la nota común de su procedencia boloñesa. Es decir, que junto a AzÓN han de situarse otras fuentes coetáneas y coterráneas que por uno u otro camino llegaron a conocimiento de los legisladores de las Partidas.

Un hecho de esta naturaleza hace pensar en una labor de selección y acoplamiento de materiales, desde luego no siempre sencilla aunque aquéllos tengan una cierta homogeneidad. Se plantea entonces la cuestión de quiénes sean los autores de tal tarea: si los propios legisladores castellanos, o alguien que con anterioridad hubiera facilitado el camino. El problema recuerda el planteado por la confección del Digesto justiniano. ¿Se acomete directamente la selección y acomodación del material, o se aprovechan resúmenes o antologías anteriores?

* El presente escrito constituye un aspecto de trabajos más amplios en relación con la Quinta Partida, los cuales se benefician de la ayuda concedida con cargo al crédito destinado al fomento de la investigación en la Universidad.

También he de señalar la colaboración que en la redacción de este trabajo me han prestado con sus sugerencias y en el cotejo de los manuscritos los profesores don Alfonso Guilarte y don Pablo Pinedo, a los cuales quiero mostrar aquí mi reconocimiento.

El presente escrito no pretende resolver esta cuestión, pues sería aventurado dar una respuesta sin base suficiente, pero si llevar alguna luz al tema aún hoy tan enigmático de la confección de las Partidas, y, en todo caso, señalar las zonas de coincidencia o de contraste entre el Código castellano y las doctrinas de la glosa, determinando en lo posible cuáles de éstas fueron precisamente las acogidas en aquel Cuerpo legal.

Al mismo tiempo, y en cuanto pueda contribuir a una fijación crítica del texto castellano, se hace figurar como *Apéndice* todo el referido título III con indicación de las variantes que se observan en los distintos manuscritos, tomando como texto base el editado por la Academia de la Historia en 1807. El lector avisado se percatará de que han sido cotejados, no sólo los manuscritos que la Academia tuvo en cuenta, sino también otro, al parecer ignorado por aquélla. Se trata del *Vitr.* 4-6 (Biblioteca Nacional) que describe A.P.[AZ] y M. en la *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos* (1904, II, 437/438) y al que me refiero más detalladamente en el citado Apéndice.

* * *

El proemio del título III de la Partida Quinta y el comienzo de la ley 1.^a de dicho título, sugieren un aprovechamiento literal o casi literal de la *Summa*, de AZÓN, o de la de ROGERIO o PLACENTINO¹, pues todas ellas inician su tratamiento del depósito (bajo la rúbrica correspondiente del Código justiniano [C.4.34]) con un planteamiento análogo al del Código castellano.

Partidas, 5,3 (De los condesijos a que dicen en latín *depositum*):

Depositum en latín tanto quiere decir en romance como condesijo onde pues que en los títulos ante deste fablamos de los emprestidos de que resciben gracia et ayuda aquellos que los toman dotri, queremos

Azón, *Summa* (in C.4.34):

Pr. Expositis contractibus celebratis excipientis gratia, vel utriusque, de deposito audiamus quod regulariter tantum gratia deponentis celebratur. Videamus itaque quid sit depositum et unde dicatur, et quibus rebus consistat, cui datur actio depositi et contra

1. Utilizo las ediciones siguientes: Para la *Summa*, de AZÓN, Lugduni 1576; para la de PLACENTINO, Moguntiae 1536; para la de ROGERIO, la de la *Biblioteca iur. Medii Aevi (Scripta anecdota glossatorum)* I, Bononiae 1888.

aquí decir de los condesijos de que facen placer et amor los que los tienen en guarda a los otros para quien los resciben, et mostraremos qué cosa es condesijo, a que dicen en latin *depositum*, et onde tomó este nombre et quantas maneras son dél: et qué cosas son aquellas que puede encomendar un home a otro: et cuál las puede encomendar et a quién: et quien las puede demandar et quando: et a quien deben seer tornadas et en qué manera: et qué pena meresce qui lo non quisiere tornar.

Ley 1.^a: (Qué cosa es condesijo, a que dicen en latin *depositum*, et onde tomó este nombre et quantas maneras son dél).

Condesijo, a que llaman en latin *depositum*, es quando un home da a otro sus cosas en guarda fiandose en el; et tomó este nombre de *de* et *pono*, que quiere tanto decir como poner de mano en guarda de otri lo que quiere condesar...

quem et quando, et in quantum, et qualis sit actio.

1. Est autem depositum, quod custodiendum alicui datum est, id est traditum...²

2. PLACENTINO, *Summa*, in C.4.34, se expresa en parecidos términos: «Expositis contractibus re celebratis accipientis gratia, vel utriusque, de deposito audiamus, quod regulariter tantum gratia deponentis celebratur, videamus itaque quid sit depositum, unde sit dictum, cui competit actio depositi, directa, utilis, et in quem, et in quantum: cui contraria, et in quem, et in quantum, et quales sint actiones. Depositum est quod alicui custodiendum committitur».

Y, análogamente, ROGERIO, *Summa*, in C.4.38: «Cum de his contractibus dictum sit, qui re contrahuntur, et gratia accipientis vel utriusque gratia contrahuntur, nunc merito de eo contractu qui re contrahitur et gratia dantis solummodo fit subiungit; sic de deposito tractat. Quare videndum est quid sit depositum, cui competat actio depositi directa, cui contraria, adversus quem, quid in ea veniat ex natura contractus, iure actionis, officio iudicis. Depositum est quod cui custodiendum datum est.»

Es cierto que las Partidas renuncian como de costumbre al concepto de acción como base de exposición, pero, por lo demás, la entrada en materia guarda una similitud evidente con lo expresado por los glosadores boloñeses³. Sin embargo, después de ese exordio, el contenido del título III presenta una sistemática que diverge en gran parte de la adoptada tanto por AZÓN como por ROGERIO o PLACENTINO, extendiéndose también el contraste a algunas de las materias tratadas, bien porque los temas no son coincidentes, o bien (lo que es más infrecuente) porque se sostienen criterios contrapuestos respecto de un mismo tema.

Ya en la ley 1.^a observamos un hecho curioso y es la clasificación de «las maneras de condesijo». Realmente las Partidas no inventaban nada nuevo al registrar, junto al depósito normal, la existencia del llamado depósito necesario y del secuestro. Todas esas formas de depósito fueron consideradas por AZÓN y los demás glosadores, pero lo que no se encuentra en éstos es la presentación conjunta de esas tres manifestaciones del contrato.

Así, tanto AZÓN como PLACENTINO y ROGERIO, tras haber tratado otras cuestiones relativas al depósito, inciden en el tema del depósito necesario al explicar que las acciones del contrato son ya *in simplum*, ya *in duplum*, teniendo esta característica cuando la cosa hubiera sido depositada en ocasión de tumulto, incendio, naufragio o ruina. Y, en cuanto al secuestro, ni ROGERIO ni PLACENTINO se refieren a él en las rúbricas citadas. AZÓN, en cambio, sí le dedica una atención especial (§§ 6-8).

La ley 2 habla en primer término: a) de las cosas dadas en condesijo, de acuerdo con lo enunciado en la rúbrica, pero incluye también b) una mención al requisito de gratuidad del contrato, y c) una alusión a la excepcional adquisición de «señorio y tenencia» por parte del depositario cuando hubiera recibido cosas medidas, pesadas o contadas. Temas todos ellos que habían sido tratados por la Glosa boloñesa.

a) Así, por lo que se refiere al carácter mueble de las cosas depositadas (primer punto de la ley 2 abordada), ya PLACENTINO, al final de su citada disertación sobre el depósito había indicado: «Item et illud sciendum est, quod licet immobilia commodantur, non tamen deponuntur». Y, por su parte, AZÓN (§ 5): «Consistit autem depositum in rebus mobilibus et se moventibus tantum: nisi forte ubi apud sequestrum deponitur».

3. Para la consideración etimológica que contiene la ley 1.^a, vid. AZÓN, § 4, *h. t.*; y PLACENTINO, *in pr. h. t.*

b) La gratuidad como nota distintiva del depósito frente al arrendamiento era tratada por Azón al ocuparse de la responsabilidad del depositario: «Si autem depositarius recipiat mercedem in quantitate pro custodia, tenetur quidem de levi culpa, sed non per actionem istam, imo per actionem conducti: quia videor operas eius conduxisse» (§ 29) ⁴.

c) Y, por último, la anómala adquisición del dominio sobre las cosas depositadas era también observada por Azón —y aquí hay un punto de semejanza con las partidas en lo que se refiere a la distribución de materias— al comienzo de su exposición: «§ 2: Quandoque tamen in deposito transfertur dominium in depositarium quod est contra notissimos terminos depositi, et tamen depositi agitur: ut cum depono apud te quod est in pondere, numero, vel mensura: et convenio, ut vel idem reddatur mihi vel tantumdem in eodem genere: quod obtinet, sive conveniam id expressim, sive tacite videar convenire».

Es interesante hacer notar que ROGERIO no aborda este tema y PLACENTINO, por su lado, se limita a señalar en el curso de su exposición que el depositario puede utilizar el dinero contado que se le dio en depósito, sin que por ello pueda ejercitarse contra él la *actio furti* ⁵.

La ley 3 (Quién puede dar las cosas en condesijo et a quién) traza a grandes rasgos en sus palabras iniciales los presupuestos relativos a los sujetos contratantes.

En depósito et en guarda puede home dar las cosas que toviere en su poder a todo home, quier sea clérigo, o lego, o religioso, o seglar, o libre o siervo...

4. Por lo que atañe a la nota de gratuidad no puede decirse que AZÓN adopte una actitud singular frente a sus contemporáneos o frente a la jurisprudencia anterior a partir ya de las *Exceptiones legum romanarum*. Vid. ASTUTI, *Deposito (storia)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964, p. 230. Pero como LEVY ha destacado cumplidamente (*Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, pp. 173-175) la gratuidad del depósito se desdibuja en el Derecho romano vulgar y ello explica la existencia de textos como D. 13. 6. 5. 2. y D. 47. 8. 2. 23 que posiblemente llegaron ya alterados a los compiladores justinianos. Estos, aunque decididos a mantener la gratuidad no se atrevieron —en la creencia de que manejaban textos genuinos— a rectificar aquellas desviaciones, con lo cual el perfil del contrato no recobró totalmente su nitidez clásica. El desajuste habría de repercutir inevitablemente en las construcciones de la Glosa, que aun manteniendo con mayor o menor energía el principio de gratuidad, aluden ocasionalmente al depósito retribuido. Las Partidas acusarán aún estas incertidumbres, como se manifiesta en el hecho de que tras afirmar la gratuidad en la ley 2, contemplan en la ley 3 un supuesto de depósito retribuido.

5. PLACENTINO, *in h. t.*, p. 169.

En los glosadores citados no hay referencia alguna a clérigos, legos, religiosos o seculares como personas capaces de constituirse en depositarios, y sí, únicamente, menciona AzÓN el tema del siervo depositante (§ 9) o depositario (§ 21) para considerar cómo ello repercute en el dueño de dicho siervo.

Pero, en contra de lo que pudiera pensarse por la rúbrica, el contenido propio de la ley no atañe tanto a la capacidad que se requiere en los contratantes, como a la responsabilidad del depositario por la pérdida o deterioro de la cosa. La norma expuesta lleva a hacerle responsable si se aprecia en él dolo o culpa. Tratándose de culpa leve sólo responde en tres casos: 1) cuando previamente asumió tal responsabilidad; 2) cuando tomó la iniciativa en la conclusión del contrato, y 3) cuando recibió precio por guardar la cosa.

No de diversa manera resulta medida la responsabilidad del depositario en la *Summa, de AzÓN* (*in h. t.*, §§ 25 y ss.) y en la de PLACENTINO (*in h. t.*, p. 168), aunque en aquél se encuentre una exposición mucho más rica (extensa referencia a las relaciones entre dolo y culpa lata, apreciación de la culpa con los ejemplos pertinentes). Incluso los tres casos en que se hace responsable al depositario arrancan claramente de la Glosa.

AzÓN, *in h. t.* § 28:

Sed nec levis veniet culpa, nisi aliter convenerit, vel nisi depositarius se obtulit deposito (ut D.16.3.1.35)⁶ vel nisi sui tantum gratia apud eum deponam (ut D.12.1.4), nec forte et tunc veniret levissima culpa sicut diximus supra (D. 12.1.4).

§ 29: Si autem depositarius recipiat mercedem in quantitate pro custodia, tenetur quidem de levi culpa, sed non per actionem istam, imo per actionem conducti...

PLACENTINO, *in h. t.* p. 168.

Culpa levis non venit, nisi id convenerit (ut ff. eod. 1. 1 § 5 [sic]) nisi quis depósito obtulit se (ut D.16.3.1.3.5) vel pretium depositionis acceperit (ut D.47.8.2) vel si depositarii tantum gratia depositum sit (ut D.12.1.4)⁷

6. Nótese que en este texto del *Digesto* no se habla de *culpa levis*, sino de *culpa* sin más especificación.

7. El propio PLACENTINO se expresa en análogos términos en su obra *De actione varietatibus*, ed. Wahrmund 1925 (reimpresión Aalen 1962), p. 60:

Culpa autem levis non venit, nisi id convenerit vel depositarius se obtulerit (ut D.h.t. 1 § 35), vel nisi pretium depositionis acceperit (ut D.47.8.2.), vel nisi depositarii gratia depositum fuerit (ut D.12.1.4.).

La contemplación de la responsabilidad del depositario continúa en la ley 4, dedicada a determinar las consecuencias de la destrucción fortuita del objeto depositado.

Ni la *Summa* de ROGERIO ni la de PLACENTINO dedican demasiada atención a la responsabilidad del depositario por caso fortuito. Aquél se limita a indicar que el depositario sufrirá el riesgo si convino en aceptarlo⁸, mientras que PLACENTINO sólo llega a afirmar: *fortuiti casus regulariter hoc iudicio non praesentantur*.

Más explícito se muestra AZÓN, aun cuando no encontremos en su *Summa* las cuatro excepciones que contiene la ley 4:

§ 30: Potest etiam dici casum fortuitum venire in actionem istam propter moram praecedentem⁹... Item venit casus in hanc actionem propter praecedentem dolum, vel latam culpam depositarii...

Esta falta de coincidencia con los tres glosadores referidos pudiera hacer pensar en un rasgo innovador del legislador castellano. Pero esta conjetura ha de descartarse. En la glosa *saepe evenit* (D.16.3.1.35), al tratar de las hipótesis en que el depositario responde por caso fortuito, se indican la convención, la mora, la culpa, el dolo y el depósito hecho *gratia tantum accipientis*. Este último supuesto constituye una opinión mantenida por JUAN BASSIANO, como en la misma glosa se indica, y como confirma ODOFREDO en su *Lectura* al comentar dicho pasaje¹⁰.

Ley 4: [razones por las cuales el depositario responde aun cuando el objeto perezca fortuitamente]:

La PRIMERA es quando el que la rescibe en guarda se obliga a pecharla si se perdiere en qual manera quier. La SEGUNDA es quando aquel que rescibió la cosa en condésijo non la quiere tornar a su dueño,

gl. *saepe evenit*:

Not. quinque sunt casus, in quibus depositarius tenetur de casu fortuito. PRIMUS, si pactum intervenit (ut hic et infra *mand.* 1.39, et supra *de pactis* 1.7 § 15). SECUNDUS, si mora praecedat casum (ut infra eod. 1.12 § 3). TERTIUS, si culpa (ut infra eod. 1.32). QUARTUS, si dolus (ut supra

8. ROGERIO, *Summa, in h. t.*: quandoque de periculo tenetur, veluti si pacto speciali suscepit in se periculum.

9. Dejan de transcribirse aquí las consideraciones que seguían acerca de las diferentes soluciones que podrían darse según el modo de acaecer la destrucción.

10. ODOFREDO, *In secundam Digesti Veteris partem Lectura*, Lugduni 1519, fol. 78, 4.^a col.

podíendolo facer; ca si despues que gela demandare en juicio et fuere el pleyto comenzado por demanda et por respuesta, se moriere o se perdiere aquella cosa, tenuto es aquel que la rescibió de la pechar. La TERCERA es si por su culpa de aquel que tiene el condesijo o por su engaño acaesció aquella ocasión por que se perdió o se morió. La QUARTA es quando la cosa es dada en guarda principalmente por pro de aquel que la rescibe et non por al.

cod. 1. § 32). QUINTUS, secundum IOAN. si gratia tantum accipientis sit depositum (ut supra de rebus credit. 1.4).

Con todo, no deja de ser notable que las Partidas, tan fieles en general a AzÓN, hayan recogido aquí una decisión no aceptada por éste y que parece haberse mantenido siempre como un discutible punto de vista de BASSIANO¹¹.

La ley 5 («Quién puede demandar la cosa que es dada en condesijo et quando et a quien debe seer tornada et en qué manera») señala la posibilidad de que no sólo el deponente sino también sus herederos puedan exigir la cosa en cualquier momento al depositario o a sus herederos.

Junto a este tema, que no ofrece contraste alguno con lo expresado por los glosadores (ROGERIO, *loc. cit.*, PLACENTINO, *l. c.*, página 168, AzÓN, *l. c.*, § 42), se sitúa la prohibición de retener la cosa depositada, para forzar con ello una compensación por los créditos que se tuvieran contra el depositante. También aquí la doctrina de la Glosa recogía dicha norma (PLACENTINO, *l. cit.*, página 169; AzÓN, *l. c.*, § 15), si bien, en las fuentes citadas, no aparecía vinculada, como en las Partidas, al tema antes referido.

En lo que afecta a la devolución de la cosa dada en secuestro, otro de los puntos que contiene la ley 5, ya queda dicho que, a diferencia de PLACENTINO y ROGERIO en sus respectivas *Summae*¹², AzÓN tenía en cuenta esta figura especial de depósito al tratar de este contrato bajo la rúbrica de C.4.34. De

11. Vid. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milán 1957, pp. 45 y ss.

12. Un acercamiento sistemático del secuestro al depósito se encuentra sin embargo en otra obra de PLACENTINO, *De actionum varietatibus*, cit., en la que se tratan, una a continuación de otra, la *actio depositi* y la *actio de sequestraria*. pp. 60-61.

la definición azoniana que figura en el § 6, se desprende la regla específica que contienen las Partidas, aunque en éstas se destaque— con independencia del fallo que recaiga sobre la atribución de la cosa dada en secuestro— el acuerdo entre los depositantes en orden a quién ha de recibir el objeto depositado. Formulación que, aunque congruente con la estructura del secuestro, no se expresaba en la *Summa* de AzÓN.

§ 6: Et est proprie in sequestro depositum cum res aliqua inter plures in controversiam deducitur, et ipsi in solidum certa conditione custodiendum tradunt, ut reddatur ei qui vicerit...

Como también puede reputarse coincidente con la doctrina romanística la afirmación última según la cual «debe seer tornada la cosa que es dada en guarda con los frutos, et las rentas et las mejorías que salieren della». Aunque no puede ocultarse que ni ROGERIO, ni PLACENTINO ni AZÓN, trataban expresamente este punto en sus respectivas *Summae* bajo la rúbrica *depositi vel contra*. No es viable la hipótesis de que este silencio implique un desconocimiento del tema que tan claramente se expresaba en el Digesto (*hoc. tit. 1, § 24*), siendo preferible pensar en una omisión ocasional que no se registraría en otras obras de la Glosa¹³, incluso debidas a esos mismos autores. Pero es lo cierto que éstos, en sus escritos citados, se limitaron a contemplar solamente el análogo tema de las accesiones que suscitaba, D., *h. t. 1, § 5*¹⁴.

Una coincidencia sólo parcial con la doctrina de AzÓN parece darse en la ley 6 («Por quales razones non es tenuto aquel que tiene la cosa en condesijo de tornarla al que gela dió»). De las cuatro razones que se indican, y por las cuales no está obligado a devolver la cosa, las dos últimas pueden ser un reflejo de lo manifestado en los §§ 12 y 14 (*Summa, h. t.*). Pero las otras dos no se encuentran ni en AZÓN, ni en las *Summae* respectivas de ROGERIO y PLACENTINO. Tampoco este silencio debe llevarnos a pensar en una innovación del texto castellano, o en un aprovechamiento directo de la compilación justiniana. Esta última hipótesis parece a primera vista plausible si cotejamos la ley 6 con D.16.3.31 (TRIFONINO, *lib. 9 disput.*), pues en este texto del Digesto encontramos reflejadas tres de las cuatro razones que

13. Vid., por ejemplo, ODOFREDO, *Lectura cit.*, gl. *hanc actionem*, fol. 78 v.

14. Vid. de nuevo, *infra*, a propósito también de los frutos, la mención de la ley 8.

invocan las Partidas. Pero cualquiera de estas explicaciones ha de ser desechada ante la existencia de un texto que concuerda perfectamente con la referida ley 6. Se trata de un pasaje que en forma de *adnotatio* aparece reproducido en la edición de la *Summa codicis* de Azón aquí utilizada y atribuido a F. MARTINUS ABBAS (fol. 85 r.).

Ley 6

MARTINUS

Quatro razones son que por qualquier dellas non es tenuto aquel que rescibe el condesijo de lo tornar a áque. que gelo dió nin a sus herederos: la PRIMERA es quando la cosa que es dada en guarda es espada o cuchiello o alguna de las otras armas con que los homes usan a ferir o matar; ca si acaesciese que aquel que la dió en guarda se ensandeciese después que la dió, non gela debe tornar demientre quel durare la locura, et esto por guardar que non faga alguna nemiga con ella. La SEGUNDA es quando aquel que dio la cosa en guarda es desterrado por algunt malfecho que fizó, por quel mandó el rey tomar todo lo que ha, ca entonce lo que hobiese dado en guarda ante que aquel yerro feciese, todo debe seer del rey et non de sus herederos. La TERCERA razón es quando algunt ladrón da alguna cosa en guarda de aquellas que hobo de furto, et quando la demanda viene en uno con aquél a quién la furtó, et dice al que la tiene que non gela dé, ca él quiere probar que suya es, et que gela furtó; entonce non gela debe tornar fasta que sea

Ea est depositi natura, ut res ipsa deposita reddatur: hoc enim de iure naturali procedit. ut c. humanun genus. i. dist. (GRACIANO D. I. c. 1).

Hoc tamen fallit quatuor modis.

PRIMUS, cum quis gladium aut ense[m] deposuit, et postea repetit furens. xxii. q.ii, ne quis arbitretur (=GRACIANO C.XXII qu. II, c. 14).

SECUNDUS, cum deponens fuerit deportatus, statim eius bona in aerarium principis deferuntur, et confiscantur.

TERTIUS, cum fur deponit, et repetit, et dominus rei concurrat.

QUARTUS, cum fur rem furtivam deponit apud eum, a quo subripuit. (ut in l. bona fides, ff. depositi) (D.16.3.31).

probado si es verdat lo que este atal dice, et si esto non podiere probar, debegela tornar a aquel que gela dió en guarda. La CUARTA es quando un home da en guarda a otro alguna cosa quel hobiese furtado a él mesmo; ca este que la tiene en guarda desque conosciere que la cosa es suya, non es tenuto de gela tornar si probare que asi es.

La coincidencia es notable y hace necesaria una referencia a este poco conocido personaje y a su relación con AZÓN. En las ediciones de la *Summa codicis* de éste que se suceden entre 1482 y 1550 (en total, diecisiete) no aparecen notas algunas atribuidas a F. MARTINUS ABBAS, pero sí en la de 1557 (Lugduni, apud fratres de Gabiano), y luego en las posteriores a esta fecha. En el prólogo de la de 1557 el editor Pardulfus Pratejus dice, entre otras cosas, que hace figurar junto al texto azoniano notas extraídas de la *Summa* de F. MARTINUS ABBAS, franciscano contemporáneo de AZÓN. SAVIGNY¹⁵ confiesa no haber visto directamente esta *Summa*, pero refiere el hallazgo hecho por CRAMER en la biblioteca de Basilea de un manuscrito que parece contener la obra y que, efectivamente, lleva por título *Martini Summa seu quaestiones iuris secundum ordinem alphabeti*. El mismo SAVIGNY indica que no debe confundirse esta *Summa* de MARTINUS con la *Margarita* o *Tabula Martiniana decreti*, un pobre repertorio alfabético sobre el Decreto cuyo autor es el dominico MARTINUS POLONUS, muerto en Bolonia en 1279, y que, por otra

15. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2.^a edición, 1850 (reimpresión Darmstadt 1956), tomo V, p. 36. Sin embargo, según me comunica amablemente el doctor Max Burkhardt, Conservador de Manuscritos de la *Öffentliche Bibliothek der Universität Basel*, el manuscrito C.V.12. (que según Cramer parecía contener la referida *Summa* de F. Martinus) está a falta de las primeras hojas y sobre la encuadernación lleva el título «Summa fratris Monaldi», existiendo en la misma Biblioteca otro manuscrito (C.V.38) que parece contener una versión abreviada de la misma obra. Sobre MONALDUS y su obra vid. SCHULTE, *op. cit.* infra en nota 19, pp. 414 y ss. La opinión del doctor Burkhardt es la misma que había mantenido SECKEL (*Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter*, I, Tubinga, 1898, p. 197, n. 165) y difiere de la de STELLING-MICHAUD (*Catalogue des manuscrits juridiques... de la fin du XII au XIV siècle conservés en Suisse*, Ginebra, 1954, p. 30), quien cree que el ms. C.V.12 contiene la *Margarita* de Martinus Polonus. Contra Stelling-Michaud v. también STICHLER, *Iter Helveticum*, en *Traditio* 14, 1958, p. 478.

parte, el MARTINUS que es citado por el propio AzÓN no es sino el glosador MARTINUS GOSIA¹⁶.

El paralelismo entre las Partidas y el referido fragmento martiniano sugiere diversas posibilidades en cuanto al modo de operar de los codificadores castellanos: a) la utilización de un texto azoniano donde, a semejanza de lo que se ve en la edición de Pratejus, hubiese ya incrustadas notas de MARTINUS; b) la utilización directa de la *Summa* de éste; c) el aprovechamiento del texto de otro canonista, con lo cual la clasificación referida no sería atribuible exclusivamente a MARTINUS, o al menos habría sido reproducida por otros autores coetáneos o algo más modernos.

No podemos hoy sino apuntar esas posibilidades, pues no hay suficiente base para hacer aseveraciones tajantes en cualquiera de los sentidos aludidos. Sin embargo, debe notarse que, por lo pronto, en la *Summa* del Hostiense¹⁷ hay un texto muy semejante al de MARTINUS, antes transcrito.

Est enim de natura depositi ut ipsa res deposita restituatur: sicut non in commodato supra ti. I § et in quantum. ver. directa. Hoc tamen fallit in quatuor casibus. PRIMUS est cum quis gladium deponit, demum furiosus factus ipsum repetit xxii q. ii ne quis.

SECUNDO si deponens fuerit deportatus nam bona eius publicum deferunt. ff. co. bona fides. TERTIUS quando fur deponens, et dominus rei deposite concurrunt in petitione, no. supra. e. ver. sed si fur agat. QUARTUS cum fur rem furtivam deponit apud illum cui subripuit vel apud proprietarium: sicut probant iura inducta. supra e. § ver. sed et si fur rem subreptam.

A pesar de ello, creo que en este punto concreto hay una relación más estrecha entre las Partidas (ley 6) y MARTINUS, que no entre aquéllas y el Hostiense¹⁸.

A primera vista, un influjo directo del Hostiense sobre las

16. Aparte de los citados por SAVIGNY, cabría señalar también la existencia de otro MARTINUS, *canonicus bononiensis* de fines del siglo XII y comienzos del XIII que, sin embargo, tampoco parece identificable con F. MARTINUS ABBAS (vid. SARTI-FATTORINI, *De claris archigymnasii Bononiensis professoribus a saec. XI usque saec. XIV*, Bononiae 1888-1896 (reimpresión Turin 1962), t. I, p. 397. Cfr. CHEVALIER, *Repertoire des sources histor. du Moyen Age*. II. Nueva York 1960, y también FABRICIUS, *Bibliotheca Mediae Aetatis*, Padua 1754, p. 37.

17. *Summa domini Henrici cardinalis Hostiensis* (Lyon 1537; reimpresión Aalen 1962), lib. III, tit. de deposito, § 5 (fol. 147 r.).

18. Obsérvese por ejemplo en el primero de los cuatro casos la disyuntiva *gladium aut ense*, reflejada en la Partidas —*espada o cuchiello*— pero que no se encuentra en el Hostiense; o el caso de la confiscación en que la mención martiniana del *aerarium principis* suscita con más facilidad la referencia al rey que no las expresiones utilizadas por el Hostiense.

Partidas no es imposible, aunque sí difícil, dada la fecha en que es escrita la *Summa* de aquél (1250 a 1261), siendo entonces ENRIQUE DE SEGUSIO, después Cardenal de Ostia, Arzobispo de Embrun ¹⁹. Por ello la coincidencia que se observa entre la ley 7 de Partidas y la *Summa* del Hostiense habría que explicarla mediante la recepción por parte de ésta de doctrinas anteriores que, como en el caso de la ley 6, habrían llegado a conocimiento de los legisladores castellanos, bien a través del propio MARTINUS ABBAS, o bien a través de *Summae* anteriores a la del Hostiense, como las de LAURENTIUS HISPANUS, PETRUS HISPANUS, y aún acaso los trabajos de MARTINUS ZAMORENSIS ²⁰.

En todo caso, la coincidencia doctrinal entre el Hostiense y la ley 7 es clara. En el libro III, tit. *de deposito*, § 6 de su *Summa* se aborda el tema de quién puede ser demandado con la acción de depósito, haciéndose una enumeración de posibles demandados: *Item contra heredem depositarii*, etc, hasta llegar a: *Sed nunquid et contra ecclesiam pro re deposita agi potest*. Aduce el Hostiense, ante esta cuestión, el parecer afirmativo de algunos (*sic secundum quosdam*) que alegan que la Iglesia queda obligada cuando la cosa es metida en la tesorería o en la sacristía, como el *nauta* o el *caupo* quedan obligados respecto de las *res in vectae et illatae*, pero en contra de los que mantienen tal opinión, decide que la Iglesia no ha de quedar sujeta a la *actio depositi*, sino cuando en tal depósito ha consentido el prelado y el capítulo, salvo que la Iglesia salga enriquecida o beneficiada, pues en este caso y en la medida del enriquecimiento queda obligada, aún sin aceptación del depósito por las autoridades eclesiásticas ²¹.

La ley 8 tiende a precisar la condena según sea el depósito, cuando el depositario se ha opuesto injustificadamente a la devolución.

Si se trata de un depósito necesario (primera hipótesis contemplada) la condena será al doble, norma también admitida por PLACENTINO (*l. c.*), ROGERIO (*l. c.*) y AZÓN (*l. c.*, § 36), concordes con la compilación justiniana.

Si, por el contrario, se trata de otra clase cualquiera de depósito (segunda hipótesis), entonces no hay condena al doble,

19. Vid. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, Stuttgart 1875-80 (reimpresión Graz 1956), II, p. 126.

20. Vid. SCHULTE, *op. cit.*, I, p. 190 y también VAN HOVE, *Prolegomena in ius canonicum*, Malinas 1945, p. 447.

21. HOSTIENSIS, *Summa, loc. cit.* § 6: *Sed nunquid et contra ecclesiam pro re deposita agi potest: Sic secundum quosdam. Dicas contrarium, scilicet quod nunquam teneatur ecclesia: nisi quando depositum sit prelato et convento sive capitulo presentibus et recipientibus, nisi in quantum lo cupletior esset...*

aunque sí «enfamamiento», precisándose que la cosa ha de ser tornada, o su estimación, con cómputo de costas, daños y menoscabos. Se indica además el criterio para determinar éstos, y se termina afirmando el derecho del deponente a los frutos que la cosa depositada produjo y a lo que hubiera podido producir tras haber sido instada la devolución.

Que la cosa ha de ser devuelta sin menoscabos y con las correspondientes accesiones era ya notado por Azón (*l. c.*, § 33), el cual se refería también al carácter infamante de la *actio depositi* (*l. c.*, § 38). Pero la regulación complementaria que contienen las Partidas en cuanto a la forma de estimar daños y menoscabos, así como la específica mención a los frutos, no aparecen en la *Summa* azoniana bajo la rúbrica del depósito. GREGORIO LÓPEZ se remite aquí fundamentalmente a D.12.3.3.; eod.4, § 4; eod.5, y a la glosa correspondiente, más la coincidencia con la ley 8 no es tan rigurosa como para mantener que esos pasajes hayan podido inspirar directamente a los legisladores castellanos.

Muestra, en cambio, un claro paralelismo con la *Summa* de Azón la ley 9 («Cómo el condesijo que rescebió el finado en su vida, debe seer tornado ante que las otras debdas, fueras ende en cosas señaladas»).

Ley 9:

§ 40

Dineros contados o otra moneda de oro o de plata, o alguna de las otras cosas que se pueden contar, o pesar o medir, rescebiendo alguno en guarda do tri, si se moriese aquel que la rescebió en guarda ante que la tornase, tal privilejo han las cosas que son dadas en condesijo, que primeramente deben entregar et pagar las cosas quel fuesen encomendadas que ninguno de los otros debdos que debiese el finado, fueras ende si ante que aquella cosa hobiese rescebida en guarda hobiese fecho algunt debdo porque hobiese señaladamente obligados todos sus bienes o parte dellos; ca entonce ante

Item privilegiata est haec actio inter creditores phirographarios, id est, qui non habent hypothecas. Et si plures depositores agant, non habetur ratio temporis: quia simul omnes admittuntur. Datur tamen eis privilegium ita demum, si usuras non acceperint pecuniae depositae: tunc enim videntur ivisse in creditum. Aliud est enim credere, aliud deponere. Item competit istud privilegium deponenti, ut praeferatur omnibus aliis privilegiis, si pecunia deposita est, pro qua agitur depositi actione. Sed et posset pro ea agi rei vindicatione. Si autem pecunia deposita non extat, habet deponens privilegium praefera-

pagarán el debdo que asi debiese que aquello que hobiese rescebido en guarda. Eso mesmo serie si algunt debdo fue se fecho por razón de la sepultura del finado, o si aquel que tenie la cosa en guarda fuese debdor de otro por maravéis quel hobiese emprestados para refacer alguna su casa, o nave o otra cosa semejante que estaba en manera de se perder si la non reficiese, o si el finado debie a su muger alguna cosa quel hobiese dado por dote, o si hobiese ante fecho algunt pleyto con el rey, por que fuesen sus bienes obligados por malfetría que hobiese ante fecha por que hobiese algo de pechar; ca entonce tales debdos como estos se deben pagar ante quel condesijo que fuese asi dado. Mas las otras cosas que fuesen dadas en condesijo non por cuento, nin por medida nin por peso, si fueren falladas entre los bienes del finado, si podiere seer averiguado que fueron dadas en guarda, deben seer entregadas en todas guisas a sus dueños o a sus herederos antes que se paguen las otras debdas, de qual natura quier que sean.

tur non privilegiatis. Item ut concurrat cum privilegiatis, et praeponatur quibusdam privilegiatis: ut fisco, et mulieri dotem suam repetenti, et agenti funeraria, et agenti pro eo, quod credit ad rem reficiendam: sed et sumptus, qui necessarie factus est ab his creditoribus, qui primum postulaverunt se mitti in possessionem, semper praecedit. Nam deducto eo bonorum calculus subducit vel subiici debet: cum ad omnium agentium commodum missio facta pertineat (ut D. 16.3.7.2; eod. 8; D.42.5.24.2; eod. 34; D.11.7.45; D.20.4.5; C. 8.17.12; eod. 9; D.42.5.12; y C. 7.72.10).

Obsérvese cómo en ambos textos se parte de la distinción entre depositario que se hace propietario de la cosa que se ha medido, pesado o contado, y aquel que no llega a adquirir el dominio. En este último caso el depositante puede ejercitar siempre la acción reivindicatoria y no hay, por tanto, problema de prelación de créditos. Sí que lo hay, en cambio, cuando el depositante no puede ejercitar acción real y ha de concurrir con otros acreedores. Es entonces cuando se pone de manifiesto

el carácter privilegiado de la *actio depositi*, que sólo cederá ante los otros créditos privilegiados que reseñan uno y otro texto con absoluta coincidencia.

Es obvio que la ley 9 no constituye una versión *ad pedem litterarum* del transcrito § 40, pero no puede negarse que éste u otro de redacción análoga fue el modelo del legislador castellano que, naturalmente, hubo de proceder a la necesaria adaptación. Una adaptación que se concretaba en poco más que en sustituir la mención del fisco por la del Rey y en transformar el lacónico lenguaje técnico de AZÓN en una prosa más vulgar y explicativa al alcance de profanos.

La *actio depositi contraria* analizada en el § 42 y último de la exposición de AZÓN, es también la que suscita la ley 10 y última del título dedicado a los condesijos en la Quinta Partida.

Ley 10 (Que las despesas que fueren fechas por razón del condesijo deben seer tornadas a aquel que las fizó):

Despesas haciendo aquel que toviese alguna cosa en guarda dotri por pro della, como quier que las debe cobrar, con todo eso non debe retener como en razón de peyndra por ellas aquella cosa quel fue dada en guarda, mas débela dar a aquel cuya es quando quier que gela demandare; et otrosi es tenuto el otro de dalle aquellas despesas que fizó en esta razón. Otrosi decimos que si un home diese a otro algunt siervo en guarda sabiendo que era ladrón, et nol apercebiese dello, et este siervo furtase alguna cosa a su guardador, que tenuto es el señor de pechar al otro aquello quel furtase; mas si el que lo dió en guarda non lo sopiese, entonce en su escogencia es de pechar el furto o desamparar el siervo por emienda del furto que fizó.

Datur autem depositario, et eius haeredi, in deponentem et eius haeredem [*se refiere a la actio depositi contraria mencionada al fin del § 41*]: in quam venit quod utiliter est impensum a depositario in rem depositam. Item et usura, si depositarius foenebrem pecuniam, vel de suo impendit, cum foenerare solitus esset. Item si debitor fuit in mora restituendi (ut ff. de neg. gest. ut qui natura § ult. [*sic*]; D.17.1.12.9; D.16.3.23; D.22.1.13.1). Item venit interesse, si sciens furem esse servum, deposueris apud me, et damnum patiar. Quid, si ignorabas furem esse servum, et deposueris apud me, et damnum patiar? Plac. dixit et scripsit, quod potes pro noxa relinquere servum: ut D.13.7.31, sed id non puto: quia officium suum non debet ei esse damnosum: ut dicitur in actione mandati et actione depositi (ut D.47.2.62 (61) 5)...

Del parangón entre los dos textos resultan ciertos contrastes. El primero de ellos, a propósito de la retención de la cosa depositada en función de prenda *propter impensas*. Las Partidas rechazan expresamente tal posibilidad de retención, mientras que Azón en el texto transcrito (aunque no en otro lugar de su mismo comentario a C.4.34) silencia por completo el problema ²².

Pero quizá resulta más curiosa la divergencia a propósito de la entrega noxal del esclavo ladrón, pues en este punto —y como ya hacía notar GREGORIO LÓPEZ en su glosa—, Azón se aparta expresamente de PLACENTINO. Este, en la misma línea que las Partidas, acepta la posibilidad de la *datio in noxa* efectuada por el depositante como medio de librarse de toda responsabilidad frente al depositario, siempre y cuando el depósito se hubiera hecho en la ignorancia de ser ladrón el esclavo ²³.

JUAN ANTONIO ARIAS BONET

22. Las *Partidas* se muestran así fieles al Derecho justiniano, también opuesto a la retención (C.4.34.11. pr. [529]) en contraste con el criterio que parece haber prevalecido en Derecho romano clásico. Vid. LONGO, C., *Il deposito. Corso di diritto romano*, Milán 1946, pp. 30 y ss. Por otra parte, el silencio de AZÓN está motivado por el hecho de haber declarado ya en el § 15 la inviabilidad de la compensación entre depositante y depositario, cuando éste tuviese créditos contra aquél: «Item non obstat deponenti compensatio a depositario obiecta (ut diximus supra de compensa.) nisi forte (ut dicunt quidam) ratione expensarum (ut D.41.2.20. et D. 47.2.60(59). Sed hoc non puto verum. Loquuntur enim leges illae in comodato: sed in deposito speciale est...» Que el tema de la retención *propter impensas* fue debatido por la glosa resulta también de otra obra azoniana (*Azonis ad singulas leges XII librorum Codicis Justiniani commentarius*, París 1577, p. 327) donde a propósito de C.4.34.11 se señalan las opiniones encontradas de Placentino y Juan Bassiano, siendo esta última la aceptada por Azón. HUGOLINO da igualmente noticia de la postura de Juan Bassiano, en sus *Dissensiones dominorum* (Vid. HAENEL, *Dissensiones dominorum sive Controversiae veterum iuris Romani interpretum*, Leipzig 1834 —reimpresión Aalen 1964—, p. 424).

23. Venit quoque in contrarium depositi iudicium damnum datum, puta per servum depositum, furtumve perpetratum nam si deponitor scivit servum esse furem ad interesse tenebitur; si ignoravit noxae relinquere servum ei sufficit. (PLACENTINO, *l. c.* p. 168 *in fine*).

A P E N D I C E

En la transcripción del texto que figura a continuación no se anotan las variantes, que estimo carecen de importancia, como las de la *n* o la *m* antes de la *p* o la *b*, las de *e* o *et*, las de *j = i*, *v = u*, *y = i*, las consistentes en suprimir o aceptar la *h* inicial, como, por ejemplo, *hòmc* y *ome*, u otras análogas.

Las siglas utilizadas para referirse a los distintos manuscritos, tienen el siguiente desarrollo:

Z = Z.1.12 (Escorial); Y1 = Y.ii.1 (Escorial); Y6 = Y.ii.6 (Escorial); 17 = 43-17 (Toledo); 18 = 43-18 (Toledo); B = Bb 43 = 12795 (Biblioteca Nacional); V = Vitr. 4-6 (Biblioteca Nacional).

Este último manuscrito, que, como queda dicho, no fue tenido en cuenta por la Academia de la Historia al hacer su edición del Código alfonsino, es considerado por PAZ en su trabajo citado, como propiedad de la Reina Isabel la Católica a la vista de la Y de plata que lleva la encuadernación, mudéjar en cuero oscuro. Le falta la Partida Primera y parece que ya faltaba en los tiempos de PAZ. Este lo silencia, incluso, cuando describe las iniciales y capitales de cada una de las otras seis Partidas. Esmerada letra del siglo xv, miniaturas y orlas claramente francesas —¿amanuense francés?—, más del estilo del siglo xiv que del xv. Texto a dos columnas que acaba en el fol. 464 vuelto, con la inscripción: «Finito libro det laus gloria a cristo qui scribsit, etcétera. Aquí se acaba la setena partida de este libro». Vitela, 0,183 × 0,395. Este manuscrito tiene claras concomitancias con Toledo 43-18.

PARTIDA QUINTA. TITULO III

DE LOS CONDESIVOS A QUE DICEN EN LATÍN DEPOSITUM¹

Depositum² en latín tanto quiere decir en romance como condesivo. Onde pues que en los titulos ante deste fablamos de los emprestidos de que resciben gracia et ayuda³ aquellos que los toman⁴ dotri, queremos aquí decir de los condesivos de que facen placer et amor los que los tienen en guarda a los otros para quien⁵ los reciben, et mostraremos que cosa es condesivo, a que dicen en latín depositum,⁶ et onde tomó este nombre et quantas maneras son dél: et qué cosas son aquellas

1. deposito (Y6, Y1, B, 17), depositio (Z). 2. deposito (Y6, Y1). 3. onrra et ayuda (17), gracia e amor e ayuda (18). 4. resciben (Y1). 5. de quien lo (Y1). 6. deposito (Y6, Y1). 7. acomendar (siempre así en Y6, Z), comandar (18), comendar (17).

que puede encomendar ⁷ un home a otro: et qual las puede encomendar et a quién: et quien las puede demandar et cuándo: et a quién deben seer tornadas et en qué manera: et qué pena merece qui lo non quisiere tornar.

Ley I. Qué cosa es condesijo, a que dicen en latin depositum, ¹ et onde tomó este nombre ² et quantas maneras son dél.

Condesijo, a que llaman en latin depositum ³ es quando un home da a otro sus cosas ⁴ en guarda fiándose en él ⁵; et tomó este nombre de de et pono, ⁶ que quiere tanto decir como poner de mano en guarda de otri lo que quiere condesar. Et son tres maneras de condesijo: ⁷ la primera es quando alguno de su voluntad, ⁸ sin otra coita quel acaesca da ⁹ en guarda sus cosas a otri. La segunda es quando alguno lo ha de fazer en tiempo de coita, et esto serie como si se quemase o se cayese la casa a alguno en que toviese lo suyo, ¹⁰ o se quebrantase la nave en que lo llevas, et acaesciendo ¹¹ a alguno esta coita diese en guarda a otri a aquella sazón algunas cosas que toviese hi para estorcerlas de aquel peligro. La tercera es quando algunos homes contienden en razón de alguna cosa et la meten en mano de fiel encomendandogela fasta que la contienda sea librada por juicio. ¹²

Ley II.—Qué cosas son aquellas que un home puede dar a otro en condesijo.

En guarda et en condesijo pueden seer dadas todas las cosas de qual natura ¹ quier que sean; mas propriamente usan a dar en condesijo las cosas muebles que las otras. Otrosí decimos que entonce toma el home las cosas en condesijo quando non rescibe prescio nin gualardon por guardarlas; ca si lo rescebiese ol prometiesen de gelo dar, entonce non serie condesijo mas serie loguero, pues que algo señalado toma por guardarlas: ² et por ende este atal mas tenuto serie de guardar aquello ³ que así rescebiese en comienda que non serie de otra guisa. Et aun decimos que el señorío et la tenencia ⁴ de la cosa que es dada en guarda non pasa a aquel que la rescibe, fueras ende si fuese de aquellas que se pueden contar, o pesar o medir, si quando la rescebiese le fuese dada por cuento, o por peso o por medida, ⁵ ca entonce pasaría el señorío a él, pero serie tenuto de dar aquella cosa, o otro tanto et atal como aquello que rescebió al que gelo dió en guarda.

Ley I: 1. depósito (Y6, Y1). 2. a este nombre (Y1). 3. depósito (Y6, Y1). 4. su cosa (Y1), a otras cosas (V). 5. del (Y6, 18). 6. nombre de enpeno (Y1), nombre de de et peno (Z), nombre de pono (V), nombre de deposito (18), nombre de pono (B). 7. de condesijo (om. 18). 8. de su voluntad (om. Y1). 9. quiere dar (V). 10. alguna cosa (Y1). 11. acaesciendo alguna de estas cosas (Y1). 12. por razón (?) (B), la contienda (om. 18).

Ley II: 1. manera (Y1, V, 18). 2. por gualardon (B). 3. aquella cosa (Y1). 4. et toda la mantención (V). 5. medida (om. Y1).

Ley III. Quien puede dar las cosas en condesijo¹ et a quién.²

En depósito et en guarda³ puede home dar las cosas que toviere en su poder a todo home, quier sea clérigo, o lego,⁴ o religioso, o seglar, o libre o siervo; pero aquel que rescibiere la cosa tenuto es de la guardar bien et lealmente, de guisa que non se pierda nin se empeore por su culpa nin por su engaño.⁵ Et por su culpa decimos que se perderie la cosa quando non la guardase en aquella manera que toda la mayor partida de los homes suelen guardar sus cosas; ⁶ mas si la cosa se perdiese por lieve culpa de aquel que la hobiese en guarda, non serie tenuto de la pechar fueras ende en tres casos: el primero es si quando aquel que rescibe la cosa se obliga a pecharla, maguer se perdiese por tal culpa lieve: el segundo es quando aquel que rescibe el condesijo él por si mesmo non gelo rogando el otro, pide et ruega que gelo encomiende: el tercero es quando rescibe prescio por guardar la cosa quel dan en condesijo: ca en qualquier destos tres casos si la cosa que fue asi dada en condesijo se pierde o se empeora por descuidamiento⁷ o por mala guarda de aquel que la rescibió, tenuto es de la pechar. Et por lieve culpa decimos⁸ que se pierde la cosa quando aquel que la tiene non pone en guardarla⁹ toda aquella acucia et femencia que otro home¹⁰ sabidor et acucioso pornie.

Ley IV. Cómo el que tiene la cosa en condesijo¹ si se perdiere por ocasión non² es tenuto de la pechar, fueras ende en casos señalados.

Ocasion acaesce a las vegadas en las cosas que home tiene en guarda de otri, de manera que se han a menoscabar o a perder. Et esto serie quando se moriese la cosa encomendada de su muerte natural, o la matase otro sin culpa de aquel que la toviere en guarda, o si gela robasen o gela³ furtasen; ca en qualquier destos casos o de otros semejantes dellos non serie tenuto de la pechar aquel que la toviere en guarda, fueras ende por quatro razones. La primera es quando aquel que la rescibe en guarda se obliga a pecharla si se perdiere en qual manera quier. La segunda es quando aquel rescibió la cosa en condesijo non la quiere tornar a su dueño, podiendolo facer; ca si despues que gela demandare en juicio et fuere el pleyto comenzado⁴ por demanda et por respuesta, se moriere o se perdiere aquella cosa, tenuto es aquel que la rescibió⁵ de la pechar. La tercera es si por su cul-

Ley III. 1. en guarda o en condesijo (17). 2. a quien las pueden dar (Y1). 3. En guarda et en condesijo (Y1). 4. o lego (om. V). 5. nin por su engaño (om. V, 18). 6. cosas tenuto es aquel de la pechar (B). 7. cuidamiento (Y1). 8. et por ende decimos (18). 9. en guardarla (om. Y1). 10. home ensabidor debe poner (Y1).

Ley IV: 1. en guarda o en condesijo (Y1). 2. non (om. V, 18). 3. o la matase otro... o gela furtasen (om. Y1, para substituir por et gela furtasen), o gela (om. 17). 4. contestado (B). 5. perdió (Y1). 6. en guarda (om. V). 7. principalmente daquel que la recibe et non por el que la da (Y1), non por al (om. B). 8. condesijo (Y1). Ca en qualquier destos casos maguer la cosa que es dada (om. B). 9. se empeore (om. V, 18). 10. en guarda o en condesijo (Y1, 18) 11. o a su heredero (om. Y1).

pa de aquel que tiene el condesijo o por su engaño acaesció aquella ocasión por que se perdió o se morió: la quarta es quando la cosa es dada en guarda⁶ principalmente por pro de aquel que la rescibe et non por al.⁷ Ca en qualquier destos casos, maguer la cosa que es dada⁸ en deposito se pierda, o se muera o se empeore⁹ por ocasión, tenuto es el que la rescebió en guarda de la pechar a aquel que gela dió en condesijo¹⁰ o a su heredero.¹¹

Ley V: Quien puede demandar la cosa que es dada en condesijo, et quando¹ et a quién debe seer tornada et en qué manera.

Tenudo es el que rescebió la cosa en guarda et sus herederos de la tornar a aquel que gela dio a guardar o a los que heredasen lo suyo cada que gela pidieren: et maguer quel hobiese a dar alguna cosa aquel que gela acomendó, con todo eso non gela debe tener² el que rescebió el condesijo por razón de peyndra,³ a que dicen en latin compensatio,⁴ que quiere tanto decir como descontar una debda por otra, ante le debe luego entregar della, et despues desto puede demandar aquello quel debiere. Pero si aquella cosa que rescebió alguno en guarda era en contienda entre dos homes o mas et gela diesen amos en fieldat, entonce non serie tenuto el que la así rescebiese de la dar a ninguno dellos fasta quel pleyto o la contienda que habien sobrella fuese librado por juicio, o que amos fuesen avenidos, et entonce debela tornar segunt el pleyto fue puesto quando la rescebió, o según ellos fuesen acordados que se tornase. Et debe seer tornada la cosa que es dada en guarda con los frutos, et las rentas et las mejorías que saliesen della.

Ley VI. Por quales razones non es tenuto aquel que tiene la cosa en condesijo de tornarla al que gela dio.¹

Quatro razones son que por qualquier dellas non es tenuto aquel que rescibe el condesijo de lo tornar a aquel que gelo dio nin a sus herederos: la primera es quando la cosa que es dada en guarda es espada o cuchiello o alguna de las otras armas con que los homes usan a ferir o matar; ca si acaesciese que² aquel que la dio en guarda se ensandeciese despues que la dió, non gela debe tornar demientre quel durare la locura, et esto por guardar que non faga alguna nemiga con ella. La segunda es quando aquel que dió la cosa en guarda es desterrado por algunt malfecho que fizo, por quel mandó el rey tomar todo lo que ha, ca entonce lo que hobiese dado en guarda ante que aquel yerro feciese, todo³ debe seer del rey et non de sus herederos. La tercera razón es quando algunt ladron da alguna cosa en guarda⁴ de aquellas que hobo⁵ de furto, et quando la demanda viene en uno con aquel a quien la furtó, et dice al que la tiene que non gela dé, ca el quiere probar que suya es, et que gela furtó; entonce non gela debe tornar fasta que sea pro-

Ley V: 1. et quando (*om.* V). 2. non gelo debe tornar (Y1). 3. prenda (Y1, Z, B) preynda (Y6). 4. compensación (Y1, 18, B).

bado si es verdat lo que este atal dice, et si esto non podiere probar, debegela tornar a aquél que gela dio en guarda. La quarta es quando un home da en guarda⁶ a otro alguna cosa quel hobiese furtado a él mesmo; ca este⁷ que la tiene en guarda desde que conosciere que la cosa es suya, non es tenuto de gela tornar si probare que asi es.⁸

Ley VII. Cómo debe seer tornado el condesijo que fuese puesto en iglesia o en otro lugar religioso.

En iglesia o en monesterio poniendo algunt home alguna cosa en guarda con otorgamiento et con mandado del perlado et del cabildo de esa iglesia, tenudos son de tornar aquella cosa a aquel que gela dió en guarda, bien asi como farie otro home qualquier.

Eso mesmo serie¹ si quando diese la cosa en guarda estodiese delante el perlado et el cabildo, et se callasen et non lo contradixiesen, maguer non la hi dexase por su mandado nin con su otorgamiento. Mas si la dexase en guarda² de uno dellos tan solamente non lo sabiendo los otros, entonce aquel solo serie tenuto de la tornar, et non el perlado nin el cabildo, fueras ende si fuese probado que aquella cosa fuera metida o despesa³ en pro de la iglesia; ca entonce todos serien tenudos de la pechar.

Ley VIII. Como debe seer tornado el condesijo que home face¹ en tiempo de cuita o en otra manera,² et que pena debe haber el que lo negare³ si le fuere probado.⁴

Veyendose algunt home muy cuitado de fuego quel quemase la casa do toviese sus bienes, o de avenidas de aguas que viese⁵ que gelos llevarian, o si los toviese en algunt⁶ navio que estoviese en hora o en manera de peligrar, et por algunos de estos embargos o por otro semejante dellos diese alguna cosa de aquellas que tenie que se le perderien en guarda a otri, si este atal que la rescebió desta guisa la negase quando gela demandase, et despues desto se lo probase el otro debegela pechar doblada, et por eso la debe así pechar, porque face grant nemiga en negar lo que le habie dado en guarda a tal sazón que estaba cuitado en alguna de las maneras sobredichas, et non podie seer apercebido de catar⁷ si era home de revuelta⁸ aquel a quien la daba en guarda o non.⁹ Mas aquel que niega que non rescebió los condesijos que son dados en alguna de las otras maneras de que fecimos emiente en la segunda ley deste título, sil fuere probado en juicio¹⁰ valdrá menos por ende, et será enfamado,¹¹ et debe tornar el condesijo o la estimación dél con las costas et los daños et los menoscabos que hobiese fecho el

Ley VI: 1. al que gela dio (*om.* V). 2. ca si aquel que la recibiese (Y1). 3. todo (*om.* V, B, 18). 4. en guarda (*om.* V, 18). 5. ha furtado o ovo (18). 6. en guarda (*om.* V). 7. ca este tal (V, 18). 8. si probare que asi es (*om.* 18).

Ley VII: 1. decimos que serie (17). 2. en guarda (*om.* V, 18). 3. o espesa (Y1), o despendida (B, V), o despensa (18).

otro por esta razón. Et quanto en los daños ¹² et en los menoscabos, debe seer creído por su jura el que dió la cosa en guarda, pero el juez los debe estimar o temprar, catando todavía que home es aquel que jura por ellos. Et estos menoscabos decimos que se deben entender por los daños quel venieron, porque la cosa nol fue tornada quando la pidió, mas non de lo que podiera haber ganado con ella. Et los daños quel podrien venir por esta razon serien como si hobiese a dar dineros o otra cosa a dia sabido ¹³ con penas, o con ¹⁴ cotos o quel andodiesen a logro o en otra manera semeiante destas, et porque nol fue tornado el condesijo ¹⁵ a la sazón ¹⁶ que lo debiera haber, cayó en aquellas penas o en aquellos cotos. Et si la cosa que es dada en condesijo, es de tal manera que dé fruto de sí, tenuto es de pechar demás desto todos los frutos que hobo della despues que gela dió en guarda, o que podiera haber despues que la pidió ¹⁷ el dueño della o sus herederos.

Ley IX. Cómo el condesijo que rescebió el finado en su vida, debe seer tornado ante que las otras debdas, fueras ende en cosas señaladas. ¹

Dineros contados o otra moneda de oro o de plata, o alguna de las otras cosas que se pueden contar, o pesar o medir, rescebiendo alguno en guarda dotri, si se moriese aquel que la rescebió en guarda ante que la tornase, ² tal previllejo han las cosas que son dadas en condesijo, que primeramente deben entregar et pagar las cosas quel fuesen encomendadas que ninguno de los otros debdos que debiese el finado, fueras ende si ante que aquella cosa hobiese rescebida en guarda hobiese fecho algunt debdo por que ³ hobiese señaladamente obligados todos sus bienes o parte dellos: ca entonce ante pagarán el debdo que así debiese que aquello que hobiese rescebido en guarda. Eso mesmo serie si algunt debdo fuese fecho por razón de la sepoltura del finado, o si aquel que tenie la cosa en guarda fuese debdor de otro por maravedis quel hobiese emprestados para refacer alguna su casa, o nave o otra cosa semejante que estaba en manera de se perder si la non reficiese, o si el finado debie a su muger alguna cosa quel hobiese dado por dote, o si hobiese fecho ante ⁴ algunt pleyto ⁵ con el rey, por quel fuesen sus bienes obligados por malfetria que hobiese ante fecha por que hobiese algo ⁶ de pechar; ca entonce tales debdos como estos se deben pagar ante quel condesijo que fuese asi dado. Mas las otras cosas que fuesen dadas en condesijo

Ley VIII: 1. tornado lo que ome da en guarda o face (18). 2. o en otra manera (om. 17). 3. lo mengua (17). 4. si le fuere probado (om. Y1). 5. que oviesse miedo (V), que oviesse (18). 6. algunt (om. V, 18). 7. de catar (om. V). 8. home de recabdo (Y1). 9. o non (om. 18). 10. en juicio (om. 18). 11. et será enfamado (om. V, 18). 12. en los dineros (B). 13. dia sennalado (Y6, Z). 14. et con costas (18). 15. o con cotos—condesijo (om. Y1). 16. Et a la sazón que lo debiera a dar (Y1). 17. perdió el (Y1), perdió al (Y6), dió el (Z).

Ley IX: 1. casos señalados (V, Z). 2. rescebió aquel que la tornase (Y1). 3. rescebida en guarda hobiese fecho algunt debdo por que (om. B). 4. ante (om. Y1). 5. fecho postura o pleyto (B). 6. algo ante (B). 7. peso (om. Y1). 8. qual manera (Y1).

non por cuento, nin por medida nin por peso, ⁷ si fueren falladas entre los bienes del finado, si podiere seer averiguado que fueron dadas en guarda, deben seer entregadas en todas guisas a sus dueños o a sus herederos ante que se paguen las otras debdas, de qual natura ⁸ quier que sean.

Ley X: Que las despesas que fueren fechas por razón del condesijo deben seer tornadas a aquel que las fizo. ¹

Despesas haciendo aquel que toviese alguna cosa en guarda dotri por pro della, como quier que las debe cobrar, con todo eso non debe retener ² como en razon de peyndra ³ por ellas aquella cosa quel fue dada en guarda, mas debela dar a aquel cuya es quando quier que gela demandare; et otrosi es tenuto el otro ⁴ de dalle aquellas despesas que fizo en esta razon. Otrosi decimos que si un home diese a otro algunt siervo en guarda sabiendo que era ladrón, et nol apercebiese dello, et este siervo furtase alguna cosa a su guardador, que tenuto es el señor de pechar al otro aquello quel furtase; mas si el que lo dio en guarda non lo sopiese, entonce en su escogencia es de pechar el furto o desamparar el siervo ⁵ por emienda del furto que fizo.

Ley X: 1. deben seer en todas guisas entregadas a aquel que las fizo (17). 2. tener (Y1). 3. prenda (Y1), pyndra (Y6), pendra (17, 18, B). 4. aquel otro (V, 18). 5. o dejar el siervo (Y1).

III

LA «JUNTA PARA LA CORRECCION DE LAS LEYES DE INDIAS»

Cuando Felipe V ocupó el trono de la monarquía española, la legislación de Indias había recorrido ya en su evolución un ciclo completo. La abundante legislación de los monarcas Borbones, junto con la de Carlos II posterior a 1680, hizo que la Recopilación indiana quedase prontamente incompleta. «Los inconvenientes de la existencia al lado de un cuerpo general de leyes, de un número cada vez mayor de reglas que lo añadían, modificaban o derogaban, hizo pensar a los Monarcas en un pronto y eficaz remedio»¹. Muro Orejón ha dado a conocer la historia de los diversos intentos realizados durante el siglo XVIII para reformar la Recopilación². Primeramente se trató, en 1755, de reimprimir ésta, pero el parecer del Consejo de Indias fue negativo. En 20 de marzo de 1771 el Consejo se dirige al Rey en favor de adicionar las nuevas leyes, posteriores a 1680, al Código del XVII, y en 10 de mayo de 1773 vuelve a insistir sobre lo mismo³. La respuesta de Carlos III es una Real Cédula de 9 de mayo de 1776, que comisiona a D. Miguel José Serrador y D. Juan Crisóstomo de Ansótegui para que formen un nuevo Código de Leyes de Indias, utilizando todos los documentos que considerasen necesarios «y también las colecciones de Cédulas y noticias que ha hecho D. Manuel José de Ayala»⁴. El Código así formado pasará a una Junta de Leyes, cuya misión será ir examinando «las que vayan formando los dos comisionados», y luego estas leyes «calificadas después por todo el Consejo, me las consulte nuevamente para mi Real aprobación».

De acuerdo con esta Real Cédula, a la Junta le corresponde una labor en cierto modo secundaria. El Código lo formarán

1. A. MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias, Proyectos de Recopilación Legislativa posteriores a 1680*, en «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 48, Madrid, 1929, pág. 2.

2. Vid. la o. c. en la nota anterior, en especial el epígrafe «Proyecto de adición de la Recopilación de Indias de 1680».

3. Archivo General de Indias, Indiferente General, 1652; vid. A. MURO OREJÓN, o. c., pág. 13.

4. La Cédula de referencia se encuentra en el citado legajo del A. G. I., y la publica asimismo MURO OREJÓN en su o. c.

los dos comisionados Serrador y Ansótegui, y lo presentará al Rey el Consejo después de revisarlo convenientemente. La tarea de la Junta es intermedia: examina lo hecho por los comisionados antes de que pase al Consejo. Se pretende, pues, que el nuevo Código, obra de dos personas, se revise por otras cinco —la Junta— y luego por el pleno del Consejo, antes de llegar a la aprobación real.

Sin embargo, este plan de trabajo previsto en 1776 nunca llegó a ponerse en práctica. En 1780 Juan Crisóstomo de Ansótegui presenta concluido un proyecto del Libro I del nuevo Código, debido exclusivamente a él (Serrador fue jubilado sin haber llegado a realizar la labor que se le había encomendado) ⁵. El Rey envió, con fecha 7 de septiembre de 1780, el proyecto de Ansótegui a la Junta; pero no con la indicación de que realice un examen intermedio y pase su resultado al Consejo, sino con la orden de que examine el proyecto y lo corrija consultando directamente al Monarca, y sin que el pleno del Consejo tenga ya que intervenir para nada ⁶.

La «Junta de Leyes» de 1776 queda así convertida en «Junta para la corrección de las leyes de Indias» o «Junta legislativa» ⁷, «Comisión legislativa» ⁸, «Junta del nuevo Código de leyes de Indias» ⁹ o «Junta codificadora Carolina» ¹⁰, o, finalmente, «Junta nombrada para corregir y adicionar las leyes de Indias» ¹¹.

Esta Junta codificadora se encargará desde principios de 1771 —utilizando como material fundamentalmente la recopilación de Carlos II y el proyecto de Libro I de Ansótegui— de preparar un nuevo Libro I del futuro Código indiano ¹². Este trabajo duró hasta 1790, fecha en que la Junta entregó tal Libro I a Carlos IV. Con posterioridad a esta fecha, no se detienen los trabajos codificadores indianos, pero quedan ya encomendados a organismos diferentes de la Junta de 1776.

Vamos a intentar aquí exponer la historia de la Junta Carolina desde el 9 de mayo de 1776 al 2 de noviembre de 1790, cuan-

5. Vid. J. MANZANO MANZANO, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias (Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansótegui)* en «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 73-74, Madrid, 1936.

6. A. G. I., l. c.

7. A. MURO OREJÓN, o. c., pág. 14.

8. J. MANZANO MANZANO, o. c., pág. 10.

9. J. MANZANO MANZANO, o. c., pág. 11; A. DE LA HERA, *El Regalismo Borbónico en su proyección indiana*, Madrid, 1963, pág. 66.

10. A. DE LA HERA, o. c., *passim*.

11. A. G. I., Indif. Gen., 1653, libro núm. 155.

12. De hecho nunca llegó el Nuevo Código a tener más libros que el primero, aunque el rey —una vez concluido éste por Ansótegui— manifestó sus deseos de que la labor se continuase. Ansótegui murió poco después de concluir el Libro I (vid. A. MURO OREJÓN, o. c., pág. 19).

do con el envío del Libro I del nuevo Código a Carlos IV concluye su existencia. La Junta atravesó por tres periodos: en el primero era un organismo intermedio entre Ansótegui y el Consejo de Indias; en el segundo realiza el examen del proyecto de Ansótegui, trabajando con mucha lentitud; en el tercero, la Junta se divide en dos, una plena y otra particular, y da término a la codificación del Libro I. La razón de la división de la Junta en dos fue precisamente la lentitud con que procedía a desempeñar su misión, tratándose con este sistema de hacer más fácil la rápida expedición de los trabajos. Se había previsto, en efecto, en el Real Decreto de 30 de noviembre de 1780 que los días de sesión de la Junta serían los lunes y los miércoles de cada semana. Solamente muy avanzado el año 1781 comenzaron efectivamente los trabajos, y determinadas vicisitudes fueron espaciando las reuniones a lo largo de los años comprendidos entre esta fecha y 1788. El 30 de marzo de este año, fecha de la división de la Junta en particular y plena, se dispone que la primera se reunirá todos los días laborables, y la plena examinará cada semana o cada quince días el trabajo de la anterior¹³. Insertamos a continuación un cuadro que permite seguir los diversos periodos por los que la Junta atraviesa, y ver quienes son en cada uno de ellos los miembros que la integran.

JUNTA DEL NUEVO CODIGO

(9-V-1776 a 2-XI-1790)

PRIMER PERÍODO

Sometida al Consejo

(en este período la Junta no actúa; espera que Ansótegui termine su trabajo)

9-V-1776 (*creación de la Junta*)
a 8-VI-1781:

Presidente:

Manuel Lanz de Casafonda.

Vocales:

Felipe Santos Domínguez.

José Pablo de Agüero.

Jacobo de la Huerta.

Antonio Porlier.

Secretario:

Manuel José de Ayala.

13. A. MURO OREJÓN, o. c., págs. 22-23.

SEGUNDO PERÍODO

Junta legislativa

(realiza el examen del Proyecto de Ansótegui, trabajando con mucha lentitud)

8-VI-1781 (*dimisión del Secretario Ayala*) a 1-I-1782:

Presidente:

Lanz.

Vocales:

Domínguez.

Agüero.

Huerta.

Porlier.

Secretario:

Luis de Peñaranda y Haro.

1-I-1782 (*cese del vocal Agüero por enfermo*) a 21-XI-1785:

Presidente:

Lanz.

Vocales:

Domínguez.

Huerta.

Porlier.

Conde de Tapa.

Juan González Bustillo.

Secretario:

Peñaranda.

Escribiente:

Juan Miguel Represa.

21-XI-1785 (*muerte de Peñaranda y cese de Lanz y Porlier por traslado*) a 30-III-1788:

Presidente: deja de haber.

Vocales:

Domínguez.

Huerta.

Tapa.

Bustillo.

Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres.

José García de León y Pizarro.

Secretario:

Antonio Porcel.

Escribiente:

Represa.

TERCER PERÍODO

Juntas Plena y Particular

(término de la codificación)

30-III-1788 (*creación de las Juntas Plena y Particular*) a 2-XI-1790 (*final de la tarea*):*Particular* (reunión diaria):

Tepa.

García de León.

Plena (reunión espaciada):

Tepa.

García de León.

Huerta.

Bustillo.

Gutiérrez de Piñeres.

Secretario:

Porcel (de ambas).

Escribiente:

Represa.

Esta fue la Junta que codificó el Derecho eclesiástico indiano. Aunque para hacerlo utilizó tanto la Recopilación de 1680 como el Proyecto de Ansótegui y las Leyes del siglo XVIII, en realidad realizó una nueva obra: el Código que se presentó a Carlos IV en 1790 guarda bastante parentesco con la Recopilación, si bien la modifica en muchas partes, hasta el punto de alterar el orden de los títulos e introducir títulos totalmente nuevos; se atiene en buena parte a la legislación borbónica, y mucho menos al Proyecto de Ansótegui; en fin, propone un crecido número de leyes nuevas. En una obra de tal envergadura tiene que quedar, por fuerza, la impronta de sus autores: los vocales de la Junta, según sea su ideología, influyen cada uno poderosamente en las leyes que codifican. Todos ellos son Ministros del Consejo, varios han estado en Indias ocupando cargos de gobierno, y en general son buenos peritos en derecho y excelentes conocedores de la realidad indiana; Porlier deja la Junta para ser Ministro del Despacho de Gracia y Justicia¹⁴ y Lanz simultanea sus funciones de Presidente con las de Decano del Consejo, y en calidad de tal debe ausentarse muchos días de las reuniones para presidir aquel Supremo Organismo¹⁵; Tepa es también miembro de la Cámara, ade-

14. A. MURO OREJÓN, o. c., pág. 22.

15. A. G. I., l. c., «Libro de los Acuerdos de la Junta nombrada para corregir y adicionar las Leyes de Indias»: en las Actas de las reuniones de la Junta pueden comprobarse las frecuentes ausencias del Presidente Lanz de Casafonda motivadas por esta causa.

más de serlo del Consejo¹⁶, si bien rara vez faltó a la Junta.

Leyendo atentamente las actas de sus reuniones, se observa a la Junta dividida por lo común en tres grupos: uno, regalista al viejo estilo de Solórzano o Salgado, encarnado por el Conde de Tepa; otro, partidario de la libertad de acción de la jerarquía eclesiástica, cuyo principal portavoz es don Juan González Bustillo; y un tercero, que diríamos ecléctico, formado por el Presidente Lanz de Casafonda y don Antonio Porlier. Los vocales Domínguez y Huerta suelen inclinarse a Bustillo; sobre los vocales Pizarro y Piñeres no cabe emitir juicio, pues se han perdido las Actas de los últimos años de la Junta, únicos en que intervienen, y en cuanto a Agüero, prácticamente no llegó a ejercer su cargo antes de su relevo por enfermo.

Bustillo tenía, pues, tres votos: él, Domínguez y Huerta. El Conde de Tepa, uno, el suyo propio, siempre en favor de las más avanzadas regalías. La decisión dependía de Lanz y Porlier, que inclinaban la votación a Bustillo —rara vez—, a Tepa —con alguna mayor frecuencia, y aprovechando las frecuentes ausencias de Domínguez hacían mayoría—, o a una solución ecléctica capaz de atraer algunos votos de los opuestos a Tepa —lo más frecuente—. Estas soluciones eclécticas suelen ser muy habilidosas. Tepa era un regalista a la vieja usanza, convencido de que toda la base del derecho real —derecho que es ni más ni menos que el de Vicario Pontificio para todo lo no dogmático, etc.—, está en las Bulas de 1493; piensa como pensaban en el xvii. La debilidad de sus argumentos, aparentemente los más duros, es evidente en un siglo en que triunfa, como se sabe, la teoría de las regalías de la Corona como tal Corona, sin intervención papal concesoria. Estas regalías representan un peligro mayor para la Iglesia que el Vicariato, tan caro al Conde de Tepa, al cambiar de eclesiástica a civil la base jurídica de la potestad Real en lo eclesiástico. Y precisamente lo que hacen Lanz y Porlier, con mucha habilidad, es aprovecharse del extremismo de Tepa para ir consiguiendo de los otros vocales que voten leyes en apariencia moderadas, en realidad regalistas al nuevo estilo de la Ilustración.

No se ha puesto atención hasta hoy en esta composición interna de los partidos en la Junta, en la que, a nuestro modo de ver, radica precisamente el fracaso definitivo de su tarea codificadora. Como es sabido, el Libro I del nuevo Código, presentado en 1790 a Carlos IV, no llegó nunca a tener vigencia

16. A. G. I., l. c., donde se contiene la Real Cédula de 30-III-1788 en que se especifica este cargo del Conde de Tepa.

legal¹⁷. Muro Orejón manifiesta que no se conocen las razones que movieron a Carlos IV a no promulgar el Código¹⁸, si bien cabe pensar, en su opinión, que el Consejo de Indias, «molesto por las facultades que a la Junta Codificadora otorgaba el Real Decreto de 7 de septiembre de 1780¹⁹, quería imponer su marchamo a una obra en la que él no había tomado parte»²⁰.

Tal posibilidad no ha de ser desechada, pero sí avalada con otras razones, que derivan del contenido mismo del Código y del juego de partidos que actuó en la Junta. Giménez Fernández apunta a este respecto una idea muy útil; ante el fracaso de la reforma de la Iglesia indiana por medio de los Concilios y visitas de regulares (intentada a partir de 1768) se acude «a forjar (1777-1790) un nuevo Libro I (gobernación espiritual) de Leyes de Indias, de las que, pronto, la caída de Floridablanca y la reacción antivolteriana bajo Ceballos, hizo prescindir»²¹. Y, más tarde, añade que «el fracaso de la reforma carolina se acentuó durante el reinado de Carlos IV, donde en dos sucesivas ocasiones los embajadores en Roma, Azara (28-III-1792) y Labrador (21-X-1801), desahucieron, por ser de imposible aprobación, los cánones regalistas del IV Concilio Mexicano, no

17. El problema de la vigencia del Código, resuelto positivamente por E. RAVIGNANI (*Historia Constitucional de la República Argentina*, I, Buenos Aires, 1926) y negativamente por D. J. ARRIOLA (*Instituciones Novísimas de Derecho Civil de España e Indias*, Guatemala, 1876), es resumido por A. MURO OREJÓN (o. c., págs. 50-52) tal como se hallaba en su momento, al par que se inclina por la tesis negativa. Esta parece, sin duda, la solución correcta: Carlos IV y Fernando VII también lo consideraban así, y la labor de revisar el Libro I del Nuevo Código fue de nuevo encomendada a D. Antonio Porcel; después de la guerra de la Independencia llegó a constituirse una nueva Junta, pero sus trabajos no dieron ningún resultado definitivo antes de la emancipación americana. Algunas leyes aisladas del Nuevo Código sí que tuvieron vigencia en las Indias: vid. A. MURO OREJÓN, *Leyes del Nuevo Código vigentes en América*, en «Revista de Indias», Madrid, 1944; A. DE LA HERA, *Reforma de la inmunidad personal del clero en Indias bajo Carlos IV*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», Madrid, 1960.

18. O. c., pág. 33.

19. Es el Real Decreto que atribuye a la Junta facultades legislativas, independientemente del Consejo de Indias.

20. Existe una consulta del Consejo, recogida por A. MURO OREJÓN (*El Nuevo Código*, cit., pág. 34), de fecha 26 de abril de 1794 (en A. G. I., l. c.) en la que este organismo «se opone a la publicación del Libro I del Código hasta tanto no se relea y examine por el Pleno del mismo»; Carlos IV toma esta consulta en consideración, ordenando por Real Decreto de 9 de julio de 1799 que pase al Consejo el Código revisado por D. Antonio Porcel.

21. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Las Regalías Mayestáticas en el Derecho Canónico Indiano*, en «Anuario de Estudios Americanos» VI, Sevilla, 1950, pág. 6.

obstante ser el más templado de todos los de inspiración campomanesca, mientras Cavallero no se atrevía a promulgar el no menos regalista Libro I del Nuevo Código (25-III-1792)»²².

Según esta teoría, dos causas llevaron al fracaso el Código carolino. La primera, que, siendo un instrumento de la política reformista de la Iglesia indiana sustentada por Carlos III y sus Ministros, se le abandonó a la vez que a tal política. La segunda, que el Código resultó tan subidamente regalista, que no se atrevieron a publicarlo así, como no se atrevieron a publicar el Concilio IV Mexicano, que quedó para siempre, como el Nuevo Código, convertido en un documento valioso sólo para los historiadores. La primera de estas causas hay que entenderla con reservas, pues Carlos IV no dispuso que se prescindiera del Libro I, sino que se revisara. De este lado vale la tesis de Muro —deseo de intervención del Consejo— y la de Giménez Fernández, ésta en el sentido de que al fracasar la reforma de la Iglesia fracasa el Código «preparado *ad hoc* para ella», pero no el Código en sí considerado cuya obra se prosigue.

En cuanto a la segunda causa, el excesivo regalismo del Nuevo Código, nos parece muy interesante y, hasta ahora, sin desarrollar. La frase de Giménez Fernández, «Cavallero no se atrevía a promulgar el no menos regalista Libro I del Nuevo Código» es susceptible de comprobación. Hemos dicho anteriormente que, en la Junta, Tepa representaba el regalismo hiriente, al viejo estilo, y Lanz y Porlier el sutil regalismo dieciochesco. Mientras los tres estuvieron en la Junta, el Código fue saliendo con un perfil aparentemente moderado, procurando evitar en sus leyes todo lo que a la jerarquía eclesiástica pudiese parecer duro o difícil de aceptar: un Código al estilo de los Prelados que, entusiastas por las nuevas corrientes filosóficas, gobernaban las diócesis y las religiones²³. Pero tanto Lanz como Porlier abandonan la Junta antes de dividirse ésta en particular y plena; y a partir de entonces, la tarea de la formación del Código —obra de la particular, que revisa y encomienda todo lo hecho hasta allí— pesa sobre el Conde de Tepa y el nuevo vocal Pizarro, inexperto y desconocedor de toda la codificación ya realizada. No cabe duda, pues, de que en la Junta particular el Conde de Tepa impuso, en reuniones día a día,

22. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, o. c., pág. 7.

23. A. DE LA HERA, *El Regalismo Borbónico*, cit., págs. 33 y ss.; vid. también la «Carta del Obispo y el Cabildo de Puebla de Los Angeles al Rey Carlos IV, sobre las disposiciones del Nuevo Código de Leyes de Indias referentes a la inmunidad eclesiástica (18 de noviembre de 1799)», publicada por mí en *Reforma de la inmunidad*, cit., págs. 560-616.

su sello personal al Código, siendo muy difícil que la Junta plena, en la que dominaba Bustillo, pudiese borrar la obra de Tepas sólo a base de sesiones semanales o quincenales. No se conocen desgraciadamente las Actas de las Juntas plena y particular, pese a la búsqueda realizada con todo detenimiento en el Archivo de Indias, pero basta con el Real Decreto de 30 de marzo de 1788, que dividió en esas dos Juntas la única primitiva, para comprender cómo se realizó a partir de entonces la codificación y repaso de lo ya hecho, y ver que los Ministros de la particular —«que entiendan en el trabajo de la preparación, coordinación y arreglo de las leyes nuevas y calificación de las antiguas»—, asistentes también con «voto decisivo» a la plena, son los que cargan directamente con la mayor responsabilidad en la redacción definitiva del Código. Es decir, que el regalismo subido de que éste adolece es atribuible en buena parte a Tepas, habiendo el Libro I, de resultados del triunfo del Conde y de su tendencia ideológica, resultado inaceptable o al menos excesivamente escandaloso, tal como juzgó Azara a otro documento de igual indole, el Concilio IV Mexicano²⁴.

Para el mejor conocimiento de los miembros de la Junta, vamos a añadir algunos detalles más que contribuyan a completar los ya conocidos por los autores, y que arrojan mayor luz sobre unas personas de las que puede decirse lo que Giménez Fernández dice del fiscal Porlier: que de sus «caracteres y circunstancias pocos detalles han llegado hasta nosotros»²⁵.

Exceptuando precisamente Porlier, que llegó a ocupar una Secretaría del Despacho, ninguno de los demás vocales de la Junta alcanzó en el futuro gran notoriedad. El Presidente Lanz había sido un conocido abogado ya en su juventud y fiscal después, autor de notables informes²⁶, consejero de Indias y de Castilla²⁷. Dejó también algunos escritos, que le han dado fama de humanista, a través de los cuales nos es dado conocer sus opiniones sobre algunos puntos de interés. Refiriéndose a la decadencia de las letras españolas en el siglo XVIII, tema de muchas críticas por aquel tiempo, cree Lanz de Casafonda que, lejos de ser cierta, brillan entonces autores muy importantes, entre los que es el primero el jesuíta Burriel, que, en Toledo,

24. Vid. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *El Concilio IV Provincial Mejicano*, Sevilla, 1939, págs. 101-102.

25. O. c., pág. 26.

26. M. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, V, Santander, 1947, págs. 203-204, n. 1.

27. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ dice de Lanz que se encuentra entre los sucesores como fiscal de Campomanes y Moñino, refiriéndose a su menor valía en comparación con éstos (o. c., pág. 30).

y por encargo de Rávago, realizó investigaciones muy importantes sobre las regalías. Y «lo que hay más que admirar es, que este religioso después de haber malogrado más de la mitad de su vida en las disputas verbales de la Escuela, se haya aplicado a este género de estudio tan embarazoso, y haya tenido lugar para estudiar en tan breve tiempo lo necesario para dar a luz una obra de tantos cabos». «Es verdad —añade Lanz poniendo sus palabras en boca de los interlocutores que figuran en su obra—, que no son muchos los que saben estas cosas..., y te puedo asegurar que las personas más literatas en Madrid, son aquellas que tienen menos motivos y obligación de serlo; y al contrario aquellas que por su profesión y estado debieran aplicarse a estos estudios, son los que más las ignoran. Los Fraylès, por ejemplo, que debieran saber la Escritura, la Teología, la Historia de la Iglesia, y las Lenguas sabias, poco de esto saben según la carrera común de sus estudios, a excepción de algunos a quienes traté, que se distinguieron por su particular aplicación. Los demás no salen de su Teología de cartapacio, y lo peor es, que piensan que no hay más Teología que saber, y que esta es la única y necesaria en la Iglesia de Dios para defender sus dogmas, e impugnar los errores contra la fe. Y al mismo tiempo hay seglares, gente de secretaría y cobachuelas, que saben con todo fundamento la Teología dogmática, la Lengua hebrea, y todo género de erudición»²⁸.

Su opinión general sobre la ciencia de los eclesiásticos la traslada Lanz de Casafonda al punto concreto de las regalías. Y para darnos suficiente prueba de su pensamiento, mantiene que es un absurdo que los eclesiásticos se dediquen a escribir sobre Regalía, materia que cree que les es completamente ajena²⁹. Representa, por tanto, el Presidente de la Junta la tendencia laicizante del siglo, y sostiene la plena independencia del poder civil en cuanto a declarar las regalías, ya que sustrae éstas incluso al conocimiento científico de los eclesiásticos. A éstos les reserva, según se ve en la cita anterior, la filosofía

28. M. LANZ DE CASAFONDA, *Del estado presente de la Literatura en España, del de las tres Universidades mayores de Castilla, y de sus Colegios Mayores, entre dos Abates napolitanos* (la obra aparece publicada sin indicación de lugar ni fecha; la encabeza una *Nota del editor* que señala a Lanz como su autor; publicada después de fallecido éste), págs. 126-128 y 124.

29. Cfr. M. LANZ DE CASAFONDA, o. c., págs. 124-125: «Esto proviene de que regularmente hablando ninguno se aplica a la ciencia que prospera, haciendo muchos ostentación de escribir sobre materia bien ajena de su profesión... Ví que los médicos escribieron de Filosofía Moral, los frailes de Medicina, los Magistrados seculares, aunque en nombre de otros, de liturgia y los Eclesiásticos de Regalía».

moral o ética y la liturgia —la dirección de las conciencias, pues, y el culto—, si bien la Junta que presidía llegó en ocasiones a reglamentar también algunos puntos meramente litúrgicos.

Distinto de Casafonda era el Conde de Tepa. Su opinión sobre la potestad real se manifiesta repetidas veces en las Actas de la Junta. Para conocerle, comparativamente con Lanz, basta un botón de muestra, extractando de las propias Actas; se estaba tratando de la delicada materia de «cuartas funerales», una de las cargas económicas que más interés se tuvo en suprimir y reducir. La opinión de la mayoría, más templada, la expone Porlier, que, como dijimos, forma con Lanz el grupo que tiende a atraer a Bustillo y sus seguidores con medidas en cierto modo templadas, frente al exaltado Tepa³⁰. El Conde en su voto singular contra la mayoría, argumenta así: «si el Rey ha tenido potestad, como no puede dudarse, para mandar, y prohibir todo lo que queda expuesto en materia de cuartas, ¿quién podía negar igual potestad para abolirla? y si tiene esta potestad, ¿por qué no ha de atender más al bien de los indios pobres y miserables que al bien de los Obispos de rentas quantiosas?»³¹. Y enfrente del Conde de Tepa, a veces aislado, a veces aviniéndose al parecer mediatizador y hábilmente regalista de Porlier, D. Juan González Bustillo, representante en la Junta de la opinión más respetuosa con la jerarquía eclesiástica y con su derecho a legislar por sí misma en materias canónicas. También son muy interesantes sus votos singulares, como el que dio negándose a votar en pro de otorgar al vicepatrono real —en lugar de al Obispo— el conocimiento de los recursos resultantes de las oposiciones a prebendas, «por... la suma repugnancia que a dicho señor hace la Cédula que atribuye dicha jurisdicción a los vicepatronos contra lo que se dispone por varias bulas y concilios provinciales de Indias»³².

Esto, por lo que hace a los vocales de la Junta hasta el momento en que conservamos las Actas. A partir de entonces entran en la Junta sólo dos personajes nuevos: D. José García de León y Pizarro y D. Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres. Y si bien no sabemos nada de sus opiniones perso-

30. A. G. I., l. c., ff. 383 v.—388 v.

31. A. G. I., l. c., f. 373 v.; vid. también el «Voto de la mayoría de la Junta Codificadora sobre la nueva Regalía en el nombramiento de visitadores en Sede Vacante», que incluyo en *El Regalismo Borbónico*, cit., págs. 289-304.

32. A. G. I., l. c., fol. 320-320 v.; vid. también el «Voto de la minoría de la Junta Codificadora sobre la nueva Regalía que se quiere establecer en el nombramiento de visitadores en Sede Vacante», publicado por mí en o. c., págs. 277-288.

nales en la redacción del nuevo Código, son, en cambio, los vocales cuyos antecedentes son más conocidos; los dos, antes de entrar en la Junta, habían desempeñado cargos de importancia en las Indias, por lo que se les puede suponer buenos conocedores de la realidad de los problemas indianos, si bien lo cierto es que ninguno de los dos logró salir muy airosamente del cometido que en las Indias se les confiara.

Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres fue, como se recordará, el famoso visitador de Nueva Granada, contra el que se levantó la sublevación de los Comuneros en 1780. Piñeres no acertó a dominarla y se vio en la necesidad de huir, dejando el revuelto país en manos del Virrey Flores, que logró apaciguar la zona³³. En cuanto a D. José García de León y Pizarro, ocupó por los mismos años el cargo de Regente-visitador de la Audiencia de Quito. Allí le acompañó su hijo, futuro Ministro bajo Fernando VII, que siendo un niño, fue nombrado por influencia de su padre para la rica Sacristía de Guayaquil, que conservaba después de regresar a España, y siendo ya su padre Consejero de Indias. El hecho dio lugar a un incidente en que se enfrentan precisamente Porlier —ya fuera de la Junta del Código— y García de León, miembro entonces de ella. Lo relata el hijo de éste y Ministro de Fernando VII en sus «Memorias»; refiere cómo en 1790, estando ya hacia tiempo en España, se nombró a él —al autor de las *Memorias*— agregado en la Embajada de Berlín: «mi desco de soltar la capita de Abate y la escrupulosa honradez de mi padre le dispuso instantáneamente a presentar la renuncia de la Sacristía de Guayaquil, sin conservarla por años y años como otros, ni permutarla con pensión o beneficio simple o hacerla Caballerato: y, sin embargo, ¿quién lo creyera?, esto produjo un nuevo ejemplo de lo que son las cosas del mundo; mientras caminaba la renuncia para el diocesano, Don Antonio Porlier (que llevó el Ministerio de Indias en rivalidad del Consejero Pizarro por su introducción en la Corte, y a pesar del Conde de Floridablanca), por envidia había representado al Rey que Pizarro conservaba el beneficio eclesiástico: pero con tal desgracia por su parte, que al tiempo de cebar su rencor en el oficio que pasó sobre el particular, llegó la respuesta del diocesano admitiendo la renuncia, dando a la virtud del Consejero Pizarro, el medio más brillante de responder a su injusto enemigo, el cual quedó corrido, pues todo se supo en la Corte y quedó triunfante la inocencia»³⁴.

33. C. ALCÁZAR, *Los virreinos en el siglo XVIII*, t. XIII de la «Historia de América y de los pueblos americanos», dirigida por A. Ballesteros, Barcelona, 1945, págs. 277 y ss.

34. Vol. I, págs. 18-19.

De la simple lectura de esta carta surge ya la sospecha de que el autor exagera la «escrupulosa honradez» de su padre el Consejero de Indias, ya que parece lógico que la Sacristía se hubiese renunciado en el momento mismo de abandonar las Indias para regresar definitivamente a España, al Consejo de Indias; conservarla durante la estancia en la Península, y precisamente hasta que recayó en el autor un nuevo nombramiento, el de Agregado en la Embajada de Berlín, no permite admirarse tanto de que el Ministro Porlier, enemistado con León, se creyese en el caso de denunciar el hecho. Cuanto más que Porlier —que no parece tuviera muchas razones para envidiar a Pizarro, al que sin duda aventajaba bastante en carrera política—, tenía otros motivos para proceder contra García de León Pizarro, motivos que el hijo de éste calla, pero que consistían en una acusación formal contra el antiguo regente de la Audiencia de Quito, sobre la que se abrió un proceso. Lo refiere el virrey de Nueva Granada Gil y Lemos al Ministro Porlier, en carta fechada en Santa Fe el 15 de junio de 1789 (antes, pues, de la renuncia a la Sacristía, y en pleno funcionamiento de la Junta)³⁵. Da cuenta al Virrey de su intervención en el proceso abierto por el oidor de la Audiencia de Quito, D. Fernando Quadrado, proceso iniciado por Real Orden que indicaba se siguiese con sigilo, dado el carácter de Consejero de Indias del acusado, contra el que se habían presentado muchas denuncias por su gestión como Regente-visitador. Es tal el volumen de las acusaciones, que resulta imposible guardar el sigilo requerido, según manifiesta el Virrey, a quien duele mucho tener que ocuparse de un caso doblemente desagradable para él, por el carácter adusto de Pizarro y por la amistad que les unía. De resultas del informe del oidor Juez comisionado D. Fernando Quadrado Valdenegro, expresa Gil y Lemos que son ciertos los cohechos atribuidos a Pizarro: venta de empleos y cargos, civiles y eclesiásticos «con grave perjuicio de la administración»³⁶.

Este era el nuevo vocal de la Junta del nuevo Código García de León y Pizarro, nombrado para el cargo lo más tarde en 1788, un año antes de la carta de Gil y Lemos al Ministro Porlier, y probablemente aún más pronto de esta fecha. En tales condiciones formó parte de la Junta, no solamente plena, sino particular —nombrado para esta el 30. III. 1788, junto con Tapa—. Es de suponer que su influencia, dados

35. La Junta celebró su última sesión el 13 de diciembre de ese año.

36. A. G. I., Santa Fé, 612. Trae la cita E. SÁNCHEZ PEDROTE, *Gil y Lemos y su Memoria sobre el Nuevo Reino de Granada*, en «Anuario de Estudios Americanos», VIII, Sevilla, 1951, págs. 14-15.

sus antecedentes, no debió coartar en demasía al Conde de Tepa en sus exageraciones ideológicas.

En fin, una palabra sobre los secretarios de la Junta. El primero de ellos, Manuel José de Ayala, no llegó a actuar como tal, dimitiendo antes de que se comenzase el examen del Proyecto Ansótegui. Su influencia, sin embargo, fue grande: por expresa orden del Rey se entregan a Ansótegui las colecciones de Cédulas y noticias sobre Indias, reunidas por Ayala; y la Junta utilizó siempre como fuente fundamental de su tarea —en calidad de legislación del XVIII— el Cedulaario de este autor. Su personalidad es sobradamente conocida, se ha publicado bastante sobre él³⁷ y esto nos excusa de detenernos más con su figura, siendo así además que no fue el, sino sus colecciones de Cédulas, las que estuvieron día a día presentes en las reuniones de la Junta.

Los demás Secretarios, D. Luis de Peñaranda y D. Antonio Porcel, grises oficiales del Consejo, pasan sin dejar su huella en absoluto en el nuevo Código³⁸, y el escribiente Juan Miguel Represa, que no ahorró esfuerzos después de la guerra de la Independencia para que la labor de la Junta no resultara estéril³⁹, tampoco tiene ninguna influencia ideológica en la recopilación borbónica.

ALBERTO DE LA HERA.

37. J. MANZANO MANZANO, *Las «Notas» a las Leyes de Indias de Manuel José de Ayala*, Madrid, 1935, en cuya Introducción, así como en el Prólogo de R. Altamira, se encuentra recogida la principal bibliografía sobre Ayala hasta aquel momento.

38. Peñaranda, a quien se debe la redacción del único Libro de Actas de la Junta que se conoce, se revela en él como un burócrata que cumple con exactitud su cometido y se atiene a él. Durante la mayor parte del tiempo en que desempeña la Secretaría de la Junta se encuentra enfermo, y el cargo le proporciona un exceso de trabajo y diversos disgustos, de todo lo cual deja testimonio expreso en las Actas. Murió en 1785, mientras aún ocupaba el cargo, al que había renunciado sin que la renuncia le fuese aceptada. En cuanto a Porcel, el 9 de julio de 1799 se le encargó la revisión completa de la Recopilación de Indias, utilizando al efecto el Libro I nuevo, y se limitó «a presentar al Monarca en 1803 el libro primero del Código, adicionado con las reales resoluciones, expedidas desde el año 1791, en que cesó la Junta en sus funciones» (*Informe de Represa*, en 24. I. 1820, a la Junta nombrada por Fernando VII: A. G. I., l. c.). Esta conducta de Porcel ante una oportunidad como la que se le ofreció, y su gris labor como sucesor de Peñaranda, bastan para calificarle.

39. A. MURO OREJÓN, *El Nuevo Código*, cit., págs. 38 y ss.

IV

ANTE UNA NUEVA EXPOSICION DE CONJUNTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

1. En los treinta años que el profesor García-Gallo lleva dedicados, de forma constante y exclusiva, al estudio y la enseñanza de la Historia del Derecho, pueden señalarse cuatro momentos de verdadera importancia para la historiografía jurídica española, que coinciden con la publicación de diferentes obras en las que acomete la tarea, siempre difícil, de exponer la Historia del Derecho español en su conjunto. En 1934, en colaboración con el profesor Román Riaza, muerto en 1936, publicó el *Manual de Historia del Derecho español*; en 1940, una *Historia del Derecho español*, que aspiraba a ser un tratado completo; en 1946, un *Curso de Historia del Derecho español*, y, entre los años 1959 y 1962, el *Manual de Historia del Derecho español*, al que hoy dedicamos nuestra atención*.

El éxito del *Curso* mereció elogiosas reseñas por parte de prestigiosos especialistas de la disciplina. Los profesores Fr. José López Ortiz, obispo de Tuy, y José Maldonado, supieron, con certero juicio, medir en toda su profundidad y amplitud el alcance de la obra y valorarla debidamente, al mismo tiempo que dejaron constancia de la altura científica alcanzada por nuestra disciplina a raíz de su publicación. Concretamente, el profesor López Ortiz la califica de trabajo elaborado a conciencia, lleno de aportaciones personales, orientador incluso para los especialistas de materias que el historiador del Derecho se ve también obligado a estudiar, destacando el gran esfuerzo realizado para conseguir la síntesis que la naturaleza de la misma imponía (cfr. *Un avance en la Historia de nuestro Derecho patrio*, en *Arbor. Revista general de la Investigación y la Cultura*, VII, 1947, 67-73). Por su parte, el profesor Maldonado puso de manifiesto el firme método utilizado en su elaboración, la claridad que la caracteriza, su originalidad en muchos aspectos, la

* ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I, *El origen y la evolución del Derecho*; II, *Metodología histórico-jurídica y Antología de fuentes del Derecho español*, 2.^a edición revisada. Madrid, 1964. LIX + 992 y LVIII + 1298 págs.

seguridad de los datos utilizados y el orden con que los maneja el autor, para concluir resaltando la preocupación jurídica a que responde (cfr. *Ante una exposición de conjunto de la Historia del Derecho español*, en este ANUARIO, 17, 1946, 1010-1025).

La preparación del profesor García-Gallo para acometer la exposición de conjunto de nuestra Historia jurídica quedó demostrada ampliamente. Fue entonces, a poco de ver la luz el *Curso*, cuando el profesor Maldonado, consciente de lo que escribía y representando el parecer de la generalidad de los cultivadores de la disciplina, hizo responsable al profesor García-Gallo de llevar a buen fin la exposición completa de la Historia del Derecho español: "En el estado actual de la Historia del Derecho en España, Alfonso García-Gallo tiene asignada una misión que no puede eludir, porque sólo él es capaz de llenarla cumplidamente: esta elaboración de conjunto. Aunque a veces sus actividades docentes se desarrollen en algún aspecto especializado, tiene el deber de no descuidar este conjunto. Deber para con nuestra disciplina y para la Escuela de Hinojosa" (pág. 1025). Al escribir hoy estas líneas, casi veinte años después que las precedentes, podemos afirmar que el profesor García-Gallo, no obstante su continua labor de investigación, plasmada en la serie de monografías que durante ese período ha publicado, ha sido consecuente con la misión que entonces le fue confiada. La publicación del *Manual* supone el renovado esfuerzo del autor por cumplirla de la mejor y más perfecta manera posible.

Con independencia de la labor monográfica que los historiadores del Derecho español vienen realizando, y que en buena medida condiciona la posibilidad de elaborar una exposición de la materia en toda su problemática, conviene no olvidar que el grado de madurez de una disciplina se mide en principio por la existencia o inexistencia de una obra de síntesis en la que aquélla se condense. Los historiadores de otros Derechos afines al español, y los juristas en general la buscan al preocuparse por la evolución de algún problema de nuestro propio ordenamiento jurídico. Al no encontrarla, quedan defraudados y pueden, con cierta justificación, dudar de la madurez alcanzada por nuestra Historia jurídica. Con estas consideraciones, tal vez pueda hablarse ya de la trascendencia que, desde el punto de vista de nuestra historiografía jurídica, poseen las exposiciones de conjunto de la disciplina, de las que el profesor García-Gallo es su principal artífice.

2. La principal característica del reciente *Manual de Historia del Derecho español* es su novedad. El propio autor la destaca, al decir de él que "en todas sus partes constituye una obra totalmente nueva" (I, pág. IX), comparado con las anteriores exposiciones de conjunto, escritas por otros especialistas y por él mismo. Los autores que me han precedido en reseñar este libro se hacen eco de las

palabras del profesor García-Gallo. Así, el profesor Federico de Castro destaca la novedad en el método de exposición "que parece suponer un distinto enfoque respecto al contenido de la Historia del Derecho" (cfr. *Anuario de Derecho Civil*, 13, 1960, 225-227). El profesor Orlandis hace constar que el Manual "no es una relaboración de alguna de las anteriores exposiciones de conjunto realizadas por el autor a lo largo de más de un cuarto de siglo", sino que "se trata de una obra radicalmente distinta, concebida, pensada y realizada toda ella *ex novo*" (cfr. *Anuario de Derecho Aragonés*, 11, 1961-62, 332-334). Alberto de la Hera considera la obra "nueva en su sistemática, nueva en su concepción, nueva en su metodología y en su contenido" (cfr. *Ius Canonicum*, 2, 2.º, julio-diciembre, 1962, 789-791). A la misma conclusión llega el profesor Zorraquín Becu, al calificarla de "fundamental y de enorme importancia para la historia jurídica hispánica, no sólo por su valioso contenido y por la colección de fuentes que reúne, sino también por el método de exposición, que altera las concepciones a las que están habituados los cultores de esta disciplina en el mundo hispanoamericano" (cfr. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 14, 1963, 183-185).

Ciertamente, el autor podía haber continuado la exposición de conjunto de la Historia del Derecho español manteniéndose en la línea tradicional. El tratado iniciado en 1940 podía haber sido terminado, o ultimado el *Curso*, completándolo con la exposición del Derecho privado—detenida en la parte del Derecho de personas—, del penal y del procesal. Hubiese sido, sin duda, una tarea más fácil. En cambio, otros y muy distintos han sido los derroteros por los que ha preferido caminar el maestro. ¿Cuál ha sido la razón de ello?

Para contestar la pregunta es preciso remontarse al año 1952, momento en que el profesor García-Gallo se halla preocupado por los problemas de concepto y método de la Historia jurídica. Fruto de esa preocupación fue la conferencia que pronunció el 25 de noviembre de ese año en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, para conmemorar el centenario del nacimiento de Eduardo de Hinojosa, bajo el título *Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa*, publicada en el volumen 23, correspondiente a 1953, de este ANUARIO, págs. 5-36, y que supuso una revisión de la problemática general de la ciencia histórico-jurídica, al reaccionar contra una Historia del Derecho concebida como ciencia que se ocupa de estudiar los diferentes sistemas jurídicos que se han sucedido a lo largo del tiempo o como historia de conceptos, contra una concepción del Derecho que lo identificase con la norma, contra la periodificación de la Historia jurídica a semejanza de la general, contra el medieva-

lismo de los historiadores del Derecho y contra la consiguiente ruptura entre el vínculo de unión que debe existir entre el Derecho histórico y el actual. Al enfrentarse con el desinterés que los juristas manifestaban entonces por la Historia del Derecho, escribió: "Frente a esta situación el historiador del Derecho puede adoptar dos posturas: o limitarse a lamentarla y continuar trabajando como hasta ahora, en un ambiente de indiferencia y en un aislamiento cada vez mayor, o revisar el planteamiento actual de estos estudios, considerar si la orientación hasta ahora seguida está o no necesitada de rectificación, y, en este último caso, tratar de encauzar sus tareas por un nuevo camino" (pág. 21). El trabajo, pues, no era solamente negativo; el nuevo camino aparecía apuntado por lo que se refiere al concepto y al método de la Historia del Derecho.

En 1954, en un nuevo trabajo, *La historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la "Deutsche Rechtsgeschichte" de Planitz*, en este ANUARIO, 24 (1954), 605-34, insiste en la necesidad del nuevo planteamiento, critica los excesos del método histórico-dogmático, desarrolla sus puntos de vista, diferentes a los tradicionales, y lo que es más importante, anuncia la elaboración de una exposición de conjunto de acuerdo con ese nuevo concepto y método: "Pero excede de este lugar —escribe— la fundamentación y desarrollo de un nuevo método, en el que al mismo tiempo había de realizarse y hacerse más fiel el proceso histórico de las respectivas instituciones. Por lo demás, sus ventajas y excelencias —también sus limitaciones y defectos— sólo podrían apreciarse exactamente a la vista de una exposición de la materia" (pág. 633).

Que el *Manual* sea una obra nueva, diferente de las anteriores exposiciones, se explica teniendo presente esta labor crítica que el autor realizó previamente sobre los métodos tradicionales. Supone poner en práctica sus conclusiones sobre la orientación y el método que deben servir de base a la hora de elaborar y exponer la Historia del Derecho.

Desde 1954 a 1959, momento en que hace su aparición el *Manual*, el autor se dedica intensamente a la preparación de éste. No es fácil describir en esta ocasión los detalles de esta etapa intermedia. Se suceden los ensayos, unos esquemas dejan paso a otros más acabados. El esfuerzo de síntesis que la obra impone, a veces parece irrealizable. Las lagunas que el estado actual de la disciplina presenta en muchos aspectos, obligan a abandonar de momento la exposición para centrarse en la investigación del punto hasta entonces no estudiado. En otros casos, los datos y las conclusiones se conocen, y son valiosas, pero hay que estructurarlos bajo el nuevo enfoque. En este período hay desalientos, porque las dificultades que era necesario vencer no eran pequeñas. Pero los que

entonces trabajábamos a su lado procurábamos en todo momento animar al maestro en el difícil camino emprendido. Una vez más tienen sentido las palabras del profesor Maldonado escritas al publicarse el *Curso*, en 1946: "todos los del grupo del ANUARIO consideramos un poco como cosa nuestra este libro de Alfonso García-Gallo; todos hemos experimentado su necesidad en nuestras cátedras universitarias; todos le hemos ido viendo crecer día a día, y todos es natural que nos enorgullezcamos por el éxito que ha alcanzado" (pág. 1025).

Poco a poco, el *Manual* iba tomando cuerpo. Los *Programas de Cátedra* del autor de 1954, 1956 y 1958 nos dan noticia del adelanto que la obra iba experimentando. En el primero, la evolución general del Derecho español, lo mismo que en el de 1958, y la teoría general del Derecho aparecen tratadas con la extensión requerida. En el segundo, junto a las cuestiones anteriores, las instituciones políticas son estudiadas de acuerdo con un criterio sistemático.

3. En 1959 se inicia la publicación del *Manual*, del que interesa ahora una descripción puramente externa. Dividido en dos volúmenes, el primero abarca una serie de cuestiones referentes al origen y evolución del Derecho español. Tras un prólogo en el que el autor justifica la obra, págs. IX-XIII, y un completo sumario del contenido, págs. XV-LIX, se abordan los problemas de concepto, método y desarrollo de los estudios histórico-jurídicos, págs. 1-23, bajo el epígrafe de cuestiones preliminares. La evolución general del Derecho español sirve de introducción, y en ella se caracteriza el proceso histórico-jurídico desde la época paleolítica hasta la actualidad, en función de los factores —políticos, culturales, religiosos, sociales, económicos, etc.— que en él han influido (págs. 25-130). La primera parte, págs. 131-481, se centra en el estudio de la teoría general del Derecho, y con detenimiento se desarrollan las siguientes materias: el concepto del Derecho (evolución de las ideas sobre el Derecho, su origen y naturaleza, fundamento y concepto), y el Derecho objetivo (fuentes de creación del Derecho, vigencia, contenido y conocimiento del Derecho, que dan paso al examen de los sistemas de fuentes de las distintas épocas). La segunda y última parte se dedica al estudio de las diferentes formas que han servido de estructura a la sociedad política española a lo largo de su historia (págs. 483-992).

El segundo volumen, precedido de un índice de materias, comprende una Metodología histórico-jurídica, págs. I-LVIII, y una Antología de fuentes del Derecho español, págs. 15-1255, 1333 textos, en la cual éstos aparecen clasificados en función de los apartados y epígrafes del volumen primero. Unas advertencias,

págs. 3-13, facilitan el manejo de las fuentes e indican el criterio seguido en la transcripción. Un índice alfabético de fuentes, págs. 1257-1298, permite la localización del texto que interesa, con prontitud.

4. Un concepto nuevo de la Historia del Derecho preside la elaboración del *Manual*. A la Historia del Derecho entendida como historia de sistemas jurídicos, o identificada con una historia de conceptos jurídicos, opone el autor un planteamiento institucional de la disciplina. El nuevo enfoque trata de superar la antítesis en principio existente entre Historia y Derecho, no resuelta ni por la posición historicista ni por la dogmática. Historia es un modo de conocer que incide, en nuestro caso, sobre el conjunto de realidades propio de una sociedad, que el Derecho regula, de una forma o de otra, en función de las causas que determinan en cada caso su evolución. Nos encontramos ante un concepto del Derecho más realista, en cuanto que no se hace coincidir con la norma, tampoco con una idea apriorística del mismo, sino con todo aquello que en una sociedad determinada ha sido organizado voluntariamente, por mucho que diste de los conceptos actuales.

Esta forma de ver las cosas se aprecia en la más reciente historiografía jurídica europea. En Italia, F. Calasso se interesa por la organización interna de la sociedad desde un ángulo jurídico, la cual hace referencia al fenómeno social por el que una sociedad regula los problemas de su propia existencia mediante un ordenamiento, en el que es posible distinguir dos elementos: organización y norma, que no se identifican, ni necesitan fundirse en una unidad superior para ser conocidos, simplemente existe entre ellos un proceso circular, en cuanto que uno presupone al otro, lo que permite entender por Derecho no sólo la norma sino también la organización que la establece. En Alemania, F. Wieacker concibe la Historia del Derecho como una historia de problemas, y en función de ellos han de estudiarse las instituciones, lo que permitirá una agrupación de éstas diferente de la que resulta en la actualidad al proceder con un criterio dogmático. En Francia, el Decreto de 27 de marzo de 1954, por el que se reforma el plan de estudios de la Facultad de Derecho, suprime como asignatura la Historia del Derecho y crea la Historia de las instituciones y de los hechos sociales, llamada a ser, según Monier, "la ciencia que permita la clara visión de las relaciones de causalidad existentes entre los fenómenos sociales, económicos y religiosos, y las reglas propiamente jurídicas", lo que implica partir de esas realidades sociales para en un siguiente momento estudiar el Derecho.

Por caminos distintos, unos y otros historiadores del Derecho, han llegado a concluir en pro de una orientación más realista de

la ciencia histórico-jurídica. Lo que caracteriza el punto de vista del profesor García-Gallo frente a los demás, es, sin duda alguna, la claridad y nitidez del mismo, de una parte, y de otra la amplitud con que ha conseguido exponerlo. Mientras que con frecuencia es preciso descifrar, leer entre líneas, el pensamiento de algunos historiadores del Derecho sobre el concepto de la disciplina, el del autor aparece desarrollado de forma diáfana, la propia de sus exposiciones.

Es típico en esta orientación institucional el punto que le sirve de partida: las realidades, las situaciones, los problemas que la vida social plantea de manera constante—la necesidad de una ordenación, la sociedad, la familia, el individuo, la tenencia y el uso de las cosas, etc.—, que son anteriores al Derecho, y que éste se limita a solucionar o regular. El conjunto de soluciones, de regulaciones, que esas cuestiones han recibido a lo largo del tiempo es el objeto de la Historia del Derecho, que en cuanto ciencia debe tener muy en cuenta la valoración que en cada momento hace el hombre de un problema concreto, conforme a su peculiar formación religiosa, cultural, moral, o a sus intereses políticos, económicos, y que determina que se siga una u otra solución.

Consecuente con estos principios, plantea el autor las cuestiones con gran amplitud, aproximándose lo más posible a la realidad de las mismas, eludiendo la utilización de conceptos dogmáticos que las condicionen. Sirva de ejemplo el planteamiento del desarrollo de las ideas sobre el Derecho: “En todo tiempo el hombre ha tenido conciencia de que la vida social guarda un orden y de que existe una ordenación de la misma. Sus ideas sobre esto, en cualquier tiempo, son unas veces intuitivas y otras fruto de la reflexión. Hay ideas vulgares o comunes a toda la sociedad, y otras propias de algunas personas que han meditado sobre la cuestión...” (I, 133), estudiando a seguido la evolución que unas y otras han experimentado. Un planteamiento semejante se observa al tratar del hombre y la sociedad: “El hombre, por su propia naturaleza, no puede vivir solo, y ha de unirse a sus semejantes. La sociabilidad es connatural en él porque le es necesaria. Por eso, en todos los tiempos el hombre vive en una familia, forma parte de un grupo más amplio—la sociedad política— y en cierto modo se siente solidario con todos los hombres” (I, 485).

A veces, el autor se ve obligado a formular un concepto que refleje el problema que va a exponer. Cuando ello ocurre, nos encontramos con un concepto tan genérico, que no contradice el punto de partida de la investigación. Así, cuando adelanta un concepto de sociedad política: “Bajo la designación genérica de *sociedad* o *comunidad política* se considera toda forma de convivencia y organización humana en una esfera más amplia que la familiar, en

la que los hombres aparecen unidos por su comunidad de cultura, de fines o de acción" (I, 485). Y como es lógico, la sociedad política en su proceso histórico no debe ser calificada en todo momento de *estado*, como ocurría en el *Curso*, sino de *tribu*, *ciudad*, *reino*, *república*, *estado*, según los tiempos y los casos. De otra parte, la postura realista que se adopta ante el Derecho, se observa en la consideración de los factores no jurídicos, en cuanto condicionan la evolución de las instituciones, al no poder desvincularse el Derecho del medio social en el que tiene aplicación. En función de ellos se explican ciertas características de los ordenamientos jurídicos primitivos (I, 27-44), las transformaciones que el Derecho experimenta en la época postclásica romana (I, 49-51), algunos aspectos del Derecho altomedieval (I, 73-74), etc.

5. Con el correctivo indicado—es necesario partir del Derecho cuando todavía no lo es en el sentido actual—la obra supone una fidelidad absoluta al método histórico-jurídico. Los datos son utilizados por un jurista que se preocupa ante todo de precisar su valor, su vigencia, su campo de aplicación. La preocupación del profesor García-Gallo por no incurrir en generalizaciones abusivas llama la atención poderosamente. Se aprecia en la evolución del Derecho de la España prerromana, al estudiar los ordenamientos jurídicos existentes en la España cristiana, a propósito del poder legislativo en la Baja Edad Media y Moderna; en fin, al precisar los sistemas seguidos en la designación del heredero a la Corona. Este aspecto del método del autor ya fue advertido por el profesor López Ortiz, con referencia al *Curso*: "no se fatiga con las variantes que cada territorio o comarca ofrece, y pacientemente va comprobando cada singularidad, logrando encontrarle sentido, descubrir una línea evolutiva en la que tiene que dibujar ondulaciones temporales y espaciales, más pronunciadas con frecuencia que la tendencia general, aunque ésta no la deje en olvido" (pág. 69).

En el método de investigación, junto al histórico-jurídico, se ha dado cabida al histórico-cultural, de F. Graebner y W. Schmidt, propio de la Etnología, que utilizado con moderación puede arrojar conclusiones útiles para el mejor conocimiento del Derecho en períodos de inexistencia o penuria de fuentes documentales y jurídicas. Su empleo ha hecho posible un conocimiento relativo, pero original y nuevo, del Derecho de los primitivos pueblos recolectores y cazadores, y de las épocas neolítica y del bronce. La aplicación de este método en la reconstrucción institucional de la España prerromana, en cuanto que para esta época se poseen datos más concretos, ha dado resultados más seguros. Los problemas que el estudio de esta época plantea, atendiendo a la penuria de fuentes, que contrasta con la multiplicidad de pueblos, y la prudente reserva aconsejada en el manejo de aquéllas, se hallan en vías de solución,

por vez primera, mediante las llamadas áreas culturales y jurídicas, que agrupan varios pueblos en función de las semejanzas que ofrecen de cultura, religión, economía, factores naturales, los cuales a su vez arrojan alguna luz sobre el ordenamiento jurídico de cada una de las áreas señaladas.

La exposición se acomoda a un criterio o plan sistemático, en oposición al cronológico seguido en el *Curso*. Se pueden apreciar en este punto influencias en el autor de Amira, que expuso, de acuerdo con un plan sistemático, el Derecho germánico; del romanista E. Costa y también de Salvioli, cuyas exposiciones sistemáticas prueban hasta qué punto el plan adoptado no está reñido con el desarrollo histórico de los problemas jurídicos. Una exposición de la Historia del Derecho en su conjunto, concebida como historia de problemas y de realidades, exigía, para la mejor comprensión de su proceso evolutivo, servirse del plan indicado, no obstante que contra su empleo se haya formulado alguna observación, al destacar la dificultad, al proceder así, de obtener una visión general de la disciplina. Pero esta dificultad puede ser salvada, si al estudio de las instituciones precede, como ocurre en el *Manual*, una exposición general de la evolución del Derecho que se historia.

Existe, de otra parte, una adecuación entre el sistema expositivo utilizado y el principio defendido por el autor de que cada institución posee su propia evolución, y de que es ésta la que en último extremo determinará su periodificación. El punto de vista del profesor García-Gallo, contrario a la división de la Historia del Derecho en períodos copiados de la Historia general, con evidente olvido de las conclusiones de Brunner, se aprecia claramente en el *Manual*. Los problemas estudiados no lo son en cada una de las etapas tradicionales, como sistemáticamente se venía haciendo hasta ahora. Cada problema —al profundizar en su estudio— arroja las etapas en que debe dividirse su evolución, que pueden coincidir o no con las tradicionales y con las de las restantes materias examinadas. A título de ejemplo, el estudio de las decisiones judiciales como fuente del Derecho permite agrupar en una sola etapa las épocas romana y visigoda (I, 187 y 88), en el origen y naturaleza del Derecho la solución de la Baja Edad Media continúa la alto-medieval (I, 144 y 45), la formulación del Derecho presenta un planteamiento idéntico desde la Baja Edad Media (I, 175 y 76), los sistemas de fuentes de la Baja Edad Media y de la Moderna (I, 384-468), y la sociedad política de ambos períodos (I, 643-837) se estudian conjuntamente.

6. Desde el punto de vista del contenido de la obra, comparada con el *Curso*, resalta su novedad. Aparte las páginas que el autor dedica a la ciencia de la Historia del Derecho, que incorporan al *Manual* las nuevas conclusiones y los últimos enfoques, y también

sus propias reflexiones, el libro se abre con una introducción titulada la evolución general del Derecho español, que por vez primera ha sido elaborada en España. Pueden encontrarse en este punto influencias de Brunner. En algo se parecen la Historia general del Derecho de este autor y la evolución general del Derecho. Esta, en cambio, ha sido expuesta, a diferencia de aquélla, con un criterio más seguro; al menos, no se entremezcla con la historia de las fuentes, ni con la del Derecho público, del penal y del procesal, aunque las tenga en cuenta. La finalidad que el autor ha perseguido al redactar esta evolución general, desde el punto de vista que ahora nos interesa, ha sido "caracterizar en su conjunto las etapas que ha seguido la evolución del Derecho español, relacionándola con el curso de la Historia general y destacando aquellos rasgos o aspectos que por su generalidad se acusan en todas las instituciones, evitando así repeticiones" (I, XII). La evolución general del Derecho español en cien páginas, algunas de ellas —las que dedica a los factores de formación del Derecho de la Alta Edad Media, y aquellas otras en las que analiza la lucha por un Derecho nuevo a partir de la segunda mitad del siglo XII, por ejemplo— verdaderamente magistrales, no son un alarde de síntesis solamente, sino también un reflejo de las posibilidades de la nueva orientación en función de la capacidad del autor.

En relación con el *Curso* se ha acentuado el carácter eminentemente jurídico de la obra. Se comprueba a la vista de las numerosas páginas dedicadas a la teoría general del Derecho, apenas esbozada en aquella obra. En atención a ellas, el profesor Federico de Castro calificó el *Manual* de contribución importante a la ciencia jurídica. El desarrollo de las ideas sobre el Derecho, el origen y la naturaleza del Derecho, el fundamento del Derecho, su concepto, vigencia, contenido y conocimiento, son los problemas abordados en esta parte, precisándose el enfoque y las soluciones que reciben en las fuentes que a ellos se refieren. En la forma de tratarlos se refleja la formación jurídica del autor, su preocupación por los temas esencialmente jurídicos, y también lo que hay de nuevo en el *Manual*. Todos estos capítulos han tenido que ser elaborados previamente, porque de ellos la historiografía jurídica española no se había ocupado hasta el momento con la detención requerida.

El estudio histórico de las fuentes de creación del Derecho: costumbre, decisiones judiciales, ley y doctrinas de los autores, con ser tan importante para el jurista, sólo en muy pequeña medida había sido cultivado con anterioridad. Ahora lo es con tal profundidad y detalle que en el estado actual en que se encuentra, con el debido desarrollo, podría ser objeto de una monografía independiente. Con la ley se estudia el poder legislativo, y junto a las leyes

seculares, las eclesiásticas. lo que supone, como hace años advirtió el profesor Maldonado, un dominio de la técnica propia de la Historia del Derecho canónico.

Tarea lenta, la que ha hecho posible redactar estos capítulos, en los que a la síntesis ha precedido una paciente investigación. No puede sorprender, pues, que el autor escriba: "en no pequeña medida resume también (el *Manual*) investigaciones propias del autor, cuyos resultados aún no han sido dados a conocer en monografías" (I, XI).

La deficiencia metodológica que supone la falta de ilación entre el Derecho histórico y el actual, y que tuvo como consecuencia que la Historia del Derecho "ni siquiera sirva al jurista para explicar históricamente el Derecho que él vive y trata de comprender", ha sido superada en el *Manual*. La evolución general del Derecho español se cierra en unas páginas sobre las tendencias jurídicas actuales. Las cuestiones relativas a la teoría general del Derecho se estudian también en la actualidad. Entre los sistemas de fuentes de las distintas épocas se da cabida al que tiene vigencia en nuestros días.

7. En la parte del *Manual* referente a las fuentes y a la sociedad política, que ya había sido tratada en el *Curso*, hay mucho de nuevo y, por consiguiente, de aportación original. Tradicionalmente, la historia de las fuentes del Derecho se reducía a una exposición cronológica de las que se habían sucedido a lo largo del tiempo, en la que la valoración de cada una de ellas se diluía en favor de la reconstrucción histórica, de la historia externa de las mismas, aspecto de la cuestión que interesa poco al jurista, aunque, por el contrario, es de gran importancia para el investigador. F. Calasso reaccionó críticamente contra la historia de las fuentes considerada como historia de las fuentes de conocimiento del Derecho, y consideró necesario, partiendo de estas últimas, valorar las de creación del Derecho objetivo dentro de cada época y en función de cada ordenamiento jurídico.

En el *Manual*, enriquecido en su segunda edición con un apartado sobre las fuentes del Derecho judío (I, 331-33 y 356-60), y ya en la primera con otro sobre las del Derecho común (I, 452-63), la historia de las fuentes obedece a un planteamiento distinto. Si, de una parte, se hacen objeto de especial estudio las fuentes del Derecho objetivo, como hemos tenido ocasión de indicar, de otra, no se abandona la historia externa de las fuentes, incluso con nuevas interpretaciones de problemas sobre los que todavía no se ha dicho la última palabra (cfr., a título de ejemplo, I, 373-79, sobre los fueros municipales), pero, y conviene llamar la atención sobre ello, integrada en un estudio más amplio de los sistemas de fuentes.

que se suceden o que coexisten, según los casos, y en ese estudio se valoran las fuentes del Derecho, se precisa el lugar que ocupan dentro del sistema, se describen los órdenes de prelación, y se profundiza hasta el punto de que no faltan epígrafes sobre la realidad en la práctica del sistema (I, 329, 399-400, 411-12, 439, 445-46).

Es la expuesta una postura de equilibrio entre las descritas anteriormente. En realidad, toda esta nueva problemática que el autor se ha formulado al elaborar esta parte del *Manual* referente a los sistemas de fuentes, obedece a una preocupación jurídica, que en este punto puede enunciarse del siguiente modo: ¿es más interesante para el jurista conocer la historia concreta de cada cuerpo legal o el sistema de fuentes del Derecho válido en una época determinada? Si lo segundo, no se puede prescindir de la problemática expuesta, y en este sentido se han reconstruido los diferentes sistemas de normas jurídicas mediante los cuales los juristas han resuelto lo que sea Derecho en cada momento histórico.

La sociedad política se expone en función de las diferentes situaciones de hecho que la caracterizan, analizándose en cada período la comunidad que abarca, la estructura interna de ésta y el gobierno que sobre ella se ejerce. Resulta difícil definir en pocas palabras lo que esta parte del *Manual* significa, y una reseña detallada de la misma nos llevaría muchas páginas. Hay algo que se observa a simple vista: la riqueza de los datos, la fidelidad a las fuentes, y el deseo, plenamente conseguido, de captar la realidad política de cada momento.

Consecuentemente, en la España prerromana se distinguen tres tipos de comunidades políticas: las suprafamiliares de los pueblos del Norte y del Noroeste, las populares de los celtíberos y las territoriales del Sur y de Levante. El estudio de la España romana se basa en las distintas formas de integración de la Península en esa organización política, destacándose el sistema que la sociedad pone en práctica en el Bajo Imperio, diferente del creado por los emperadores. El Reino visigodo se describe en su proceso de llegar a organizarse conforme a normas de Derecho, lo que no se consigue plenamente, en cuanto su caída es una consecuencia de las luchas entre clientelas. En los Reinos de la Alta Edad Media se estudian muy detenidamente los elementos que integran la comunidad (tierra, señoría, feudo), para precisar en un momento posterior la articulación de cada uno de ellos en el Reino. La distinción entre Reinos, Coronas y Monarquía en la organización política de los Reinos de la Baja Edad Media y del Estado Moderno, así como las páginas que el autor dedica a poner de relieve el juego político en el Estado Constitucional decimonónico, obedecen a la preocupación señalada más arriba.

En una serie de cuestiones, que forman parte de la sociedad política, se aprecian estudios previos del profesor García-Gallo, ya que hasta ahora no habían sido investigados con amplitud. La sucesión al trono es una de ellas, rectificando en buena medida las conclusiones existentes. Las Cortes se exponen con una minuciosidad que permite comprender la importancia de la institución, y valorarla adecuadamente en todas las épocas. Se ha elaborado una historia del territorio español que, a veces, ni siquiera existe, con la meticulosidad y claridad que en el *Manual*, en obras de Historia general. El Islam como forma política aparece tratado de tal manera que permite abundar en las palabras del P. López Ortiz: "aun para arabistas tienen esas palabras un valor orientador singularísimo" (pág. 69), con referencia a las que a esa materia se dedicaban en el *Curso*. La república de los indios es estudiada detenidamente, y no faltan unas páginas sobre la organización política indígena de América. Por último, el Estado Constitucional, constituye una exposición completa y amplia de esta organización política, que hasta la publicación del *Manual* no había sido objeto de especiales preferencias por los historiadores del Derecho español.

8. La obra, en cuanto *Manual* destinado a los alumnos de nuestras Facultades de Derecho, merece un juicio altamente positivo. "Como libro de iniciación —escribe el autor en el prólogo— presupone en quien ha de utilizarlo la carencia de conocimientos especializados y el desconocimiento de la terminología propia de esta ciencia. Por ello, parte de los conceptos vulgares que cualquier lector medianamente culto conoce, y en su caso explica previamente en la medida indispensable las nociones necesarias" (I. X). Este punto de partida, al que el autor responde en todo momento, facilita la tarea del alumno. La forma de tratar los problemas, amplia y ágil a un tiempo, permite que éstos, que la Historia del Derecho, pueda ser comprendida, y no solamente aprendida.

Atendida esta finalidad del *Manual*, es posible valorar justamente el segundo volumen de la obra. La *Antología*, aparte del esfuerzo que ha supuesto su elaboración —uniformidad en la transcripción de los textos, labor de selección, búsqueda de textos difíciles de hallar, traducción de muchos de ellos—, contiene una Metodología histórico-jurídica (fuentes de conocimiento y método de investigación, con una interesantísima bibliografía puesta al día de estas cuestiones), fruto de la experiencia investigadora del autor, redactada con una precisión y acierto que la hacen útil para todos, y más de 1.300 textos, cuyo manejo se impone para la mejor formación de los futuros juristas, que de esta manera, al entrar en contacto directo con las fuentes, podrán iniciarse, si ese es su deseo, en la investigación y en la tarea de la interpretación del Derecho, tan difícil como necesaria para el jurista. La *Antología* cumple a

su vez otra importante función, que conviene resaltar, en tanto en cuanto las referencias constantes que a sus textos se hacen en el *Manual*, sirven para probar los puntos de vista del autor en aquellas materias por vez primera abordadas, o en aquellas otras sobre las que adopta una postura distinta a la que hasta el momento podía ser considerada como predominante.

9. Es el *Manual* una obra de madurez renovada, que coloca nuestros estudios histórico-jurídicos al más alto nivel alcanzado hasta ahora. “Creo —escribe en este sentido el profesor Orlandis— poder afirmar, sin temor a incurrir en la exageración o el ditirambo, que nos hallamos en presencia de una obra que significa la más importante contribución que jamás haya sido hecha a la ciencia de la Historia del Derecho español” (pág. 332). Pero conviene insistir en que la renovación que esta obra supone se ha buscado no por sí misma, sino que ha sido la resultante lógica que inspira toda la labor del profesor García-Gallo de buscar la verdad en el campo científico que cultiva. De aquí su solicitud de una “crítica leal, abierta y constructiva” a su nueva exposición de conjunto.

Al término de esta reseña, quiero animar nuevamente al autor a continuar la labor emprendida. La obra, todavía inconclusa —lo tratado hasta ahora abarca, como es sabido, la ciencia de la Historia del Derecho español, la evolución general del Derecho español, la teoría general del Derecho (concepto del Derecho y Derecho objetivo) y, por último, las formas de la sociedad política, aparte de la introducción a la investigación a que responde el tomo segundo—, será completada paulatinamente mediante la exposición amplia de las restantes instituciones jurídicas. Sabemos que el autor se halla empeñado en la preparación de un nuevo volumen sobre las instituciones administrativas, y que ese ingente fichero, al que aludía el profesor Maldonado, y que se ha ido formando día tras día, cristalizará en una enjundiosa y completa Bibliografía de la Historia del Derecho español, en tomo aparte, en el que se valorará dicha bibliografía y se expondrá el estado actual de la misma en función de cada una de las cuestiones estudiadas en la obra.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

BIBLIOGRAFÍA

ALDEA, S. I., Quintín: *Iglesia y Estado en la España del siglo xvii. (Ideario político eclesiástico)*. Universidad Pontificia, Comillas, Santander, 1961. Publicaciones anejas a «Miscelánea Comillas». Págs. 1-418.

El binomio Iglesia y Estado ha constituido en la civilización occidental una de las vivencias más profundas de su historia. Binomio que se ha desarrollado en eterna polémica, tanto en el orden científico e ideológico, como en pragmático, en la esfera política y en la social. La primera ha influido históricamente las instituciones estatales, llegando a modificar sus mismas estructuras e, incluso, la naturaleza y función teleológica del Estado. No excluye esto la contribución, en determinados momentos, de éste en la configuración y organización jurídica de la Iglesia, mediante la incorporación de elementos e instituciones jurídico-estatales.

La línea histórica de convivencia se ha visto sacudida por los fenómenos políticos, sociológicos, culturales, económicos y ambientales, que se han ido desarrollando en torno a dichas sociedades en el devenir del tiempo, dando lugar a situaciones diversas que han originado los más variados sistemas de relación.

Este proceso ha ido ligado a la historia misma de la Iglesia, y a la de las ideas políticas, siendo aquella ciencia la que le ha comprendido dentro de su objeto material. La ciencia jurídico canónica se ha ocupado también de una serie de institutos, si bien, primordialmente, desde el ángulo del derecho público eclesiástico, relativamente reciente. Sin embargo, se viene sintiendo la necesidad de una nueva ciencia referida específicamente a las relaciones de la Iglesia y el Estado, no sólo en el orden dogmático, sino también, y como premisa previa, en el orden histórico. Están, ciertamente, trazadas las líneas generales de la historia de dichas relaciones, pero se impone profundizar y conocer los grandes caudales que atesoran los riquísimos Archivos, especialmente los españoles, con cuyas aportaciones se aquilatarían muchos conceptos, y se variarían no pocos. Esta base histórica es indispensable para emprender las contrucciones dogmáticas que, por otra parte, resultan apremiantes.

En España se han hecho, sobre la materia, estudios monográficos: en torno al siglo xviii, sin que, contra lo que se pueda pensar, hayan agotado la materia, abundante y rica, como puede comprobarse con una simple ojeada en el Archivo Secreto Vaticano. El siglo xix permanecía.

en el más profundo sueño, acaso por su proximidad. Sobre él venimos trabajando desde hace unos años. Representa la transición del *ancien régime* hacia una nueva configuración política, económica, social y religiosa, que afecta no sólo al Estado, sino también a la Iglesia ¹.

El siglo xvii cuenta con valiosos trabajos realizados desde el punto de vista político estatal, los cuales intentan analizar y conocer las causas determinantes de la decadencia política española. Desde el ángulo eclesiástico, pese a la relevancia sociológica de la realidad eclesial en dicha época, son muy escasos los trabajos hechos. Ha sido el P. QUINTÍN ALDEA quien desde hace unos años, viene trabajando en este espléndido campo, habiendo conseguido frutos muy valiosos. Nos ofreció unos primeros avances con su magnífico trabajo *España, el Papado y el Imperio durante la guerra de los Treinta años* ². Poco después nos ha brindado el de la Iglesia y el Estado en la España del siglo xvii.

Con profundidad, solidez y rigor científico, estudia el autor los fenómenos más importantes de este siglo. Mediante un planteamiento plural de la problemática existente, es decir, desde el punto de vista del Estado y de la Iglesia, acusado mérito de Q. ALDEA, centra su estudio especialmente en los años 1630-1635 «en el momento más decisivo de la guerra de los Treinta años y durante el pontificado de Urbano VIII» (página 11).

Abre la primera parte de su trabajo con un estudio general sobre el carácter de la política eclesiástica en España durante este tiempo, fijando la posición de la Iglesia en la política europea, la existencia del poder temporal de los papas hacia muy difícil deslindar lo político de lo religioso. Documentalmente, aclara el autor, la posición de Urbano VIII en las contiendas políticas europeas, especialmente las habidas entre España y Francia.

La actitud de la política española en relación con la Iglesia queda reflejada en un extenso documento, reproducido íntegramente en la parte documental del trabajo, redactado por una Junta creada en 1931 «con motivo de la conjura internacional contra España» (p. 38), en el que se condenan «las quejas por motivos jurisdiccionales y económicos» de España contra Roma y la Nunciatura. El valor de este amplio documento lo pone de relieve el autor del trabajo, «nos encontramos aquí no con un formulario académico, sino con las ideas fuerza que se convirtieron en las múltiples realizaciones de aquella política» (p. 27). Este escrito forma el nervio central del trabajo.

En la segunda parte, la más importante de la obra y la más elaborada, estudia Q. ALDEA los principios básicos de convivencia entre la Iglesia

1. J. PÉREZ ALHAMA, *Presupuestos político-económicos al Concordato español de 1851*. Separata de "Scriptorium Victoriense" 8 (1962), pp. 1-68. Próximamente aparecerá nuestra obra *La Iglesia y el Estado español* (Estudio histórico-jurídico a través del Concordato de 1851).

2. Q. ALDEA, S. J., *España, el Papado y el Imperio durante la guerra de los Treinta años*. En "Miscelánea Comillas" 29 (1958), pp. 291-438; y 30 (1958), pp. 249-330.

y de manera específica al Patronato regio, arrancando del periodo visigótico, pasando por el feudal y renacentista, hasta desembocar en el periodo moderno que se cierra con la estipulación del Concordato español de 1753. y el Estado. Está dedicada, casi en su totalidad, a la investigación de los títulos de intervención de la autoridad política en materias eclesiásticas,

Uno de los muchos aciertos del autor está en haber puesto de manifiesto que en este momento de fricción entre España y la Santa Sede, no se hallaba configurado el regalismo español como han querido señalar algunos (p. 213), procediendo la mayor parte de las desavenencias entre Iglesia y Estado, «del campo económico» (p. 213), «del exagerado fiscalismo de la Curia romana» (p. 189), y de «la actitud política de Urbano VIII» (p. 170).

Esta parte resultaba sugestiva ya por su enunciado, principios básicos de convivencia entre la Iglesia y el Estado, lo que se confirma con su lectura. Las fuentes manejadas, tanto doctrinales como documentales, junto al tratamiento científico de las mismas, y las conclusiones que se deducen, hace que sea esta aportación una de las que hayan de tenerse en cuenta siempre al tratar del problema. Esto mismo hace que se produzcan discrepancias con otras aportaciones últimamente hechas³. El autor rectifica una interpretación, a su juicio errónea, de T. DE AZCONA sobre el derecho consuetudinario de presentación o equivalente para la provision de los beneficios eclesiásticos usado por los Reyes Católicos. Este ve en ello «una maquinación jurídica de los Reyes para elaborar su derecho a la presentación de Obispos» (p. 92). Según él los juristas reales, especialmente DÍAZ DE MONTALVO, tergiversaron el pensamiento del ABAD PANORMITANO y el de INOCENCIO IV en los comentarios a la Decretal QUOD SICUT (X, 1, 6, 28), del *Corpus Iuris Canonici*.

El P. Q. ALDEA, prueba documentalmente que DÍAZ DE MONTALVO y los juristas de la época no se «salieron del cauce ordinario de la jurisprudencia canónica, y nadie dudaba entonces en principio de la legitimidad del recurso al derecho consuetudinario», y que únicamente se limitaron a «copiar casi a la letra una cosa tan antigua como el comentario de INOCENCIO IV, hecho ya norma universal, al canon QUOD SICUT, y de confirmarlos con el testimonio del CARDENAL NICOLÁS DE TUDSCHIS». «Lo único discutible podía ser su aplicación a la situación concreta del derecho de suplicación en España» (p. 92).

T. DE AZCONA en una nueva publicación reafirma su posición anterior⁴.

Este no ha tenido en cuenta la distinción entre dos conceptos jurídico-canónicos, elección y presentación, como actos esencialmente distintos, formulados por la doctrina y recogidos por las mismas Decretales. Por lo que omitiendo esta distinción, resulta inexacta la interpre-

3. T. DE AZCONA, O. F. M., cap. *La elección y reforma del episcopado en tiempo de los Reyes Católicos*, Madrid, 1960. IDEM, *Isabel la Católica. Estudio crítico de su vida y de su reinado*. Madrid, BAC, 1964.

4. IDEM, *Isabel la Católica*, pp. 456-457.

tación que T. DE AZCONA hace del texto del PANORMITANO, en donde se afirma expresamente que el laico es inhábil jurídicamente para la elección, pero no lo es, en cambio, para la presentación. El texto por él acotado y aducido del PANORMITANO, «*Laicus etiam Patronus, non potest ex consuetudine*»..., se refiere únicamente a la elección, derecho éste que no invocaban los Reyes Católicos, sino simplemente el de presentación, razón por la que, posiblemente, silenciaron los juristas españoles este inciso, lo que no representa un «desafuero jurídico» como él sostiene. Por otra parte, el PANORMITANO es sumamente explícito respecto a la *presentación* en el mismo pasaje, para la que reconoce capacidad en el patrono, aunque éste sea laico mientras que la «*electio est actus mere spiritualis; nam per illum transfertur ius prelature*».

La tercera parte la dedica el autor a problemas de orden económico, analizando los llamados «abusos» de la Dataría Apostólica en las tasas por la expedición de dispensas matrimoniales, provisión y expedición de beneficios, distribución de pensiones. Igualmente los de la Cámara Apostólica, en cuanto al régimen de espolios y vacantes. Para concluir con una exposición sobre los gravámenes de la Nunciatura de Madrid, poniendo de relieve las principales acusaciones que se hacían contra ésta, «casi siempre de carácter económico o jurisdiccional relacionado con el económico» (p. 181).

A las divergencias políticas entre España y la Santa Sede, después de la unión de Castilla y Aragón, que llevaba anexionado el reino de Nápoles, «los recelos pontificios se aumentaron y se difundieron a todo el bloque peninsular» (p. 190). Como solución se llegó a pensar en un Concordato, idea que no prosperó, naciendo entonces «los procedimientos más o menos violentos de la justa defensa: los recursos de fuerza y la retención de bulas» (p. 193). Con ello cierra el autor su obra, después de unas acertadas conclusiones.

El dictamen de la Junta constituye el eje central de la investigación del autor, corroborado con un profundo estudio documental, llevado a cabo en los Archivos Vaticanos, Simancas, Histórico Nacional, Embajada de España cerca de la Santa Sede, Ministerio de Asuntos Extranjeros de París, British Museum de Londres, Staatsarchive de Viena, Biblioteca Vaticana: Barberini, Biblioteca Nacional de París, Biblioteca Palatina de Viena. Al mismo tiempo ratifica su exposición con un gran acopio de bibliografía, de la que ofrece una amplia relación seleccionada.

Todo ello hace que la obra del P. Q. ALDEA constituya una valiosa aportación científica. Tiene en su haber el hecho de haberse colocado en el terreno netamente científico, sin una toma de posición previa, y sin buscar unos determinados y apriorísticos resultados de la investigación realizada. La obra está cuidadosamente editada por la Universidad Pontificia de Comillas.

J. PÉREZ ALHAMA.

BAUMGAERTEL, Gottfried: *Die Gutachter-und Urteilstätigkeit der Erlanger Juristenfakultät*. Erlanger Forschungen. Reihe A: Geisteswissenschaften. Band 14. Erlangen. 1962. 150 págs.

El libro del profesor Baumgärtel, catedrático de la Universidad alemana de Marburgo, está dedicado a la exposición de la actividad asesora y dictaminadora de la Facultad de Derecho de Erlangen, al servicio de las partes y de los propios Tribunales en el proceso judicial, lo que significa una valiosa contribución, de una parte, al estudio de las Universidades y de sus Facultades de Derecho, y de otra, al de la Administración de justicia, en general. Pese a que, según el autor el material de que ha dispuesto es fragmentario, la obra no ofrece lagunas, respondiendo a la tónica de la producción científica alemana, en general.

El tema y la concepción se encuentran también dentro de la línea general de la indicada producción en el campo de la Historia del Derecho, por dos características fundamentalmente: a) el aislamiento del fenómeno jurídico, y b) la importancia del factor ideológico en la evolución del Derecho. En cuanto a la primera, no es que se desconozca ni que deje de tenerse en cuenta la conexión del Derecho con otros aspectos de la vida de la Sociedad, pero se estima que aquél puede ser objeto de una exposición independiente, y en cuanto a la segunda, se observa un destacado interés por el pensamiento humano, creador inmediato del Derecho, por más que pueda actuar condicionado por algunas circunstancias que se encuentren fuera de él. Dentro del cuadro de estas características, la obra recensionada se ocupa de una actividad puramente jurídica, realizada por un órgano puramente jurídico también, y concede la máxima importancia al movimiento ideológico que esa actividad representa en cada momento.

La correlación existente entre la postura historiográfica del autor y el fenómeno estudiado, que es el de una intervención decisiva del elemento teórico o profesoral en la vida práctica del Derecho, suscitará en el lector español la duda de si la indicada postura sólo es plenamente predicable respecto de un Derecho como el alemán, ya que en el nuestro no se registra el indicado fenómeno.

En efecto, de nuestras Universidades ha salido buen número de los que han creado o aplicado el Derecho, así como en sus aulas se han expuesto doctrinas que después han tenido amplio eco en la Sociedad, pero como tales Corporaciones no parecen haber ido más allá de su labor docente o científica, y cuando han sido consultadas o llamadas a dictamen ha obedecido a tratarse de la propia estructura de las mismas o de sus planes de estudios. Incluso, la obra de sus miembros ha trascendido como consecuencia de su posición en órganos distintos, como Audiencias, Tribunales, Secretarías, etc., o de la difusión de sus escritos, pero no, como consecuencia de su condición profesoral. Es significativo que en nuestro siglo XVI, cuando se suscitan problemas jurídicos importantes como consecuencia de la conquista de Indias, se recurra

a Juntas especiales de teólogos para dictaminar, sin que en ningún momento se haga a las Universidades, pese a la brillantez de éstas. Por todo ello, nuestra historiografía no ha dedicado gran atención a la historia de la Universidad o de las Universidades, por mas que no falten trabajos de mérito, y, quizá por ello también, con razón o sin ella, no se inclina a una concepción ideológica similar a la alemana.

La atención del autor desea proyectarse sobre la Facultad de Derecho de Erlangen durante el primer siglo de su existencia, que ha de contarse, por tanto, a partir del año 1743, pero por no haber una exposición histórica de la cuestión en general, dedica una tercera parte, aproximadamente, a obviar esta dificultad, examinando la evolución de la actividad asesora y dictaminadora de las facultades jurídicas alemanas hasta la indicada fecha. Desde su fundación, los Príncipes territoriales han utilizado sus miembros en la administración, envío de embajadas y corrección de la legislación, así como en la actividad dictaminadora, por encargo, no sólo de las partes, sino también de los jueces y consejeros áulicos. Esta actividad tiene su imagen dentro del mundo antiguo en el *ius respondendi* de los juristas romanos, a cuya concesión imperial puede equiparar el Autor la dignidad de Doctor conferida en Alemania, la cual es, a su vez, el resultado del derecho de promoción que los Emperadores alemanes conceden a las Universidades, junto con su privilegio de fundación, hasta 1805.

El comienzo de la actividad dictaminadora de las facultades alemanas se desarrolla ante el ejemplo de las Universidades italianas y francesas. Antes de la Recepción, la institución análoga a la de los juristas italianos lo constituye la evocación a la Corte Superior, cuyo papel disminuye con la penetración del Derecho romano al estar compuesta de legos en el nuevo Derecho, papel que se transmite a los miembros de los Tribunales eclesiásticos; posteriormente, a los profesores eclesiásticos de Derecho, y, finalmente también, en el siglo xvi, a los profesores universitarios no eclesiásticos. El desplazamiento de la Corte Superior y de los Tribunales de Jurados en la indicada función por parte de las Facultades jurídicas obedece a la recepción del Derecho romano y al fortalecimiento de los estados territoriales, en los que la transformación de la estructura jurídica de las Universidades da la posibilidad a los señores territoriales de apoyarse en la Facultad jurídica correspondiente para la organización judicial .

La función asesora y dictaminadora de las Facultades se hace patente primero en el Derecho penal, dando lugar, por su parte, a una atención especial a este derecho en las clases académicas y en la literatura científica. En el siglo xvi se demandan también sus dictámenes para cuestiones políticas y legislativas, de forma que buena parte de las constituciones sajonas de 1572, proceden de las Universidades de Wittenberg y Leipzig, lo que a su vez tiene como consecuencia la aparición del Derecho público en el plan de las Universidades. Esta actividad entraña grandes ventajas, como la de evitar los peligros de la abstrac-

ción, y el no llegar a la profunda separación entre la teoría y la práctica, como sucedió en Francia.

El apogeo del Derecho natural hace retornar la ciencia jurídica a su principal misión, dando lugar a que en contraste del Derecho de juristas se desarrolle un Derecho profesoral, sobre todo, desde finales del siglo xvii. El propio Estado que creó la institución para fortalecer su poder territorial, prohibirá la remisión de los procesos a las Facultades jurídicas, aun cuando aquella estará todavía muy extendida en algunas Universidades durante el siglo xviii.

La remisión indicada de los procesos judiciales puede hacerse para mero asesoramiento, o, incluso, para determinación del fallo, así como si se hace a petición de las partes puede serlo a instancia de una o de las dos, y, desde luego, en cualquiera de los grados de conocimiento. El dictamen puede solicitarse de más de una Universidad, y las partes pueden recusar una y hasta dos Facultades, así como protestar contra todas las Universidades pertenecientes a una determinada confesión religiosa. La elección de Universidad entre las no recusadas corresponde al juez. La posición jurídica de los colegios dictaminadores es distinta según las épocas, pudiendo hablarse de una pura delegación en sentido actual, en la remisión de los procesos hasta el siglo xviii.

Tras la exposición general sintetizada anteriormente, el autor examina con mayor detención la evolución de la actividad dictaminadora por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen, especializada en asuntos religiosos, especialmente, de las comarcas protestantes: Hesse, Mecklenburgo, Württemberg, Hannover, etc., y posteriormente, casi con exclusividad de los principados turingios. Esta actividad no descansa en un fundamento legal expreso, sino en el Derecho consuetudinario, y, según el Autor, puede distinguirse en ella hasta cinco periodos: a) de 1743 a 1769, en que se desarrollan los difíciles principios hasta la obtención del necesario prestigio; b) de 1769 a 1791, bajo el margrave Alejandro, que envía una diputación para observar como puede ayudarle la Universidad; c) de 1791 a 1805, bajo el régimen prusiano, y en el que el crecimiento se mantiene; d) de 1806 a 1810, bajo la ocupación francesa, y que son tiempos difíciles para la actividad, y e) desde 1810, bajo el régimen bávaro, en el que se aplican las limitaciones existentes en aquél desde 1753.

La actividad de esta Facultad implica diversas ventajas para la Universidad, entre las que se cuentan: a) la participación de los juristas en la administración de la propia Universidad y de sus reformas; b) la atenuación de la separación entre teoría y práctica, sobre todo, en la época de la Ilustración en la que la ciencia jurídica se inclina a la estimación teórica, y c) la valorización de las experiencias prácticas para el tráfico de la enseñanza, ya que el material de los procesos es muy utilizado para fines científicos.

Toda la última parte de la obra está destinada a detectar la posición ideológica de la Facultad a través de los dictámenes emitidos. Desde-

Los primeros años de la fundación, se hace patente la influencia de la filosofía de Wolff, que se extiende a través de todo el siglo XVIII, hasta el tránsito de éste al siguiente, en que será suplantada por la de Kant. En esos dictámenes puede apreciarse la tensión entre las pretensiones de la Ilustración y las demandas del Estado absoluto, cuyo equilibrio se consigue a través de la citada filosofía de Wolff, que viene a ser el sistematizador del despotismo ilustrado; la adopción del «sistema territorial» y su sustitución por el «sistema colegial» en la cuestión de las relaciones entre la Iglesia y el Estado; la lucha mantenida contra la superstición; el ideal de la libertad y el pensamiento igualatorio de la Ilustración. En el campo del Derecho penal puede observarse la adopción en principio de la filosofía de Wolff, que significa un retroceso en cuanto a la de Thomasio, y su sustitución a partir de 1770 por las ideas humanitarias de Beccaria y Voltaire, así como en el Derecho privado común la inclinación a la interpretación de las leyes según el fundamento racional, bajo el influjo del Derecho natural, y su sustitución a finales del siglo XVIII por la interpretación histórica del derecho romano.

Todo ello es completado por el examen de otros aspectos ideológicos patentizados en los mismos dictámenes, tales como el progreso en el terreno procesal a través de la superación del sistema rígido de prueba; los esfuerzos para mejorar el estilo alemán, la superación del movimiento de la Ilustración a finales del siglo XVIII; y la posición ante las ideas de la Revolución Francesa.

En suma, el lector español tiene ante sí una obra que no puede esperar otra paralela en nuestra historiografía, por la gran diferencia en los supuestos, pero que puede perfectamente suscitar una equivalente, que refleje la evolución ideológica de nuestras Universidades.

JESÚS LALINDE ABADÍA

CASTAING-SICARD, Mireille: *Les contrats dans le très ancien droit toulousain. (X^e-XIII^e siècle)*. Toulouse, 1959.

Es muy posible que el lector español de este volumen de más de seiscientas páginas, experimente al acercarse una sorpresa rayana en la decepción, de la que no será culpable el valor del libro, que es grande, sino el cuadro jurídico que se ofrece a sus ojos, tan distinto del que él espera encontrar. Acertado o no, el único esquema válido existente para el derecho obligacional hispánico altomedieval es todavía el trazado por Ernesto Mayer, y el lector español lo que desea es que ese esquema sea confirmado, rectificado o desechado, pero en todo caso, partiendo de las mismas o similares bases, como son el carácter indirecto de la relación obligacional, la naturaleza real del contrato en los albores de la Reconquista y su evolución a la naturaleza formal, la inexistencia del contrato consensual, etc. Esto es lo que parece que va a encontrarse en el libro,

cuando la autora señala como falsa la creencia de un dominio exclusivo del derecho romano en las regiones meridionales de Francia, y por el contrario, la existencia de un «droit coutumier» tolosano, apreciable en los documentos de los siglos x y xi, y perfeccionado en el xii, pero esto es cabalmente lo que no se encuentra por diversas circunstancias que también la autora señala con gran claridad, y que son, por ejemplo: a) la supervivencia del derecho romano, apreciable en los documentos de los siglos viii y ix, como en los de los siglos siguientes; b) la inexistencia de huellas del derecho germánico, y c) el desarrollo de un «droit coutumier» muy evolucionado, lo que se explica por la vida económica floreciente de la región y porque para encontrar las soluciones jurídicas adecuadas se ha contado con el derecho romano, cuya supervivencia se ha citado, en la versión teodosiana, que ha actuado, no en forma científica y a través de escuelas jurídicas, sino como tradición, hábito o manera de resolver problemas.

Ahora bien, el lector español no debe creer que la sorpresa es privativa de él, como lo comprobará si lee la recensión del libro en RHDF, 1961, página 151, a cargo de J. Yver, autor en 1926 de una tesis sobre los contratos en el antiguo derecho de la Normandía, también utilizada por M. C. S., que se expresa en términos parecidos a los empleados aquí.

Repuesto de la sorpresa inicial, el lector español se encontrará a gusto en este libro, fruto de una tesis doctoral, el cual aparece perfectamente montado, y con la virtud fundamental de que la labor minuciosa de análisis no ha hecho olvidar la necesidad de la síntesis y la necesidad de obtener conclusiones claras. Esto se aprecia en el hecho de que, rodeando el capítulo analítico, se encuentran una introducción, un capítulo dedicado a sentar la posición del derecho tolosano frente al derecho romano y una conclusión, partes todas ellas dedicadas por la autora a fijar esquemas evolutivos y a argumentar sobre los fundamentos de estos esquemas. Además, el inconveniente general que suelen ofrecer estos trabajos, que podrían calificarse de «visión horizontal» o de época, está paliado aquí por el hecho de examinarse un período en el que se produce el importante cambio experimentado por el derecho común, de forma que no se examina un ordenamiento estático, sino un ordenamiento en plena evolución.

Las fuentes son muy abundantes, habiéndose utilizado archivos nacionales, departamentales y municipales, y algunos fondos afectan a nuestra Península, en cuanto la Abadía de Saint-Sernin poseyó el priorato de Artajona, en Navarra. La bibliografía también es muy abundante, utilizándose de la ibérica los trabajos de los profesores Meréa y Gibert, así como el de A. Larraona y A. Tabera sobre el derecho justiniano en España. Podrá observarse ausencias, como los trabajos de Mayer, o el de Fernández Espinar, este último coincidente parcialmente en el tema, pero ello no tiene demasiada trascendencia para el valor de la obra.

El libro aparece dividido en tres partes, dedicadas la primera al estudio de los diferentes contratos: la segunda, a las garantías, y la tercera, a las obligaciones contractuales, no extrañando en ello sino el que estas

últimas no hayan servido de una especie de parte general previa al estudio de los tipos de contratos, siendo, por el contrario, como una especie de estudio de consecuencias.

En la parte primera, la A. ha agrupado los contratos atendiendo a la transmisión de bienes, la explotación de éstos y la conclusión y ejecución de contratos. Quizá quepa oponer alguna objeción a esta tercera categoría como no muy bien formulada, en cuanto que, dado el título general de «operaciones contractuales», pueda parecer que el mandato, por ejemplo, no es en sí un contrato, sino una mera actuación preparatoria o ejecutoria sin sustantividad, pero su tratamiento es convincente, y desvanecerá cualquier confusión.

Dentro de los contratos cuyo objeto es la transmisión de bienes, se estudia la venta y la permuta, aquella como contrato imperante que no ha cedido el terreno a la concesión a censo y renta de inmuebles, a diferencia de lo sucedido en otros territorios, y que ha dejado una mayor huella documental en lo referente a inmuebles, que en lo referente a muebles, aunque el tráfico mercantil haya sido muy intenso y haya dado, incluso, a la reglamentación de las ventas mobiliarias por parte de los cónsules. Singularmente interesante es el hecho de que la «Coutume» haya consagrado la práctica de no mencionar precio en la venta, lo que parece singular del derecho tolosano, y que, como acertadamente opina la autora, no ha podido deberse a que la venta fuera siempre al contado y no interesara la cuantía del precio, sino al propósito de cortar toda investigación sobre el mismo y evitar así las rescisiones por lesión, toda vez que la desaparición se efectúa progresivamente en la segunda mitad del siglo XII, coincidiendo precisamente con el renacimiento de la institución de la lesión, como consecuencia de una decretal de Alejandro III. Especial importancia tiene para el lector español el que, a diferencia de lo sucedido en el país tolosano, el precio en la Navarra española aparezca siempre evaluado en trigo, pues esto confirma una circunstancia que se ha destacado para el reino astur-leonés por el profesor Sánchez-Albornoz, entre otros, y que ha causado extrañeza a los estudiosos de otros países en la «Settimana» spoletina de 1960.

Si en el contrato de venta sorprende la ausencia del precio, en la permuta sorprende una compensación mutua de las partes respecto a la posible plusvalía que pudiera existir entre sus prestaciones respectivas, y que, igualmente, tiene por objeto el evitar las rescisiones por lesión.

Entre los contratos cuyo objeto es la explotación de bienes se estudia el arrendamiento en sus diversas modalidades, la sociedad, el préstamo y el depósito. En el arrendamiento el lector encontrará variedades interesantes, como la «gasaille» o de animales, concebido generalmente como accesorio del arrendamiento rural, la «comanda» o arrendamiento consentido por la vida del arrendatario y practicado por abades y canónigos, etcétera. En la sociedad destaca la existencia de sociedades de capitales al lado de las personales, entre las que se encuentra el «pariage», cuyos miembros, «parierii» o «pariarrii», explotan la industria molinera del

Garona. En el préstamo es interesante que se desconozca la prohibición de la usura hasta el siglo XIII, y que su represión no tenga lugar sino por la actuación personal del obispo Foulque (1206-1231), evadiéndose de la degradación del obispado tolosano, que no la había combatido. El depósito, finalmente, aparece como el contrato que menos ha dejado documentalmente, entre los pertenecientes a esta categoría de los dedicados a la explotación de bienes.

Dentro de la tercera categoría, de cuya oportunidad ya se ha hablado, la autora estudia el mandato y el compromiso.

Dedicada la parte segunda al estudio de las garantías, concorde con toda la atmósfera de derecho plenamente evolucionado destaca la mayor importancia de las garantías reales, y el papel modesto que desempeñan las de tipo personal. Entre éstas, sin embargo, puede verse alguna de íntimo parentesco con las ibéricas, especialmente con las del derecho navarro, tal como la denominada «otage» o dación de varios hombres en garantía del cumplimiento de la obligación, cuya denominación latina es la de «hostaticum», y que debe corresponder al «obstagium» estudiado por Mayer.

Mucho más importantes, como se ha dicho, las garantías reales, predomina en éstas dentro del derecho tolosano el tipo de «mort-gage», cuyos intereses no tienen efectos amortizadores, y cuyo predominio se debe a la señalada resistencia a la prohibición de la usura, que llega en Toulouse hasta el siglo XIII. Para el lector español es de destacar la afirmación de la autora sobre la ausencia absoluta de utilización de los términos «wadium» o «gwadium», que demuestra una vez más la falta de rastros del derecho germánico, y que puede tener interés para el futuro rastreo de esa institución en nuestra Península, donde su existencia fue confirmada por el profesor García de Valdeavellano.

Dentro del mismo terreno de las garantías, de tanta importancia siempre en el derecho obligacional, es singularmente sugestiva la generalización en el siglo XII de las que no llevan consigo la desposesión de los bienes por parte del deudor, tales como el «retorn», la «obligatio omnium bonorum», etc., tipo de garantía a veces llamada «ypotheca», pero sobre todo la existencia de garantías privilegiadas como la denominada «poderagium» o «poder», y que se constituye con consentimiento del señor cuando tiene lugar sobre feudos pertenecientes a éste, o con el acuerdo del veguer de Tolosa, cuando se trata de terrenos alodiales.

La tercera parte implica toda una teoría del derecho general de obligaciones, pues se estudia la capacidad, la representación, el nacimiento y prueba de los contratos, los vicios del consentimiento, la transmisión de las obligaciones contractuales, etc. La sola enumeración de estas cuestiones da idea de que la materia tratada no puede ser aprehendida en los estrechos límites de una recensión. Cabe destacar que siempre se ofrece un derecho evolucionado, como por ejemplo, lo demuestra que frente a la tendencia tradicional en el «droit coutumiere» francés y en el derecho altomedieval español a transformar todo en un contrato real o en un con-

trato formal, la venta en el derecho tolosano parece ofrecerse con un carácter consensual, extendiéndose esto a la permuta y a la donación; que la solemnidad en los contratos tiene poco éxito; que la prueba privilegiada es la escritura, y que en muchos contratos lo es la palabra simple, al mediar la cláusula de ser creído «suo verbo, sine testibus et sacramento», y sobre todo, que el juramento desempeña un papel muy modesto; que la ejecución es normalmente la judicial, sin que la extrajudicial tenga importancia, si bien hay casos de detención privada, cuando la detención pública no ha tenido resultado, etc., etc.

En definitiva, como expone la autora, en quien, como se ha dicho, la meticulosidad analítica no priva de la visión de síntesis que ofrece siempre con claridad y elegancia, el derecho tolosano se presenta como un derecho de gran perfección, debido a una floreciente vida económica y a no haberse perdido el contacto con el derecho romano teodosiano, oponiendo resistencia al otro derecho romano, es decir, al codificado por Justiniano y elaborado por los juristas medievales, que no logrará triunfar hasta el siglo xiv, después de una presión continuada, de la que ha sido el principal factor la Universidad, creada en 1229. Como también ha expresado J. Yver, el historiador del derecho deseará saber si el caso del derecho tolosano es aislado, aunque en el historiador del derecho español ese impulso pueda ser tan sólo el generoso y desinteresado del puro conocimiento, ya que no es fácil que las conclusiones puedan aplicarse a ninguno de los territorios de la Península Ibérica, ni aún a Cataluña, que es la que ha podido encontrarse en una situación más similar. Por descontado, independientemente de la aplicabilidad inmediata de sus conclusiones, el libro de Mireille Castaing-Sicard no deberá ser ignorado por nadie que experimente alguna preocupación por el derecho obligacional.

JESÚS LALINDE ABADÍA.

CRUZ S.: *Da «solutio». Terminologia, conceito e características, e análise de varios institutos afins. I Epocas arcaica e classica.* Coimbra. Livraria Almedina, 1962. p. LXIII + 398.

En este interesante libro, Cruz, actual profesor de Derecho romano de la Universidad de Coimbra, afronta un tema de gran dificultad como es el de la *solutio* y su encuadramiento en el Derecho romano de obligaciones. Después de un extenso prólogo sobre el valor actual del Derecho romano, el autor trata en la introducción de situar la *solutio* en la obligación, considerándola como algo natural e intrínseco en la vida de la obligación y que produce efecto total y simultáneo en la extinción del vínculo obligatorio.

La primera parte está dedicada al estudio de la *solutio* en la época arcaica, y en ella el autor concluye que la *solutio* era una liberación de responsabilidad mediante dinero que se entregó primero sin formalida-

des y luego acompañada de ellas. Esta liberación, ya fuese realizada por el *vindex*, por el *nexus* o por el *iudicatus addictus*, era siempre de responsabilidad y no una prestación de débito. Dentro de este concepto amplio de liberación, cabía no solo la idea de todo o cualquier cumplimiento, sino también de todo o cualquier modo de extinción.

En la segunda parte, expone el autor importantes conclusiones sobre el alcance limitado que la *solutio* tuvo en la época clásica. Frente a la opinión que ha venido prevaleciendo en la doctrina de considerar a la *solutio* clásica como la prestación de lo debido o, en general, como un modo de extinción de la obligación, el autor sostiene que la *solutio* tiene sólo el significado de *dare certum* y debe considerarse como el efecto último de la obligación. En la época clásica, *solvere* y *solutio* se refieren siempre a *pecuniam* y significan *dare pecuniam* o *datio pecuniae* para evitar la *condictio*. Este elemento del *certum* que se sobrepone a la idea de *pecuniam*, en una lenta evolución, hace que la *solutio* clásica tenga un carácter eminentemente crediticio: *solvere* y *solutio* son lo contrario de *credere* y *creditum*, y el ámbito de ambas figuras experimenta una extensión paralela. La *solutio* se configura como una *datio ob causam*, que produce el efecto principal y esencial de la *liberatio*, por lo que debe ser incluida entre los efectos de la obligación y no entre los modos de extinción de las obligaciones. *Solutio*, además, se contrapone a *satisfactio* como la idea de *certum* a la de *incertum*. A esta contraposición entre *solutio* y *satisfactio* se dedica la última parte del libro. Para Cruz la *satisfactio* nunca se identifica con la *solutio*, aunque en determinados supuestos pueda producir los mismos efectos; la *satisfactio* clásica es todo cumplimiento real y efectivo diferente de la *solutio*. El autor concluye que tanto la identificación de *satisfactio* con *solutio* como la extensión de ésta hasta comprender también la *solutio* es obra de vulgarización de los juristas postclásicos.

Aunque el autor sigue en la concepción del *creditum*, la tesis de d'Ors se aparta de ella en cuanto niega una extensión del significado de *pecunia* a *omnis res*. Si bien los argumentos aducidos por Cruz no sean del todo convincentes, esta conclusión no afectaría a la noción de *solutio* que patrocina como *dare certum* y como lo contrario de *creditum*, puesto que como el autor prueba, *creditum* pasó de ser una *datio pecuniae* a ser una *datio rei*.

El autor promete que a este primer volumen seguirán otros dos: el segundo, sobre la *solutio* en la época postclásica y justiniana, y el tercero, sobre la naturaleza jurídica de la *solutio* en derecho romano y en la tradición romanística. De la importancia que tendrá la obra completa es claro exponente este primer volumen. El libro, en el que destacan una gran claridad de exposición y una rigurosa sistemática, está dotado de pormenorizados índices de fuentes, materias y autores.

DE VISSCHER, F.: *Le droit des tombeaux romains*. Giuffrè Milano, 1963. 339 p.

Por ser una de las últimas obras publicadas por el ilustre romanista belga —una de las más preclaras figuras de nuestra ciencia—, que ha muerto el 15 de diciembre último, el ánimo del lector se encuentra especialmente conmovido al analizar y enjuiciar esta obra, que presenta algunas reflexiones sobre el tema del derecho de las tumbas romanas en sus distintos aspectos sociales, religiosos y jurídicos. El profesor De Visscher, arqueólogo y jurista, profundamente apasionado por la antigüedad clásica, penetra en esta materia de derecho funerario con la suprema serenidad con la que el creyente se enfrenta con el tema de la muerte, incluso cuando la prevee cercana.

En la primera parte de la obra, el autor trata de los problemas generales que plantea el régimen de las sepulturas romanas, y especialmente se refiere a las cuestiones más debatidas en torno al carácter religioso de las tumbas y a sus consecuencias jurídicas. Los primeros capítulos se dedican al estudio de las diversas formas de tumbas, ritos de la inhumación e incineración y sepultura considerada como *res religiosa* o *locus religiosus*. Aunque en estos capítulos, ilustrados con fotografías, se encuentran también abundantes referencias al régimen jurídico, tienen un mayor interés para el jurista los capítulos dedicados a las siguientes cuestiones: derecho de las sepulturas, *iter ad sepulchrum*, distinción entre tumbas familiares y hereditarias, la protección de las tumbas de familia, el conflicto entre la sucesión testamentaria y el régimen de las tumbas familiares y la represión de los atentados contra las tumbas.

Con respecto al régimen jurídico de las sepulturas, contra la doctrina tradicional representada por Mommsen y Scialoja, que defendían que las tumbas no podían enajenarse ni ser sujetos de relaciones de derecho privado, y contra la tesis de Fadda que distinguía el sepulcro, considerado en su materialidad, y el *ius sepulchri* que, a diferencia del primero, podía ser enajenado y transmitido a los herederos, De Visscher afirma que lo que se considera por el destino de la tumba jurídicamente imposible es la enajenación de la sepultura como tal, es decir, su transferencia a otro con el completo poder de disposición que implica el *dominium* y con independencia de su destino funerario. El autor pone de relieve que es sobre todo con ocasión de la enajenación de terrenos que contienen una o más tumbas cuando surge la cuestión de la propiedad. En estos casos, excluyéndose las sepulturas propiamente dichas, se admite la perfecta eficacia de la enajenación de los terrenos en que éstas se encuentran. El autor concluye que la facultad de enajenar una tumba no tiene otras limitaciones que las que le han sido impuestas por su función sepulcral, tal como ha sido fijada por su fundador.

Sobre el *iter ad sepulchrum*, De Visscher sostiene que hay tres modos de constitución del derecho de acceso a la tumba: por acto del mismo

fundador, bajo forma de convención expresa o tácita y a título subsidiario, a partir de la época de los Severos, por acto de autoridad del magistrado. En la legislación de Justiniano parece haberse atribuido a este derecho de acceso un carácter legal, sancionándolo por una *vindicatio*, pero es inútil quererlo poner en relación con una de las figuras tradicionales de derechos reales porque su función religiosa los sitúa fuera del ámbito de las instituciones patrimoniales.

La segunda parte del libro contiene varios estudios de inscripciones funerarias. Especial interés por estar en relación con el debatido tema de las fundaciones tienen los capítulos dedicados a las inscripciones del Jardín de Mousa, al régimen de las tumbas en Egipto, según el *Gnomon des Idiologos*, la fundación funeraria de *Junia Libertas* y el régimen jurídico de los antiguos cementerios cristianos. En relación con este último, el autor sostiene que la creación directa de entidades jurídicas destinadas a realizar los fines asignados por particulares de todo o parte de sus bienes es una concepción extraña al derecho clásico. Los donantes o testadores confían sus bienes a personas físicas y, en el caso de las tumbas familiares, serán normalmente los miembros de la familia los beneficiarios de la institución. Para salvaguardar el destino exclusivo de la tumba y su perpetuidad, los disponentes adoptarán disposiciones de dos clases: unas, que suponen estrictas limitaciones a la facultad de enajenar la tumba y los bienes anexos; otras, se ocuparán de reglamentar la transmisión de estos derechos y bienes a los descendientes. En torno de estos bienes con destino funerario se constituyen verdaderas asociaciones de hecho, pero en derecho ellas no se sostienen más que por frágiles construcciones jurídicas; sin unidad de patrimonio, sin *corpus*, ellas no participan en nada de los estatutos de los colegios. Sin embargo, la ambición de los donantes de que su nombre sobreviva y el interés de las legiones de libertos que de ellas obtienen provecho ha bastado para multiplicar su uso y hacer de estas fundaciones realidades vivientes, aunque su duración sea efímera.

El libro del sabio romanista de Lovaina, que por su amenidad y sencillez atrae enseguida la curiosidad de todo el que inicie su lectura, constituye una notabilísima aportación al estudio de la compleja materia del *jus sepulchri*, que se tomará como base constante de referencias en las sucesivas investigaciones.

M. GARCÍA GARRIDO.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio: *La sociedad española en el siglo XVII*. I. C. S. I. C. Instituto «Balmes» de Sociología. Departamento de Historia Social. Madrid, 1963.

He aquí otro interesante libro del profesor Domínguez Ortiz. Si en 1955 dio a conocer su excelente estudio de la sociedad española del XVIII, ahora

ha aparecido el primer volumen de una obra análoga en estructura a aquella y referida a la centuria anterior. El paralelismo entre ambas es claro; primeramente una semblanza general del siglo, que sirve no sólo para justificar la limitación cronológica de la centuria como periodo dotado de homogeneidad interna, sino también para caracterizar la época desde un triple punto de vista (política, economía, sociedad); tras esta introducción sigue el estudio de la evolución demográfica; luego, el de los diversos grupos y clases sociales, y finalmente unos Capítulos dedicados a exponer los aspectos sociales de las instituciones. Este esquema de la obra sobre el siglo XVIII concuerda con el anunciado por el autor para la presente; pero ahora sólo ha publicado un primer volumen que contiene la muy interesante introducción, el análisis de la evolución demográfica del siglo, y el estudio sobre el estamento nobiliario; el resto de la obra aparecerá en otros dos tomos que deseamos no se hagan esperar mucho.

En extensión, al menos, el libro de Domínguez Ortiz es más ambicioso que el referente al siglo XVIII, y no hay duda de que cuando se escribe con la densidad de datos e ideas con que lo hace Domínguez Ortiz, ya el elevado número de páginas es un mérito. El profesor Domínguez Ortiz ha superado el deficiente estado de la investigación sobre la sociedad del XVII realizando él personalmente aquellos estudios monográficos que juzgara más indispensables para elaborar esta obra de conjunto; este sentido (entre otros) tiene, como el autor indica, su libro sobre la política y la Hacienda de Felipe IV, y otros estudios dedicados a aspectos más concretos de la sociedad del barroco (por ejemplo, sin ir más lejos, los publicados en los tomos XXI-XXII, XXV y, últimamente, en el XXXI de este ANUARIO). Hay así una clara unidad de temas y de orientación en la labor de Domínguez Ortiz, de manera que lo que pueden parecer sus «estudios menores» no son sino piezas inicialmente sueltas, y que él se esfuerza en ordenar en visiones más amplias y siempre sólidamente fundamentadas sobre el siglo XVII, como la contenida en el libro que ahora comentamos.

En él se equilibra un vastísimo conocimiento de la historiografía de la época, de las fuentes impresas en aquel siglo, y de material de Archivos. Es de señalar que el autor ha investigado más directamente la historia social castellana que la de los restantes reinos peninsulares; Domínguez Ortiz ha trabajado sobre los fondos del Archivo Histórico Nacional y del de Simancas principalmente, y también ha manejado muy numerosos manuscritos y opúsculos varios de la sección correspondiente de la Biblioteca Nacional, la inmensa mayoría de los cuales se refieren a Castilla, sin que conste haber realizado una labor análoga en otros Archivos, como por ejemplo el de la Corona de Aragón. Es evidente que una investigación tan profunda como la dedicada a las fuentes castellanas (lato sensu) en todos y cada uno de los antiguos reinos españoles hubiera retrasado mucho la aparición del libro y hubiera exigido un esfuerzo titánico a su autor. Este ha sabido, por supuesto, aprovechar los estudios monográficos de Nadal y Giralt sobre demografía catalana, por ejemplo, o los de Reglá,

Lapeyre y Halperin sobre los moriscos; pero cuando (como ocurre respecto a la nobleza de Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia) no existen monografías suficientes para obviar la investigación, hay algún Capítulo (concretamente el dedicado a la nobleza no castellana) que decae en relación con los restantes. El libro de Domínguez Ortiz encierra en este aspecto una muda invitación a que otros investigadores continúen las líneas por él abiertas, con monografías que permitan completar las inevitables lagunas (de las que el autor es el primero en tener conciencia) de esta obra de conjunto, que si bien ha sido posible —como ya indiqué antes— gracias en buena medida a la enorme labor investigadora del propio Domínguez Ortiz, no podía bastarse a sí misma en todas sus partes.

Creo que al llegar aquí el lector de esta reseña se habrá percatado ya de las líneas generales de la obra comentada y, desde luego, de su enorme valor e interés. Las habituales y corteses frases de elogio al autor serían en este caso inadecuadas; todos sabemos cómo trabaja Domínguez Ortiz y qué ricos en ideas y en documentación son los libros de este magnífico historiador. Con indicar someramente el contenido del libro para dar noticia de él, reservando un comentario más detenido para cuando vean la luz los otros dos tomos, queda cumplida la finalidad de esta reseña.

Pero hay algo en lo que me parece oportuno insistir. Me refiero a la íntima relación existente entre la Historia Social y la del Derecho, como puede percibirse constantemente a través de este libro. Comprendo que la observación puede parecer obvia, y sin embargo, yo no la juzgo impertinente *hic et nunc*.

Como es sabido, en los primeros cultivadores de la Historia del Derecho español encontramos estudios relativos a las clases sociales junto a otros sobre las fuentes del Derecho local medieval: claro ejemplo de ello es la obra de don Tomás Muñoz y Romero. Hinojosa conservó también esta doble vertiente en sus trabajos; y en él de modo especial se advierte que el estudio de lo social y de lo jurídico constituye no dos realidades claramente separables, sino un todo del cual pueden destacarse aspectos preferentemente jurídicos u otros que afectan ante todo a la estructura social. En aquellos años finales del xix y primeras décadas del xx florece, pues, el estudio de las instituciones, en concreto las medievales, y entre ellas tanto las sociales (clases, fenómenos de repoblación...), como las jurídicas (organización municipal, régimen señorial...)

Años después, los más directos discípulos de Hinojosa siguieron cultivando estos dos tipos de estudios, y este ANUARIO fue el órgano en que se publicaron trabajos sobre las behetrías, o colecciones de fuentes de aplicación del Derecho medieval. Quizá ya entonces aquellos autores comenzaron a dedicarse con preferencia personal bien a una temática indudablemente histórico-jurídica (don Galo Sánchez, don José María Ots Capdequí), o más propiamente al estudio de instituciones sociales (Sánchez Albornoz), o económicas (Carande). Pero sigue siendo difícil en muchos casos concretos decir si una obra es exclusivamente de Historia.

social o de Historia del Derecho; por ejemplo, los magistrales trabajos de Sánchez Albornoz sobre el feudalismo o acerca de las instituciones de la Corte visigoda, ¿no son en muy análoga medida estudios de Historia social y de Historia de instituciones jurídico-políticas?

Sin embargo, esa a veces difícil diferenciación entre los estudios de Historia Social y de Historia jurídica disminuye a medida que una y otra ramas de la Historiografía se adentran en campos más específicos. Por un lado, la Historia Social se dedica, en buena parte, a estudiar fenómenos de demografía o a examinar clases sociales (la burguesía), y épocas históricas recientes (caída del Antiguo Régimen y siglo XIX) en que el factor de distinción de los grupos sociales ya no es el jurídico (sociedad estamental montada sobre privilegios primariamente jurídicos) sino económicos (sociedad clasista). Vicens Vives y su escuela, tan rica en obras y autores de gran valía, pueden quizá incluirse en esta dirección, en la que claramente la Historia Social está mucho más cerca de la Historia económica que de la Historia del Derecho.

Por su parte, también la Historia del Derecho ha emprendido en los últimos veinte o veinticinco años caminos no del todo nuevos, pero sí de algún modo diferentes a los primitivos. Es verdad que los historiadores del Derecho no se han alejado totalmente de la Historia social; la monografía de García Gallo sobre las instituciones sociales medievales, los dos tomos publicados de la Historia de España de Valdeavellano, la colaboración de Font Rius en la Historia social y económica de Vicens Vives, el estudio de las clases sociales como elementos integrantes de la sociedad política incluido por García-Gallo en su reciente Manual, son ejemplos (y no los únicos) de que la separación del antiguo tronco (Historia de las instituciones) en dos ramas (Historia Social e Historia del Derecho), no destruye sus, en parte, comunes raíces (el estudio de la sociedad desde distintos puntos de enfoque).

Y sin embargo, es innegable un cierto alejamiento de la Historia del Derecho respecto a los problemas y a los conocimientos de la Historia social. El propio desarrollo de la Historia del Derecho ha llevado a sus cultivadores a adentrarse necesariamente en una tarea esencial: la de hacer la Historia del Derecho privado, penal y procesal. En estos estudios es mayor la distancia respecto a la materia propia de la Historia social que en aquellos otros en que se analizaba la organización socio-política de la Alta Edad Media. Al intentar escribir la historia de la prisión por deudas (permítaseme la autocita, que incluyo para evitar alusiones a cualquier otro autor o trabajo), es lícito atender tan sólo a la evolución del tratamiento jurídico que se ha dado a un problema también jurídico: el del deudor que no paga. Para exponer este tema no es preciso aludir expresamente a la composición de la sociedad o a la vida social: basta con tenerlas presente como mero telón de fondo; lo mismo sucede, por ejemplo, al estudiar una institución de carácter procesal. Paralelamente la tendencia por parte de los juristas a exigir

que los historiadores del Derecho hagamos la Historia de los conceptos e instituciones de la realidad jurídica presente (dirección ésta que encierra evidentes peligros metodológicos), y la necesidad de reaccionar contra una cierta «crisis de interés» de los juristas hacia la Historia del Derecho, han acercado más nuestra disciplina a las estrictamente jurídicas, y al mismo tiempo la han distanciado de la Historia social, como si para lograr una temática y un interés auténticamente jurídicos fuera preciso desligarse de las vinculaciones entre Derecho y Sociedad.

Por otra parte, a medida que la Historia Social ha ido estudiando sectores inexplorados de la realidad histórica, ha perfilado para ello sus técnicas aumentando su carácter de rama historiográfica independiente. Y en cierto modo lo mismo ha sucedido al historiador del Derecho; problemas como los del Derecho privado, la crítica de las fuentes de conocimiento, el examen de la vigencia de las distintas fuentes de creación del Derecho en cada época, sólo pueden ser abordados con éxito y competencia por un jurista-historiador. Así, comparando tales objetivos —y sólo esos— de ambas ramas de la Historiografía, éstas pueden parecer muy distantes entre sí. Y en más de una ocasión puede llegarse a olvidar la íntima conexión que pese a todo hay entre ellas.

Pero precisamente obras como la del profesor Domínguez Ortiz que ahora comento (y cierro ya esta larga y digresiva reflexión) dan pie para poner de manifiesto la profunda relación entre Historia Social e Historia del Derecho. Si, por ejemplo, la nobleza es un estamento que se distingue ante todo por sus privilegios jurídicos, es claro que el análisis de éstos es tarea común del historiador-jurista y del cultivador de la Historia social. Si la nobleza muestra su vocación urbana a través de su tendencia al acaparamiento de oficios públicos, ¿no se está apuntando a un fenómeno —la venta de oficios— de enorme importancia histórico-jurídica? Ciertamente el historiador del Derecho estudiará tal fenómeno acentuando su mecanismo jurídico, mientras que el historiador de la sociedad se preocupará de indicar la influencia del mismo en el aumento del poder de la nobleza respecto al estado llano dentro del ámbito de la vida municipal, o de otras análogas derivaciones; con lo cual sus respectivos enfoques ni se excluyen ni se confunden, sino que se complementan. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, respecto a la influencia de la administración por encabezamiento de algunas rentas fiscales sobre la despoblación de aldeas y lugares castellanos; o acerca de la importancia social de los privilegios penales de los nobles, o sobre otros varios casos que fácilmente podrían entresacarse del libro del profesor Domínguez Ortiz.

Me parece indudable que el estudio de tales fenómenos desde el punto de vista histórico-jurídico habría de servir para un mejor conocimiento de la realidad social de la época. E inversamente, es claro, que la visión de conjunto de la sociedad del XVII que nos ofrece este libro es muy útil para que el historiador del Derecho pueda partir de ella para lograr

una mejor intelección de los fenómenos estrictamente jurídicos que se dieron en el seno de tal sociedad.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE.

Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae. Voces latinas y romances documentadas en fuentes catalanas del año 800 al 1.100. Compilado y redactado por M. Bassols de Climent, J. Bastardas Parera, E. Rodón Binué, D. Condom Gratacós, R. Quevedo Sensat, M.^a C. Catalá Poch. Barcelona, 1960-62. (Fascículos 1 y 2). 255 cols.

Rendimos tributo en estas líneas a una obra de gran empeño, que andando todavía en sus pasos iniciales, augura ya una realización maestra, por su concepción, su plan, su método, y las muestras ofrecidas de la efectiva elaboración de su contenido. La Escuela de Filología de Barcelona que bajo la inteligente dirección del profesor Bassols, nos presentaba hace unos años un sazonado fruto de su labor en aquel vocabulario del léxico feudal catalán, cuyo valor para el conocimiento de las instituciones jurídicas señalamos oportunamente en estas páginas (ANUARIO, volumen XXVII-XXVIII, pág. 1235 y ss.), nos brinda ahora las primicias de un glosario de la latinidad medieval catalana, concebido con una amplia visión comprensiva, y ejecutado con una rigurosa técnica y una pulcritud de redacción acreditativas de un puesto de honor en las grandes obras emprendidas por la erudición contemporánea.

La realización de esta obra se halla estrechamente relacionada con la reedición del famoso Ducange. La obligada selección y reducción de los materiales acopiados para el mismo, procedentes del área catalana, permitía su aprovechamiento sin reservas para la confección de un gran vocabulario autónomo referido a dicha área. La parte publicada hasta el momento (fasc. 1: *a-aragalius*; fasc. 2: *aragalius-bene*) da suficiente testimonio de la tónica de la obra y de la alta calidad de su contenido.

Sólo nos corresponde aquí, como es natural, señalar su valor e interés como instrumento capital para la investigación y estudio del derecho e instituciones medievales de nuestra región. Deberíamos, a este respecto, reproducir las consideraciones formuladas en el comentario antes aludido en torno al valioso auxilio que la filología puede prestar a la investigación histórico-jurídica, y que en este nuevo Glosario se pone más de relieve todavía, por la mayor amplitud de sus horizontes. Toda la prolija gama del léxico jurídico medieval, y de las restantes voces peculiares de la época acotada, raramente ajenas a la consideración de la historia jurídica e institucional, aparece opulentamente representada en las columnas del Glosario, brindando un material abundante, unas interpretaciones seguras y un complemento erudito de sus conexiones históricas,

lingüísticas, numismáticas, etc., que abre el camino a una mayor ilustración del tema.

El vocabulario presenta por riguroso orden alfabético las diversas palabras tenidas por neologismos o innovaciones semánticas del latín medieval o procedentes del románico coetáneo, bajo el criterio general de su no inclusión en el *Thesaurus Linguae Latinae*. De cada una de ellas, con sus variantes morfológicas, se da la correspondiente traducción o significación conceptual, seguida de un muestrario de textos justificativos de la acepción consignada, dispuestos por orden cronológico. La abundancia y, sobre todo, la variedad de los textos utilizados son realmente extraordinarias. La participación de los *Usatges* es relevante, al igual que la de los cartularios feudales y las actas y diplomas de toda índole. En general, todas las colecciones documentales publicadas de la época han sido aprovechadas, y se han espigado también repertorios inéditos y fondos de Archivo. Aunque, en principio, la obra se ciñe a los siglos IX-XI, no faltan testimonios pertenecientes a todo el siglo XII y aún más tardíos, cuando interesa apuntar la suerte posterior del vocablo.

Concretando nuestra atención a los vocablos relacionados directa o indirectamente con la vida del derecho, hemos de destacar el rigor y precisión con que se realiza el análisis de cada uno, cuidando de fijar en sus debidos términos la significación jurídica del mismo, y sobre todo de sus diferentes matices o variantes, con tal escrupulosidad y detalles que muchos artículos resultan verdaderos esquemas expositivos de la evolución y desarrollo no ya de un vocablo, sino del concepto o relación jurídica por él significados.

Innumerables formas, relaciones y fenómenos jurídicos que en el complicado panorama medieval se presentan frecuentemente emboscadas o aisladas de su trama vital, reciben una ilustración clara y convincente merced a esta presentación tan fina y rigurosamente sistematizada de las acepciones de un término que elude la fácil generalización o vaguedad, y que se ancla en un repertorio siempre nutrido y armonizado de textos justificativos de la particular significación o matiz enunciado.

Recórrase al azar el sugestivo columnario de los dos fascículos aparecidos, y compruébese lo señalado con el examen de vocablos (con sus derivados) como *absolvere*, *accapitum*, *acuydamentum*, *aguayt*, *aliscara*, *alodis*, *aprissio*, *auctor*, *averamentum*, *avere*, *bacallarius*, *baiulus*, *bannus*, *baro*, *batallia*, *bauzare*, etc., etc., entre los otros muchos que podrían mencionarse (*). En todos podrá apreciarse riqueza y precisión de matices, penetración en la entraña institucional, captación de la onda evo-

(*) No sabemos resistir la tentación de ofrecer, como muestra, el esquema de presentación de uno de estos términos, de tan acusado sabor jurídico, como es el de *auctoritas* (col. 181): «1: origen o fundamento jurídico del derecho de dominio o posesión sobre algo. 2: Lo que acredita el derecho de dominio y posesión sobre algo. a) en general: prueba o demostración de este derecho: b) en particular: la escritura o documento en que consta este derecho: c) *auctoritates scripturarum*: las pruebas que de este derecho proporcionan las escrituras. 3: Poder o facultad que se tiene sobre algo (usado generalmente en plural). 4: Precepto o acto escrito solemne que emana de una primera autoridad. 5: Orden, mandato. 6: Sanción, confirmación (?). 7: Aprobación.

lutiva de la palabra y su concepto, y cuando procede, oportuna remisión a otras fuentes y bibliografía para encauzar el afán erudito de debatir una cuestión dudosa o controvertida, en el aspecto lingüístico, histórico, etcétera. En el fascículo 2.º, se acusa un palpable despliegue de esta proyección erudita que enriquece notoriamente el acerbo filológico, con datos y referencias de otros campos contiguos.

A la ponderación —en términos de estricta justicia—, de la excelencia y valor de esta obra y su papel instrumental para nuestros estudios queremos unir nuestro ferviente anhelo de verla prontamente coronada, para honra del entusiasta equipo que ha acometido su realización, de la Universidad barcelonesa que la patrocina, y de la tradición filológica catalana en cuyo clima ha podido madurar una empresa de tales arrostos.

J. M. FONT RIUS.

GROSSI, Paolo: *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*. Ed. Giuffré. Milán, 1960. 504 págs.

Realizada bajo la dirección del profesor Ugo Nicolini, eminente especialista del derecho común, esta investigación sobre el tema de las obligaciones pecuniarias constituye una valiosa aportación a la problemática del derecho actual. El autor ha partido precisamente de la renovada estimación hacia el negocio jurídico configurado por la autonomía privada, frente a la acción conjunta de la legislación y de la administración. El derecho común, entre el resurgimiento urbano medieval y la revolución francesa, se esforzó igualmente por crear en favor de los particulares una esfera de acción en el orden jurídico, inatacable desde el exterior. En este camino se alzó la obligación pecuniaria, como problema no sólo difícil y oscuro, sino tormentoso y atormentado. Porque, como decía un anónimo francés del siglo XIV, «la moneda es cosa oscura». En los negocios pecuniarios, la voluntad de los particulares encuentra el límite de que el dinero es una creación del estado. El negocio privado tiene un objeto público, que es la moneda. La práctica medieval se encontró con la alteración de la moneda. No fue sólo un problema técnico, sino también moral. El derecho común lo resolvió sobre tres puntos fundamentales: el principio de inalterabilidad de la moneda, el respeto a la autonomía de la voluntad y la equidad.

Señálase el contraste entre el derecho común y el principio de los códigos modernos, según el cual las deudas pecuniarias se extinguen mediante la moneda que tenga curso legal al tiempo de hacerse el pago y por su valor nominal. A esta conclusión ha llevado un proceso que arranca de Pothier (1748), bajo el influjo del derecho nacional, que tiende a hacer del dinero una cosa totalmente sustraída a la disponibilidad de los particulares, un signo legal. Toda determinación en el negocio,

sobre la moneda, parecía contraria a la majestad real. La doctrina absolutista de Pothier pasó al *Códe civile* (art. 1.895). El autor aborda el estudio de esta cuestión en el derecho intermedio, en el rico elenco de autores del derecho común y excepcionalmente en la jurisprudencia de la Rota Romana, considerada como el único verdadero tribunal del derecho común. En general, se dio un contraste entre la doctrina y la práctica judicial. Intégrase el completo estudio histórico-jurídico de esta cuestión, con el examen de las obras de los teólogos juristas, entre los cuales ocupa un lugar relevante Domingo de Soto.

La parte general de la obra comprende tres capítulos. En el primero se estudia el tema de las variaciones del valor de la moneda. Sobre la práctica regalista, se alza la decretal *Quanto*, procedente de una carta de Inocencio III al rey Pedro II de Aragón, en 1199, en la cual le reprendió por haber disminuido el valor de la moneda sin consentimiento del pueblo y quebrantando el juramento de no hacerlo. Es una prueba del *imperium spirituale* del pontificado. En este precepto se han fundado los escritores del derecho común. Grossi examina con aguda profundidad todas las derivaciones de la decretal, y sobre todo la consideración de la moneda como algo perteneciente al *ius gentium*, a través de la cual se llega a sustraerla a las decisiones arbitrarias del príncipe. Esta fue la garantía preliminar para las obligaciones pecuniarias.

Sobre la anterior base, los juristas elaboraron el dogma de la autonomía privada. La mutación monetaria incidía sobre la obligación. La doctrina ha intentado reducir los efectos de esta circunstancia. Para esto utilizaba el principio de irretroactividad, el de legalidad (del contrato) y el de certeza jurídica. La equiparación del contrato al testamento venía a reforzar la intangibilidad del negocio y a dar un cierto carácter sagrado a la voluntad de los contratantes. Por virtud de la verosimilitud, como criterio de interpretación, el cumplimiento de los contratos se vinculaba más íntimamente a la situación originaria. El vigor de lo expreso en el contrato era siempre mayor que el atribuible a lo tácito del mismo, doctrina que ha formulado Baldo. La *solutio*, independientemente de las mutaciones monetarias debía ser conforme al acuerdo originario. La costumbre vino a completar la voluntad de las partes, como instrumento típico de la autonomía de la voluntad. Se consideraba que el uso nacía de la práctica cotidiana de los particulares, y por ello era una legítima expresión de su autonomía. Más exactamente, de la colectividad de los particulares. Frente a la ley abstracta y general, la costumbre es particular y concreta; y una garantía frente a la ley y a la prepotencia estatal. En consecuencia, los autores de derecho común pusieron a la costumbre en el mismo rango que la autonomía privada. Así Bártolo, aunque riguroso en el exigir que el pago sea hecho con moneda de igual peso, ley y materia, admite la costumbre sobre este punto; pero Alberto Bruni excluye el que esta costumbre pueda extenderse al caso en que el acreedor sufriría un daño por el cambio de moneda; Baldo admite la validez de una costumbre pero rechaza la de un estatuto que impusiera un cambio

de moneda para la *solutio*. La doctrina precisó que si bien la *fabricatio monetae* era función pública, el *modus solvendi* era una cuestión puramente privada.

Frente a la doctrina común, en la legislación nacional de los estados desde el siglo xvi se va marcando una concepción publicística del cumplimiento de las obligaciones. Se tiende a que el pago sea válido en cualquier moneda que goce de curso legal. Los juristas respetuosos con esta legislación, como el español Valenzuela Velázquez (s. xvii), intentan, sin embargo, justificarla acudiendo a la costumbre recibida. El civilista portugués Ario Pinello se opone a una ordenanza semejante, como lesiva del derecho natural, mientras el teólogo y canonista Rebello llega a admitirla como necesaria para la seguridad del comercio. Así fue insinuándose el sistema nominalista que formulará definitivamente Pothier.

La equidad, que impregna todo el ordenamiento jurídico medieval y especialmente la doctrina del derecho común, tiene un influjo particular en el campo de las obligaciones pecuniarias. Facchinei, un práctico del xvi, fundándose en la equidad, sostiene que la esencia del dinero es su valor intrínseco, y que el papel del jurista no es investigar lo que se ha hecho u observado en el pasado, injustamente, sino que debe hacerse «secundum iuris et aequitatis normam». La *mutatio monetae* rompía el equilibrio contractual; se imponía una *reductio ad aequitatem*. Y equidad en este caso era igualdad. Cuando la variación de la moneda afectaba al peso y a la calidad del metal, debía entenderse verdadera mutación y, en consecuencia, hacerse pagar según el valor del *tempus dispositionis*.

La parte segunda está destinada a exponer la estructura del sistema. La doctrina intermedia ha conseguido una privatización de las obligaciones pecuniarias. Los principios generales estudiados en la primera parte se concretan en los diversos institutos jurídicos. Una especial consideración da la doctrina a las obligaciones que no derivan del contrato sino de disposiciones legales; en éstas faltaba el elemento fundamental del *consensus debitoris*, como precisó agudamente Baldo. Así, pues, no se llegó a la equiparación, que hubiera sido ilógica e inmoral, entre el *tempus contractus* y el *tempus conditae legis*. El problema del pago en las prestaciones anuales, es decir, esta categoría de *solutio* propia de muy diversos negocios, es objeto de una solución especial. Dos textos famosos, de Inocencio III y de Gregorio IX, incluidos en las Decretales (3, 39, 20. 26), son la fuente de la doctrina de que el pago anual debe hacerse en la antigua moneda, sea ésta más o menos preciosa, es decir, con la moneda en que fueron establecidos los negocios. Al *tempus ordinationis* debía referirse el valor monetario, porque este era el momento en que las partes habían acordado el contenido de sus derechos y obligaciones. Pero, sin embargo, se previó que la larga duración de estos negocios puede afectar a la equidad de la prestación. En un ambiente demasiado diverso o lejano del momento originario, cabe recurrir a una *reductio ad aequitatem* que en efecto fue practicada por el Senado de Piedimonti, y recogida por Tesauro (1622) tuvo acogida entre los autores. Frente a la iniquidad

sobrevenida de la convención, cabe restablecer la equidad plena del acuerdo, que acaso justo y legítimo en su origen, había asumido un contenido no deseado por las partes. Para el negocio de enfiteusis, en que el canon carece de una significación económica, y es sobre todo el reconocimiento de un dominio, por lo cual no cabe alegar lesión de un interés afectado por las variaciones monetarias, es lógico que se atienda al valor de la moneda en el *tempus solutionis*.

Se dice que en el derecho común la obligación pecuniaria debe satisfacerse conforme a su valor en el momento del contrato. Pero, ¿cuál es este valor? El derecho intermedio se planteó la cuestión de la bondad extrínseca o intrínseca de la moneda. La concepción intrínseca de la moneda surgió para hacer frente a la habitual práctica feudal y regalista de la alteración. El *tempus contractus* se completa con el principio del valor metálico de la *res-pecunia*. La prestación tenía así un contenido sustancial preciso, cierto y determinado. La opinión común se mantuvo aferrada a este sistema, incluso al término mismo de la época; la Rota romana, también. En Italia, Alemania y España prevaleció; no así en Francia, donde se inicia en el xvi la tendencia al nominalismo monetario, a la admisión de la bondad extrínseca de la moneda. Por otra parte, en la misma esfera del derecho común la doctrina de la bondad intrínseca admitió una excepción fundada en la costumbre, primero local, después universal, con lo que el rigor del principio metalístico se vio atenuado. Frente al planteamiento tradicional de Bártolo, Dumoulin en el xvi y Puffendorf en el xvii, alzarán la significación extrínseca de la moneda en el tráfico jurídico. Baldo tiene el particular interés de, discípulo inmediato de Bártolo, haber percibido la crisis de la doctrina tradicional. Esa crisis fue superada en el campo canonista. Esta línea de pensamiento apoyada en el humanismo y en la llamada Segunda escolástica alcanza su más alta expresión en Domingo de Soto, que plantea renovadoramente la cuestión sobre la base de la *restitutio* y la *aequalitas*.

El penetrante y fino análisis del tema de las obligaciones pecuniarias, a través de la literatura del derecho común, y de la teología moral constituye también una visión sumamente orientadora de este vasto y difícil campo de la cultura jurídica. Los autores, ante una cuestión central, muestran su personalidad, en medio del gran quehacer colectivo que fue la doctrina común. En este sentido, la densa monografía de Grossi, abre también una amplia perspectiva a la historia del derecho europeo.

R. GIBERT.

LEVY, Ernst: *Gesammelte Schriften* (Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1963 (pub. 1964), 2 vol.: XII + 510 y XV + 704 págs.

Las Academias de las Ciencias de Gotinga y de Munich, así como un grupo de amigos de Basilea, donde actualmente reside el autor,

han tenido el acierto de celebrar los ochenta años de éste con la publicación de sus artículos dispersos, y de encomendar el cuidado de la edición a los romanistas Kunkel y Kaser.

El primer volumen contiene, aparte otras contribuciones sobre temas más generales o sobre algunas fuentes concretas, los importantes artículos de Levy sobre el «Vulgarrecht», empezando, naturalmente, por el artículo «que abre camino» de 1929, («Westen Und Osten in der nachklassischen Entwicklung des röm. Rechts»), y sobre derecho procesal romano.

En el segundo volumen se incluyen los relativos a derecho de personas, de obligaciones y penal, además de otros varios. Ha sido un acierto de los editores el reproducir algunas reseñas importantes, así como algunas notas necrológicas. Los índices de materias y de fuentes resultan aquí especialmente útiles, por cuanto un mismo tema aparece tratado más de una vez y con posibles observaciones complementarias y aun quizá correctivas.

Estos dos tomos de Levy serán indiscutiblemente un instrumento de trabajo de que el romanista no debe separarse en ningún momento.

Aunque Levy ha escrito otros libros importantes, sobre derecho vulgar, las sentencias de Paulo, el divorcio, la concurrencia de acciones, etc, sin olvidar su vocabulario del Teodosiano, no puede decirse que haya sido de los autores que más han escrito. Sin embargo —y eso es un alto mérito— de pocos autores puede decirse, como es justo decir de él, que cuanto ha escrito constituye una pieza fundamental para el estudio del tema a que se refiere. Por lo que a mí personalmente respecta, puedo decir que en la mayoría de los estudios que he emprendido he encontrado siempre las fecundas huellas de Levy.

Por último, Levy nos da ejemplo como atento reseñante. No es ésta la primera vez que he tenido ocasión de insistir en la conveniencia de que los científicos de mayor categoría se reconozcan obligados a informar críticamente sobre las publicaciones de su especialidad. Levy es en este sentido un modelo; sus reseñas, siempre críticas pero ponderadas, serenas y hasta cordialmente benévolas, deberían ser leídas reiteradamente por los jóvenes romanistas de hoy. Para España, donde no logramos sacudir la cazarra apatía que hace despreciar la labor de reseñante, este ejemplo de Levy podría tener una virtud del todo singular.

A. O.

LOT, Ferdinand, et FAUTIER, Robert: *Histoire des Institutions françaises au Moyen Age*. Publié sous la direction de. Tome Troisième: *Institutions Ecclesiastiques*, par Jean-François LEMARIGNIER, Jean GAUDEMET et Mgr. Guillaume MOLLAT. Paris, 1962, in 4.º, VIII-502 p. Presses Universitaires de France.

En esta gran obra que es L'Histoire des Institutions françaises au Moyen Age, proyectada en cinco volúmenes y con la colaboración de veintiún

nombres destacados en la historia jurídica francesa, acaba de ver la luz el tercero de sus volúmenes consagrado a las Instituciones Eclesiásticas; ya le habían precedido el primero y segundo volumen dedicados, respectivamente a las Institutions Seigneuriales y las Institutions Royales; y se anuncian como en preparación el cuarto tomo: Institutions urbaines y el quinto: Institutions sociales, completándose así el vasto plan de esta magna obra.

Aquí nos vamos a ocupar exclusivamente de presentar a nuestros lectores el tercer tomo, Institutions Ecclesiastiques. Desde luego, ha sido un acierto la ampliación del plan inicial de la obra, no limitándose a las Instituciones exclusivamente civiles, sino dando también cabida a las Instituciones eclesiásticas. Si se hubiera tratado de otras épocas históricas donde los campos de Dios y el César están más netamente divididos, quizás hubiera sido posible prescindir de los aspectos institucionales eclesiásticos, pero tratándose de la Edad Media donde el augustinismo político condujo a un confusionismo entre lo temporal y lo espiritual, a la teocracia sacerdotal y a la sacralización de la realeza, resulta absolutamente imposible dar una pintura completa de los cuadros institucionales en que se desenvolvía la vida del hombre medieval prescindiendo de las estructuras de la Iglesia. Quienquiera que piense un instante en la importancia de la propiedad eclesiástica, tanto inmobiliaria como rentable en forma de diezmos y otras contribuciones verá que sin ella, sus reglas de administración y recaudación apenas es posible institucionalizar la vida económica medieval. Lo mismo puede decirse de los problemas jurisdiccionales; las oficialidades desbordando ampliamente lo espiritual son piezas esenciales del sistema represivo de la sociedad medieval aún en los aspectos meramente temporales.

Este tomo de les Institutions Ecclesiastiques en France au Moyen Age aparece dividido en tres subperíodos, cada uno de los cuales ha sido redactado por un colaborador. Jean-François Lemarignier, Professeur a la Faculté de Droit et Sciences économiques de l'Université de Paris: desde fines del siglo x a mediados del siglo xii, páginas 1-139; Jean Gaudemet, Profesor también en ambas Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Paris: desde mediados del siglo xii al principio del siglo xiv, páginas 141-335, y Monseñor Guillaume Mollat, miembro del Instituto: La Iglesia de Francia en los siglos xiv y xv, páginas 337-471.

Cada una de estas partes lleva el sello muy personal de su autor; la primera, más concisa y nerviosa, es singularmente preciosa por la claridad de líneas y por haber reducido los complejos problemas institucionales a unas líneas arquitectónicas casi, casi transparentes; la segunda, más extensa, más compleja en su desarrollo, da también mayor cabida a las teorías jurídicas por corresponderla los dos siglos dorados del derecho canónico y por reflejar así la ya larga dedicación de su autor al estudio de ese mismo derecho clásico; la tercera, más históricamente orientada, y más unida a las vicisitudes externas de la Iglesia y del Reino denota este cambio de orientación aún en el mismo título, ya no es la

Iglesia en Francia como las dos primeras partes, sino la Iglesia de Francia. Pero en las tres partes, igualmente valiosas, aparece una misma distribución y plan que mantiene la unidad de conjunto y hace del volumen todo una obra armónica: 1) Jerarquía secular en sus diversos grados: arzobispos, obispos, arcedianos, arciprestes, párrocos. 2) Jerarquía regular: abades, priores, órdenes, monasterios, exención. 3) El rey en la Iglesia: sus derechos, sus intervenciones, problemas jurisdiccionales. 4) Acción de la Iglesia en el mundo social, intelectual, económico, etc.

Recensionando una obra de síntesis como esta, es imposible descender al enjuiciamiento de detalles y afirmaciones particulares: hay que limitarse a una valoración de conjunto.

Y esta no puede ser más positiva; ha logrado exactamente lo que pretendía: una síntesis clara y rica en contenido de las Instituciones de una época, bien trabada y armónicamente presentada que se lee con interés siempre creciente, sin que se pierda jamás en el detalle.

Cuando pensamos detenidamente en las dificultades de una obra como la presente estimamos más y más las preciosas aportaciones de Lemarignier, Gaudemet y Mollat; primeramente no es fácil escoger con acierto entre la multitud de Instituciones sin perderse en líneas secundarias, segundo, la dificultad de sintetizar la serie de monografías que supone una obra de este género; tercero, el saber destacar lo peculiar de un país y de una época dentro de la universalidad espacial y temporal de la Iglesia. A esto se añade la falta de obras precedentes que sintetizan las Instituciones eclesiásticas; las de Plöchl y Feine son demasiado sumarias y se limitan a unas generalidades con frecuencia muy insuficientes: la de Gabriel Le Bras en l'Histoire de l'Eglise de Fliche et Martin, todavía tan sólo iniciada, quizás resulta menos ceñida a lo jurídico institucional y más orientada hacia lo sociológico.

Además, ninguna de estas obras se refiere a la Iglesia en o de Francia, sino a la Iglesia universal; y la obra que recensionamos debía recoger las Instituciones eclesiásticas de la Iglesia francesa. Señala también R. Fawtier en el prólogo, la falta de una historia peculiar de la Iglesia de Francia, que hubiera podido servir de apoyo; ahora podemos decir que la mejor historia de la Iglesia francesa para la Edad Media es la que ha escrito Lemarignier, Gaudemet y Mollat, pues las Instituciones no son otra cosa sino la historia más interna y más profunda de la sociedad a que pertenecen.

Sin duda que esta obra ha de servir de modelo en el futuro cuando en otros países se intenten síntesis como la realizada en ella, pero desgraciadamente no todos los países pueden realizarla todavía por la falta de monografías y estudios particulares que la sirvan de base, pero ya desde ahora puede servir de acicate para la preparación de esas monografías previas utilizándola como índice sugerente de los temas por estudiar.

MAFFEI, Domenico: *La donazione di Constantino nei giuristi medievali*. Milano, Giuffrè, 1964, in 4., 366 p.

Esta extraordinaria monografía se presenta ya bajo el sello de la madurez. Otras obras anteriores como *Gli inizi dell'umanesimo giuridico; Alexandro D'Alexandro giureconsulto umanista* (1955); *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell' età dei glossatori Saggi* (1957), y *La lettura super Digesto Veteri di Cino da Pistoia* (1953), habían introducido y adiestrado al autor en el conocimiento y manejo de la literatura jurídica de glosadores, postglosadores y juristas del humanismo.

La obra que presentamos reúne, a su vez, los resultados de nuevas investigaciones parcialmente abordadas en publicaciones anteriores y más especialmente en una serie de artículos aparecidos en los *Annali della Università di Macerata* correspondientes a los años 1958, 1959, 1960 y en el *Anuario* de la misma Universidad, del año académico 1960-1961 que han quedado superadas y rebasadas en el presente volumen.

He aquí su estructura: Una introducción de 22 páginas nos da a conocer concentradamente el estado actual de la investigación acerca del origen y primeros siglos del *Constitutum Constantini*; el cuerpo de la obra dividido en tres partes: I. De Graciano al Archidiacono (p. 23-102); II. De Jacques de Revigny a Bartolo de Sassoferrato (p. 103-190); III. De Baldo a los humanistas (p. 191-318); dibuja la historia de la Donación de Constantino en la concepción jurídica y política de decretistas, decretalistas, glosadores y postglosadores de los siglos XII-XV; un epílogo (p. 319-346), resume la agonía de la Donación hasta el instante en que su falsedad queda indiscutiblemente establecida. Dos índices, uno de nombres y otro de manuscritos facilitan el manejo y multiplican la utilidad de la obra.

La primera característica que valoriza la presente investigación de Maffei es que toda ella está hecha sobre materiales y fuentes inéditas (186 manuscritos registra el índice final) o muy poco conocidas.

El autor no pretende añadir nada nuevo acerca del origen local o temporal del falso documento que, como todo el mundo sabe, atribuíra al Papa la soberanía sobre Roma y el Occidente del Imperio Romano: *ecce tam palatium nostrum, ut prelatum est, quamque Romae urbis et omnes Italiae seu occidentalium regionum provintias, loca et civitates sepefacto beatissimo pontifici, patri nostro Silvestrio, universali papae, contradentes atque relinquentes eius vel successorum ipsius pontificum potestati et ditioni...*, siempre se limita a exponer con la mayor nitidez el estado actual de la investigación sobre la base de una bibliografía exhaustiva.

La original investigación de Maffei comienza a partir del Decreto de Graciano precisando el empleo jurídico, las teorías y las interpretaciones a que da pie el mencionado *Constitutum Constantini*. Aunque Graciano no le da entrada en su Decreto no tardará en incorporarse

a él por obra de Paucapalea que deducirá del falso documento graves consecuencias para las relaciones Estado-Iglesia.

Paucapalea quedará aislado ya que los grandes canonistas del siglo XII aun conociendo el *Constitutum* no le utilizarán en un sentido político-jurídico para basar en él la supremacía del poder pontificio: el dualismo gelasiano se mantendrá vivo al menos hasta las Decretales de Gregorio IX (1234). Pues aunque con Inocencio III (1198-1216) el *Constitutum* penetra de lleno en los textos pontificios no se fundamenta en él la dependencia del emperador respecto al Papa y el dominio de éste sobre todo el Imperio de Occidente.

Pero los tiempos cambiaban, gastados ya los argumentos escriturísticos sobre el poder universal del Papado, se trata ahora de apoyar esta teoría sobre títulos jurídicos y la falsa Donación será invocada en las variadas vicisitudes de la política pontificia y en su lucha por la supremacía mundial.

Desde este momento también los legistas de todas las tendencias pontificias, imperiales o galicanos tendrán que ocuparse del *Constitutum Constantini*; es un arma de doble filo pues si apoya las pretensiones temporales del Papado, éstas dependen de un título imperial que puede o no obligar a los sucesores de Constantino o ser revocado por los mismos; los legistas del rey de Francia a su vez invocarán su independencia del imperio o la prescripción para neutralizar el valor jurídico del *Constitutum*.

Esta es la problemática que Maffei desenvuelve en las trescientas páginas del cuerpo de su obra, por la que desfilan las opiniones de decenas y decenas de canonistas y legistas; no en una enumeración árida o monótona, sino engarzadas en una corriente viva en la que se mueven, operan y reaccionan las diversas tendencias e intereses tanto culturales como políticos de toda la Europa Medieval.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. J.

Moxó, Salvador de: *La alcabala. Sus orígenes, concepto y naturaleza*. C. S. I. C., Instituto «Balmes» de Sociología. Madrid, 1963.

No es la primera ocasión que S. de Moxó da a conocer sus investigaciones sobre las alcabalas; directa o indirectamente se ha ocupado de ellas en diferentes estudios, a los cuales suele aludir el autor en las notas de su nuevo libro. Sin ser éste una mera refundición de aquéllos, se observa en todos la preocupación del doctor Moxó por aclarar algunos aspectos concretos relativos a tan importante renta de la Hacienda castellana; así, el problema de su origen, el de la percepción de las alcabalas por los particulares («alcabalas privadas») y el de la incorporación de las mismas

a la Corona en el siglo XVIII. Estos son también, a mi juicio, los puntos mejor tratados por Moxó en su reciente y muy interesante obra.

En ella utiliza como fuente principal la documentación relativa a los pleitos que especialmente en la segunda mitad del XVIII surgieron entre la Hacienda real y los particulares detentadores de alcabalas, con motivo de la política de su incorporación a la Corona, tan propia del regalismo de la Ilustración. Las alegaciones de los Fiscales del Consejo de Hacienda contienen datos muy expresivos sobre la historia de las alcabalas, y en ellas se suscitan casi todos los problemas de calificación jurídica en torno a dicha renta. Sobresalen por su erudicción las alegaciones del Fiscal Carrasco (1715-1791), de cuya personalidad se ocupó ya Moxó en el tomo XXIX de este ANUARIO; entre los antecesores de Carrasco destaca Moxó en el siglo XVII al Fiscal Juan B. Larrea; de fechas posteriores a Carrasco, maneja Moxó las alegaciones fiscales de Moreno Montalvo, Antonio de Alarcón, Vázquez Ballesteros y Pedro Sainz de Andino, entre otros. Mora Jaraba y el Licenciado Antonio Pagán fueron los mejores defensores de los intereses de las casas nobiliarias en estos pleitos, y sus escritos de defensa son también profusamente utilizados por Moxó.

Los razonamientos de Fiscales y abogados defensores por fuerza habían de ser contrapuestos. Al discutir procesalmente el título de disfrute por un particular de las alcabalas de determinado lugar o lugares, las partes sustentaban posiciones irreconciliables en orden a la naturaleza de la alcabala (problemas sobre su inalienabilidad e imprescriptibilidad), al título mismo de la adquisición privada (venta, donación, simple tolerancia real...), e incluso a la fecha de origen de las alcabalas como renta real. Respecto a este último punto, por ejemplo, los Fiscales adoptaron en general la tesis defendida por Carrasco de que las alcabalas fueron creadas por Alfonso XI en 1342, con lo cual para ellos resultaba ilegítimo cualquier título de concesión real de alcabalas a particulares, en el que se hiciera constar fecha anterior a 1342; huelga decir que la tesis fiscal fue siempre discutida por los defensores de los nobles beneficiarios de títulos adquisitivos otorgados por reyes anteriores a Alfonso XI.

El peligro que para el historiador implica el basarse en fuentes tan contradictorias y parciales es patente; y desde luego, no se le ha ocultado a Moxó, que aunque suele inclinarse en general por las argumentaciones de los Fiscales, siempre cuida de razonarlas por su cuenta y de apoyarlas en abundantes documentos. Pese a todo se nota que el libro está escrito partiendo desde lo que cronológicamente es el punto final de la historia de las alcabalas; como el mismo autor indica en la introducción, su obra tuvo como origen el interés en él suscitado por los escritos de los Fiscales del Consejo de Hacienda, y es claro que en todas las cuestiones aquí estudiadas por el doctor Moxó los razonamientos de tales juristas del XVIII son siempre el nervio central y el punto de partida. El perfecto conocimiento que el doctor Moxó tiene de esta documentación es causa de que el último Capítulo del libro (referente a la incorporación de las alcabalas a la Corona) sea, a mi modo de ver,

el mejor. En otros Capítulos se percibe una desproporción entre las numerosísimas citas de los autores del XVIII (en particular del Fiscal Carrasco), y el estudio de obras de escritores de siglos anteriores, entre los que el autor menciona frecuentemente a Juan B. Larrea, algunas veces a Lasarte, y sólo en una ocasión a Girona y a Juan Gutiérrez. De este modo, la construcción del doctor Moxó sobre la esencia y naturaleza de las alcabalas (Capítulos II y III) aparece fundada preferentemente en las opiniones de los juristas de la segunda mitad del siglo XVIII; hubiera sido quizá conveniente dar a conocer en mayor medida la posición doctrinal de esos otros autores citados (y aun no sólo de ellos), e incluso plantearse la cuestión de una posible evolución de la doctrina sustentada por los hacendistas de distintas épocas.

Por lo demás, el libro del doctor Moxó es de indispensable consulta; cualquier futura investigación sobre las alcabalas habrá de partir desde el nivel de conocimientos aportados en esta obra, que constituye una notable contribución a la Historia de las instituciones fiscales castellanas.

Resumamos a continuación algunas de las más importantes conclusiones a que llega el autor. En cuanto al problema del origen de las alcabalas, Moxó frente a la teoría tradicional que atribuía el establecimiento de dicha renta a Alfonso XI en 1342 para financiar la ocupación de Algeciras, y siguiendo la aguda visión de Carande, demuestra con numerosos documentos la existencia en los siglos XII y XIII de «alcabalas municipales», como las denominaba ya el Fiscal Carrasco, que atisbó, aunque no muy claramente, la existencia de una fase municipal de la historia de las alcabalas antes de 1342, aceptando datos aportados por los defensores de los nobles en los pleitos de incorporación. Pues bien; la existencia de ese «ciclo municipal» de las alcabalas (apuntada también por Colmeiro) queda a todas luces manifiesta en el presente estudio. Alfonso XI generalizó para todo el reino una institución procedente del ámbito municipal, «acción —opina Moxó— paralela, aunque retardada, a la que en el plano jurídico representan los grandes cuerpos legales de pretensión territorial». Otras razones contribuyeron también a la generalización de este gravamen: Moxó cita en este sentido el auge de las Ferias castellanas, que inducía a la fijación de impuestos sobre el tráfico (en el doble sentido del término) de mercancías, y la crítica situación de la Hacienda real.

Aunque fueron siempre uno de los principales ingresos reales, las alcabalas hubieran podido rendir mayores beneficios si no hubieran pasado en muchos casos a ser percibidas por los nobles en numerosos lugares de señorío. Durante el reinado de los Trastámaras la enajenación de alcabalas (como de tantos otros bienes objeto de las «mercedes enriqueñas») se realizó casi siempre a título de donación; entre éstas cabe distinguir aquellas que se hicieron como remuneración de servicios prestados a la Corona, y las que se otorgaron sin causa fundamental de concesión; las primeras fueron calificadas como legítimas por el Fiscal Carrasco,

y las demás como insuficientes o ilegítimas. El modo más frecuente de adquirir alcabalas en ciertos lugares de señorío durante los reyes de la Casa de Austria, fue la compra. Los Fiscales del XVIII aludían además a las «alcabalas de tolerancia» basándose en una expresión legal de los Reyes Católicos; eran éstas las disfrutadas sin título suficiente, con título viciado o sin ningún título, pero que los Reyes toleraban tácitamente. Ello planteaba el problema de si se podía adquirir el derecho a la percepción de alcabalas simplemente por prescripción inmemorial, cuestión resuelta negativamente por los Fiscales reales.

Fácil es de prever que la distinta naturaleza del título de adquisición de alcabalas por particulares constituía el caballo de batalla en los pleitos de incorporación, pues aunque ésta se admitiera judicialmente no podía llevarse a cabo con iguales caracteres en un caso de adquisición por compra que en otro en que el detentador no presentara más título que la posesión inmemorial. De ahí el interés y la finura crítica con que los Fiscales se dedicaron al examen de los títulos de disfrute.

Aunque ya en los siglos XVI y XVII se dieron precedentes de la tendencia a incorporar a la Corona las «alcabalas privadas», el auge de la corriente de incorporación se produce en la segunda mitad del siglo XVIII. En el reinado de Felipe V la Junta de Incorporación creada en 1706 y los Decretos de 22-VIII-1711, 18-XI-1732 y 19-X-1742 representan pasos importantes en tal política. Pero es sin duda con Carlos III cuando ésta se intensifica, merced en gran parte a figuras como Campomanes y Carrasco. (Para las relaciones entre ambos juristas, puede verse el trabajo de Moxó ya citado, en el tomo XXIX de este ANUARIO). Moxó sistematiza, por inducción de los argumentos expuestos en las alegaciones fiscales, lo que pudiéramos llamar la doctrina comunmente sustentada por los Fiscales del Consejo en orden al examen jurídico de los títulos esgrimidos por los particulares. El éxito de la política real de incorporación de las alcabalas fue moderado; si bien el balance es más favorable para la Corona que el de la reversión de señoríos, Moxó calcula que la proporción de alcabalas reivindicadas no excedería del 10 por 100. El autor examina brevemente el fracaso de un proyecto de ley general de Incorporación defendido por los Fiscales de Hacienda en 1772, y expone algunas consideraciones relativas al proceso de incorporación en el siglo XIX.

El libro contiene un extenso e interesante Apéndice documental; la gran mayoría de los documentos pertenece al siglo XVIII, y están relacionados con la incorporación de las alcabalas.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE.

PÉREZ ALHAMA, Juan: *Estudio histórico-jurídico sobre la erección de la diócesis de Vitoria*. Vitoria, 1965. págs. 90.

La diócesis de Vitoria celebró, el año 1962, con gran solemnidad y brillantez de actos, el primer centenario de su fundación. Tal vez, el

menos vistoso de todos ellos fue el relacionado con la publicación de lo que bien podría ser una parte importante de la diócesis vitoriana. De forma callada y laboriosa se trabajó primero, y se llevó a cabo después el proyecto planeado por los organizadores de aquel centenario. El abultado volumen con un rico contenido de trabajos histórico jurídicos, publicado recientemente, es sin duda, el testimonio más elocuente y fehaciente de aquella singular efemérides (1).

Uno de esos trabajos bien pensado y articulado es el del señor PÉREZ ALHAMA. Sobre fuentes de primera mano y, sin duda alguna, de la mejor calidad ha elaborado un estudio minucioso y serio sobre la erección de la diócesis de Vitoria.

El hecho, aunque limitado a una diócesis y época concretas está encuadrado dentro de un marco mucho más amplio, en el que el A., ha sabido valorar y, al mismo tiempo, dar vida y relieve a los múltiples factores económicos, sociales y religiosos que actuaron en la motivación de aquel hecho. Nos encontramos así ante la exposición genética de un hecho, que rebasa el carácter localista de una región para formar parte de toda una problemática con proyecciones verdaderamente nacionales.

Para el A., el problema básico y dominante en la primera mitad del siglo XIX español es el del Concordato con la Santa Sede, cuyas laboriosas negociaciones terminaron el año 1851. Profundo conocedor de este acontecimiento por otros amplios trabajos realizados sobre el tema, el A., ha sabido captar su importancia y significación en la creación de la diócesis de Vitoria. Sin él difícilmente se habría llevado a cabo la erección de aquella Sede.

La idea de un nuevo concordato tardó en abrirse camino, pero abierta su elaboración, necesariamente había de abordar el problema de las circunscripciones eclesiásticas, como parte integrante de la restauración y reforma de la Iglesia española. La misma dotación del culto y clero, exigida por la desamortización como compensación y sanación de los bienes vendidos a la Iglesia, provocó el problema de una nueva circunscripción territorial eclesiástica en España.

Esta se hacía tanto más necesaria y de desear, cuanto que, el año 1833, se había realizado la división territorial político-civil, y las mismas comisiones eclesiásticas reales, nombradas por las Cortes por los años 1820 y siguientes para el arreglo de la cuestión del clero, deseaban que la división eclesiástica se amoldase a la civil. Por otra parte, las circunscripciones eclesiásticas en España no habían sufrido variación desde la época de Felipe II, excepción de los obispados de Santander (1753) y Tudela (1783), mientras las cosas habían cambiado considerablemente.

El A. expone y analiza con todo detalle los acuerdos y resoluciones

1. *Obispados en Alava, Guipúzcoa y Vizcaya hasta la erección de la diócesis de Vitoria* (28 de abril de 1862). Vitoria. Edit. Eset. Seminario Diocesano, 1964. Pgs. I-XII, 1-431.

adoptados por las diversas comisiones eclesiásticas, sus pareceres y dictámenes, sus estudios y memoriales, favorables y coincidentes en lo que a la división eclesiástica se refiere, pero divergentes y desunidos en la forma y manera de llevar a cabo la división. Es éste un aspecto sumamente original e interesante del trabajo del señor PÉREZ ALHAMA, porque además de revelarnos los diversos criterios y tendencias, señala la clave y razón de aquellas divergencias en las distintas ideologías políticas e intereses económicos.

Pasa después el A. a estudiar ampliamente el período histórico que va desde el año 1772 al 1847, o sea, desde que Rafael Floranes lanzó la idea de reintegrar a la vida nacional la antigua diócesis de Armentia, si bien ahora había de localizarse en Vitoria. Las tentativas hechas a lo largo del siglo XVIII tienen carácter localista y queda bien al descubierto que ni Vizcaya ni Guipúzcoa tenían gran interés por la creación de la diócesis vascongada. Al menos, pusieron una condición (muy desfavorable y es que no se les exigiera contribución económica, sin cuya colaboración difícilmente podría lograrse la fundación de aquella sede.

Tal vez, la falta de rentas es lo que movió a Vitoria a proponer una extraña solución. Sabido es que en Vitoria permanecía latente el recuerdo histórico de su antiguo obispado; se creía incluso que había sufrido un despojo por parte de Calahorra; por eso, cuando el horizonte de una restauración o nueva creación se obscurece o hace difícil, se atreve a proponer que la capital del obispado calagurritano se centre en Vitoria (pág. 47). Naturalmente que no prosperó esta idea. Era demasiado peregrina y descabellada, ya que en fin de cuentas significaba someter un obispado de larga y gloriosa tradición histórica a una provincia relativamente moderna. Así se llega al siglo XIX.

El complicado siglo decimonono da al problema de la erección de la diócesis de Vitoria una perspectiva más amplia, al colocarle dentro del plan general de las nuevas circunscripciones eclesiásticas, que entonces se planeaban. Pero todo quedaba supeditado a las negociaciones lentas y laboriosas del Concordato. En él se admitía la creación de tres nuevas sedes (Ciudad Real, Madrid y Vitoria) y se decretaba la supresión de ocho.

Dentro de este plan general, el caso de Vitoria no ofrecía serias dificultades. El criterio a favor de la nueva sede era unánime. Por una parte, la diócesis de Calahorra era extremadamente grande y la capital del obispado se hallaba muy alejada de la ciudad de Vitoria, mientras por otra, las provincias vascongadas tenían población más que suficiente para una nueva diócesis y Vitoria disponía de iglesia adecuada para catedral, así como de edificios a propósito para palacio y seminario diocesano. Por estas y otras razones, que el A. examina detenidamente, no fue difícil incluir a Vitoria entre las nuevas diócesis admitidas por el Concordato.

Más difícil fue la ejecución concordatoria (1851-1862), que el A. es-

studia en la última parte de su trabajo. Las dificultades fueron de orden político unas veces y de orden económico otras. Todo lo venció la tenacidad y diligencia de la ciudad de Vitoria, a la que se sumó también la Diputación General de Alava.

En realidad fue siempre Vitoria la que estuvo en vanguardia y mostró, en todo momento, decidida voluntad de llevar a cabo la empresa de la erección. Mucho le costó, pero al fin consiguió también que Vizcaya y Guipúzcoa se sumaran a la causa, y prometieron, si bien con algunas condiciones, colaboración económica, circunstancia ésta «de fundamental trascendencia en el asunto» (pág. 77). Así se allanaron las dificultades y fue posible obtener de Roma la bula de erección el 8 de septiembre de 1861 ejecutada el 28 de abril de 1862. Vitoria veía logradas sus aspiraciones.

Tal vez podría haber ahondado y precisado más el A. las causas políticas y económicas, que tan decisivas fueron en todo este problema, así como señalar o poner de relieve el papel —si es que lo tuvo— del clero vasco en toda esta cuestión. La impresión que se saca de la lectura del trabajo es que la erección de la diócesis fue mérito exclusivo o casi exclusivo de la ciudad y Diputación General de Vitoria.

El trabajo que venimos analizando, además de amplio y minucioso, está elaborado con gran seriedad y rigor científicos. El A. ha utilizado, y con provecho, los mejores archivos: el Vaticano, Embajada de España cerca de la Santa Sede, Ministerio de Asuntos Exteriores, Justicia, Ayuntamiento y catedral de Vitoria, todos han sido frecuentados por el señor PÉREZ ALHAMA. En ellos ha encontrado los mejores materiales para su estudio, que en lo que tiene de estructura y líneas generales —estamos seguros— no sufrirá modificación ni rectificación.

DEMETRIO MANSILLA

ROBLEDA, O. S. J.: *La nulidad del acto jurídico*, 2.^a ed., *Analecta Gregoriana*. Vol. 143. Roma 1964. 358 p.

El P. Robleda nos ofrece una segunda y cuidada edición de su obra sobre la nulidad del acto jurídico, que ha reelaborado y enriquecido, dando una mayor amplitud al capítulo de introducción sobre el concepto del acto jurídico y a las densas páginas que dedica a exponer la nulidad en los Códigos civiles. En esta edición, añade a modo de apéndice un interesante capítulo sobre la nulidad en derecho romano que justifica por el deseo de mostrar al lector cuánto la teoría moderna del acto jurídico defectuoso deba al derecho romano.

En el capítulo dedicado al acto jurídico, el autor se eleva a concepciones generales y de fundamentación filosófica y se muestra especialmente fiel a las concepciones y esquemas pandectistas que hacen que se

sitúe en un ámbito dogmático. Antes de entrar en el estudio del derecho civil moderno, se nos ofrece la terminología que ha venido siendo utilizada sobre los vicios del acto jurídico.

En la primera parte de la obra, el autor realiza un estudio detenido de los Códigos civiles francés, alemán, italiano y español, con numerosas referencias a los intérpretes y comentaristas. La segunda parte del libro se dedica al estudio de la nulidad del acto jurídico en el Código de Derecho Canónico, donde el autor realiza un minucioso y completo examen en el aspecto de derecho sustancial de los dos tipos clásicos de acto jurídico: el contrato matrimonial y la enajenación de bienes eclesiásticos y, en el aspecto procesal, de la sentencia.

Para el lector español presenta un especial interés el capítulo que el autor dedica a la nulidad en el Código civil español. Los comentarios a los diferentes problemas que el complejo tema de la nulidad plantea en nuestro derecho, aunque necesariamente breves, dado el carácter general de la obra, suscitan acertadas consideraciones del autor. El P. Robleda distingue los actos jurídicos inexistentes de los nulos y anulables con base en los artículos 1.261, 4 y 1.300 del Código civil. La referencia del artículo 4 puede originar, sin embargo, fundadas dudas si se pretende construir sobre este artículo la nulidad de los actos jurídicos, ya que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradas veces que este artículo debe ser interpretado con «criterio flexible», no autorizando en todos los supuestos la nulidad del acto. Puede verse en este sentido la reciente sentencia de 27-IV-1964. Creemos que hubiera sido de interés una remisión a la detallada y completa clasificación de los actos jurídicos de Castro (*Derecho Civil de España*, I, 3.ª ed., p 691 ss.). De otra parte, aunque el autor, fiel al esquema trazado en la obra, estudia la nulidad desde el punto de vista general de la teoría del Negocio Jurídico, hubiera sido oportuno el distinguir los actos jurídicos *inter vivos* de los *mortis causa*, ya que en estos últimos la nulidad presenta importantes facetas y matices. A título de ejemplo podríamos citar la cuestión, planteada por algún sector de la doctrina, de la nulidad y anulabilidad de las disposiciones testamentarias, viendo en el artículo 673 la consagración de esa anulabilidad. Un estudio más detenido merecería también el tema de la convalidación del testamento nulo por defecto de forma que el Tribunal Supremo admite, si bien lo haga fundamentándola en la teoría de los actos propios más que en la institución de la convalidación. Sería conveniente plantear también la posible aplicación de esta teoría al campo de las donaciones, con base en alguna aislada sentencia del Tribunal Supremo, como la de 12-VI-1896.

En el denso apéndice complementario sobre la nulidad en el derecho romano, el autor ofrece un esquema de los varios problemas que la nulidad plantea en las fuentes. El encuadramiento de las reglas e instituciones romanas en nociones dogmáticas y modernas, que no siempre sirven para aclararlas, ha sido objeto de fundadas críticas por los contrarios al llamado método dogmático. De otra parte, este tema ofrece la di-

ficultad de las numerosas cuestiones que habría que afrontar. Para citar sólo uno, que se refiere al supuesto de inexistencia y nulidad del matrimonio, nos parece de interés el supuesto de la *minor nupta*, recogido también en el artículo 83 del Código civil (Vid. AHDE 1958, p. 1140 ss.). De todas formas, resulta indudablemente fundada la conclusión del autor de que las fuentes romanas han proporcionado las bases para las construcciones modernas de la teoría de los vicios del Negocio Jurídico.

La obra del P. Robleda, considerablemente mejorada en esta nueva edición, representa un notable intento para encuadrar dogmáticamente esta difícil y compleja materia de la teoría de la nulidad del acto jurídico.

M. GARCÍA GARRIDO.

RODRÍGUEZ CASADO, Vicente: *La Política y los Políticos en el reinado de Carlos III*. 1 vol. de 267 págs., núm. 113 de la «Biblioteca del Pensamiento Actual». Ediciones Rialp. Madrid 1962.

El siglo XVIII español, víctima durante mucho tiempo del olvido de los historiadores o, lo que es peor, de una notable deformación en los juicios que sobre él se formulaban, ha comenzado desde hace unos años a ocupar en la Historia de España el lugar que realmente le corresponde. La falsa visión que de él habitualmente corría está siendo objeto de atinadas rectificaciones, y la significación que tal centuria posee ha empezado a verse colocada bajo una luz rigurosamente científica. Dentro de nuestras fronteras, el mérito de esta tarea corresponde sobre todo a un grupo de profesores universitarios entre los cuales Rodríguez Casado es, no tan sólo uno de los más caracterizados, sino también el que primero fijó su atención en el período histórico a que nos referimos, para despertar en torno a él el actual movimiento intelectual arriba indicado. Resulta lógico, por tanto, que la obra que vamos a comentar —auténtica obra maestra y sin duda la mejor que existe sobre el tema a que está dedicada— haya salido de la pluma que ha marcado —sobre todo con su labor de creación de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla— el rumbo a los actuales estudios sobre nuestra Edad Moderna.

La Política y los Políticos en el Reinado de Carlos III es un libro que venía siendo preparado desde hace mucho tiempo. La larga serie de artículos de su autor sobre aspectos parciales del tema, artículos que pueden encontrarse repartidos a lo largo de los últimos veinte años por todas las revistas históricas o culturales españolas, constituían ya una magnífica base para intentar el análisis —más extenso y ambicioso y presentado en forma de libro— de los principales capítulos de nuestra historia del XVIII. Algo semejante hizo Rodríguez Casado al publicar su obra *La Monarquía española del barroco*, pero la que ahora comentamos responde a una especialización del autor más orientada hacia los primeros:

Borbones, y la asistían títulos que permitían esperar un libro que culminara el trabajo realizado hasta ahora por el catedrático de Sevilla. Así ha sido, en efecto.

Sin extenderse más allá de su propósito de dar a conocer y hacer «entender la vida política del reinado de Carlos III» (p. 28), el autor se ha visto obligado a estudiar precedentes, génesis de problemas, vida anterior de las personas, un cúmulo de cuestiones que hacen que el título de la obra se vea desbordado por su contenido. Son los reinados de Fernando VI y de Carlos III, y no sólo el de este último, los que caen bajo la mirada del investigador; y, aún, la subsiguiente intervención en el reinado de Carlos IV de bastantes de los políticos del tiempo de Carlos III, obliga a Rodríguez Casado a preocuparse también de los últimos años de la centuria. Quedan así más de relieve las íntimas trabas que ligan a todo aquel período histórico, sobre todo después de la muerte de Felipe V: si en el reinado de este monarca la política acusa ya las tendencias de los nuevos tiempos, está en cambio realizada todavía por validos al estilo del xvii, como la Princesa de los Ursinos y Alberoni; tan sólo con Fernando VI comienzan auténticos políticos y verdaderos ministros a dirigir los destinos del país, situación que se prolonga hasta la subida al poder de Godoy. Entre esos dos momentos corre el estudio que Rodríguez Casado ha hecho precisamente sobre la política y los políticos, es decir, sobre la forma de llegar a las tareas de gobierno, y de realizar éstas, los hombres que realizaron en España la trascendental e incruenta revolución burguesa con que finaliza la Edad Moderna.

Durante mucho tiempo ha sido leit motiv de los tratados de historia el desprecio de la política nacional para atender casi en exclusiva a la internacional, y el estudiante español, aún el universitario, adquiría muchos más conocimientos sobre los Pactos de Familia o sobre la sucesión en los ducados italianos que sobre la real situación de España, nuestra cultura, nuestra sociedad, nuestra economía, en los mismos períodos. Muchos libros, y muy buenos, han venido últimamente a subsanar tal error, estudiando cada una de estas vertientes de la vida española a lo largo de los siglos. Pero consideramos también un especial mérito del profesor Rodríguez Casado el haber sabido, en un libro cuya madurez le hace orientarse a todos los lectores cultos y no sólo a los especialistas, encuadrar todas aquellas manifestaciones históricas de España en el marco de la política: la obra de los políticos es tanto las relaciones internacionales como la dirección interna de la nación, y ningún campo de la vida de la sociedad deja de experimentar el influjo de una obra de gobierno seria y prolongada. Por eso, todos los aspectos de la empresa política de Carlos III y sus colaboradores se ilustra y analiza en los cinco capítulos de este volumen.

En el primero de tales capítulos se presenta la época de Fernando VI y se advierte la influencia de los precedentes napolitanos en el reinado en España de Carlos III. Los capítulos segundo y quinto estudian los dos grandes períodos en que el autor divide el reinado carolino; entre ambos:

capítulos, los capítulos tercero y cuarto se dedican a dos temas especiales, la conjuración contra Esquilache y la expulsión de los jesuitas, que son los dos hechos que marcan la transición del primer al segundo periodo.

Tres puntos creemos que se deben resaltar, como aquellos en los que Rodríguez Casado ha conseguido aportar mayores datos para iluminarlos, y en los que sobresale su tarea personal de investigador que «descubre» la verdad de unos acontecimientos históricos. Nos referimos al análisis de la parte que a Carlos III cupo en la obra de gobierno de su reinado: al de las causas y desarrollo del «Motín de Esquilache» y la subsiguiente «Expulsión de la Compañía de Jesús»; y al de las personalidades que intervienen en la política española de todo el siglo a partir de la muerte de Felipe V.

La tradicional afirmación de que Carlos III fue un rey mediocre cuyo único mérito consistió en acertar a escoger buenos ministros, hace años que viene desprestigiándose cada vez más: estimamos, sin embargo, que sólo después de este estudio del profesor de Sevilla se ha situado en su justa posición la auténtica labor gobernante del monarca a quien se ha de considerar como uno de los mejores Reyes que ha tenido España. La relación entre la caída de Esquilache y la expulsión de los jesuitas, así como los últimos motivos de una y otra, se precisan con mayor acopio y lujo de datos, sobre el camino trazado por el propio autor en trabajos anteriores: finalmente, no existe en nuestra literatura histórica ninguna galería de personajes del siglo XVIII tan completa, y al mismo tiempo tan científicamente dibujada, como la que se ofrece en este libro. Sin embargo, y siendo tantos los políticos de los que en estas páginas encontramos un juicio más o menos extenso, creemos que es en este punto donde podemos hacer al autor algunos reparos: no concordamos con la opinión de Rodríguez Casado sobre todos y cada uno de los políticos carolinos; nuestro criterio sobre alguno de ellos, particularmente Campomanes, lo hemos expuesto en otro lugar, con expresa referencia a la obra que ahora comentamos (cfr. nuestro libro *El Regalismo Borbónico*, Pamplona, 1962), por lo que no es preciso que lo repitamos aquí.

Es evidente que este somero reparo no ensombrece el juicio global que nos merece el trabajo del profesor Rodríguez Casado; deseamos en cambio que los futuros estudios que completarán la nueva visión del siglo XVIII, que el propio Rodríguez Casado continúa realizando y que otros muchos historiadores españoles y extranjeros han emprendido también, concluyan próximamente la empresa de ilustrar tan importante centuria de nuestra historia.

ALBERTO DE LA HERA.

SOLER GARCÍA, Josefina: *El Cartulario de Tavèrnoles*. Castellón de la Plana. 1964, 338 págs.

Un nuevo cartulario monacal correspondiente a las tierras catalanas viene a alinearse a los aparecidos hace unos años. A diferencia de los últimos, éste nos transporta a los valles pirenaicos, de la zona urgelense tan ricos en antigua documentación, en gran parte perdida o desperdigada, y en otra parte apenas conocida. La presente edición tiene su origen en una tesis doctoral centrada en el estudio lingüístico del cartulario del antiguo monasterio de San Saturnino de Tabèrnoles, a pocos kilómetros de la Seo de Urgel (hoy reducidos sus restos a albergue de una humilde parroquia local) elaborada en la atmósfera de la escuela filológica de Barcelona, a la que debemos ya otras aportaciones de índole semejante, y publicada bajo los auspicios de la benemérita Sociedad Castellonésense de Cultura, en cuyo ámbito regional ejerce la autora sus funciones académicas.

Como la mayoría de los cartularios medievales, la confección del presente debe situarse hacia principios del siglo XIII. En el siglo XVIII fue objeto de algunas copias manuscritas, conservadas también, y con la desamortización del siglo XIX, fue a parar al Seminario Conciliar de la Seo de Urgel, salvándose milagrosamente en 1936 para conservarse actualmente en el Archivo Capitular de la Seo.

En su estado actual, el Cartulario está notoriamente mutilado; la autora opina que es posible contenga sólo la mitad de los documentos originarios. Pero como sea que su colocación, como es costumbre, seguía un criterio geográfico, los huecos no corresponden a un período determinado alguno. La parte subsistente arroja un total de 128 piezas (algunas muy fragmentarias), correspondientes fundamentalmente a los siglos XI-XII (97 documentos), con otros pocos (14) para los siglos IX (sólo un precepto carolingio, ya conocido a través de Abadal), y X, y otros 7, para el siglo XIII, aparte de las de insegura o imposible datación. Con buen acierto la autora presenta su publicación por orden cronológico estricto, si bien, tal vez hubiera sido útil acompañar un índice del orden —geográfico— que tenían en el cartulario, para facilitar determinados estudios basados en su agrupación.

Unas notas prefaciales señalan los criterios de edición, reproducen las cronologías reales francas, catalanas, condales, episcopales de Urgel, etc., útiles para situar los personajes de los documentos, y orientadoras para la datación de los mismos (hubiera sido mejor, tal vez, aprovechar los recientes cuadros de Abadal, en lugar de los de Rovira y Virgili), y justifican, con notable acierto y precisión, las soluciones adoptadas en los casos dudosos. Sigue la transcripción de los 128 documentos (aparte dos falsos, fuera de serie), y después de la misma, se despliega un lujoso aparato de erudición filológica, el estudio lingüístico y gramatical de los documentos reproducidos, que, por su naturaleza ha de

caer fuera de la atención que nos ocupa. Sólo queremos señalar el interés ilustrativo que ofrecen los índices toponímico (muy completo y con precisas identificaciones geográficas e históricas), onomástico, de términos conceptuales topográficos, de otras voces peculiares también de la época y lugar, y el complemento que para la toponimia representa el espléndido juego de mapas en que se localizan gran parte de los lugares mencionados por la documentación.

A pesar de la relativa brevedad de la misma, el interés que brinda ésta para el conocimiento de la estructura social y las instituciones jurídicas del país, no es menguado. La inicial reorganización del condado urgelense, y su obispado, en especial los altos valles del Segre y Valira, el Urgellet, Baridá, Castelbó y Andorra, se refleja palpablemente en los documentos de los primeros siglos, al igual que la formación del patrimonio de Tabérnolas, extendida también hacia Cerdeña y otras zonas más alejadas de su círculo próximo. La expansión militar y política del condado urgelense hacia el Sur, se acredita asimismo en los documentos de fines del siglo XI, que nos revelan la ocupación de Balaguer (docs. 45 y 49), la del sector de Belcaire (doc. 47), la de Oliana y ribera del Sió (doc. 48), etc. La normalización del asentamiento y colonización de tierras, queda patente en la mayoría de los diplomas del siglo XII, destinados a regularizar las relaciones de posesión y cultivo.

Sin ánimos de entrar en el análisis detallado del contenido jurídico de la documentación recogida, cosa imposible en este lugar, nos permitimos, con todo, estampar algunas impresiones sobre su naturaleza y características en este orden. Facilita este examen la clasificación conceptual de los documentos presentada por la autora en su introducción, a la que sólo añadiremos algunos matices.

Como es habitual en los cartularios eclesiásticos, son raros también en éste, los documentos de tipo público y solemne —sólo podemos apuntar, en realidad, un precepto real de Ludovico Pío (doc. núm. 1)— constituyendo su contingente ordinario el caudal de diplomas privados, casi todos reguladores de negocios jurídicos patrimoniales. No deben preterirse, con todo, algunas consagraciones de iglesias, sumisiones de monasterios o iglesias al de Tabérnolas, algunas actas de juicio, etc., que participan en cierta manera de aquella índole pública. Por lo demás, dentro de la órbita de la documentación privada, debe señalarse en numerosas piezas, la intervención como otorgantes de las autoridades superiores del país, lo que les brinda, a su vez, una especial relevancia. Figura una acta del conde de Barcelona Berenguer Ramón I (núm. 18), y varias de los diferentes condes urgelenses (núms. 12, 15, 18, 19, 21, 25, 43, 49, 53, 62, 67, 68, 82, 112). una de Pedro Ansúrez, tutor de uno de ellos (núm. 45), algunas de vizcondes (núm. 27, ésta del famoso Arnau Mir de Tost, 38 y 103), sin contar con las de obispos de la sede y otros personajes menores.

Las *donaciones* agrupan el mayor contingente de documentos. A te-

nor del ambiente de la época, vienen siempre afectadas de una motivación religiosa (sólo los núms. 12 y 47, ambos condales, aparecen exentas de toda mención de esta índole), que se cifra en las consabidas expresiones *propter remedium animae*, *pro redemptione omnium meorum peccaminum*, etc. Del contenido vario de estas donaciones, cabe destacar la de número 15 (de 1007), relativa a la concesión al cenobio, por parte del conde Ermengol, de la mitad del censo y las *paratas* que el mismo percibía en el valle de Andorra (documento muy importante para la peculiar evolución política de este territorio, y en el que vienen marcados sus límites geográficos), la de número 17, efectuada por el conde de Barcelona (1018) para la repoblación, por el monasterio, del paraje de Montmagastre, en la frontera devastada del Segre medio, y con previsión de futuras aprisiones, la número 18, de ampuloso preámbulo, en que los condes de Urgel y Barcelona, formalizan la sumisión del monasterio de San Lorenzo de Morunys a Tavérnoles (1019), la número 63 (1135) en que otro conde urgelense hace traspaso al mismo, del cenobio de Santa Cecilia, para mudar su comunidad de habitantes, etc etc. Buen número de estas donaciones *pro anima*, adoptan la usual modalidad de reservar la tenencia o usufructo de la heredad o patrimonio al donante del mismo, durante su vida, o la de algún familiar, con variedad de matices que dificultan una elaboración tipológica. A veces la reserva se limita a la vida del donante, y bajo pago de un censo (docs. núms. 39, 44, 99, 106...), o sin censo (doc. 70); otras admite la posesión sucesiva por los hijos (doc. 43), con carácter indefinido (docs. núms. 65 y 80), o se sitúa a una hermana (doc. 28), o esposa (docs. 33, 37). No falta, en algún caso, la consignación de la licencia al reservista de vender parte del bien donado, si llegara a gran necesidad (docs. 28, 33). En el aludido documento 33 se contempla una donación recíproca de la mitad de las *comparaciones* entre marido y mujer con destino final al monasterio para después de la muerte de ellos y sus hijos. Situación análoga se puede advertir en el documento. 37.

Vinculadas al género de donaciones con motivación religiosa, se hallan las *oblaciones*, también con variados matices, entre ellos la reserva usufructuaria. Algunas veces se centra en la efectiva entrega al monasterio, del interesado, como monje, con todos los bienes familiares, que conservarán su mujer e hijos mientras vivan (doc. 51), o sin familia, para recibir *victum et vestitum* (doc 57) y además *ad manendum et serviendum* (doc. 73). En algún caso contemplamos la oblación de un hijo, por sus padres, para permanecer por lo menos diez años en el claustro, con previsión de su eventual perseverancia, a efecto del destino de los bienes entregados (doc. 117); otras, aparece un individuo solo, entregándose, con todo su patrimonio, cuerpo y alma, sin ulterior precisión (documento 122, en la que se citan la *leges gothorum* como fundamento de la validez de la donación, casi única cita de las mismas en nuestro cartulario, índice significativo tal vez de su menor aplicación en tierras

pirenaicas occidentales), mientras que otros mencionan la recepción por el abad, en la comunidad espiritual de sus miembros (doc. 66, 102, 121).

Otro grupo importante lo constituyen las donaciones o mejor *establecimientos* de tierras y heredades para cultivo, que diplomáticamente van intituladas como *donatio*, *venditio*, *comendatio*, etc. Si en las de los primeros tiempos (hasta principios del siglo XII), se advierte la nota de temporalidad (para la vida del concesionario, y a lo más de un hijo, así en documentos 31, 46, 55), pronto se afirma la perpetuidad, consolidándose la relación dominical, aparte el señalamiento de la prestación (alternan y aún conviven el censo fijo y la cuota parte de cosechas y sólo en el documento 85 se añade, además, el derecho de *alberga*) mediante la sujeción de los colonos a la jurisdicción del monasterio estable, en cualquier conflicto derivado de dicha relación contractual (documentos 76, 81, 85, 88). En documento 88 se alude a la formalización *more rustico* de tal sujeción procesal. Los establecimientos de casas o huertas en núcleo urbano son escasos (docs. 89 y 90 relativos a Balaguer), y se configuran, al parecer, bajo el esquema de los rurales. Tan sólo un caso se halla de establecimiento de una fortaleza (la de Alguaire, doc. 104), con homenaje y fidelidad y demás relaciones inherentes a tenencia feudal de la misma.

Las *ventas* alcanzan poca extensión en nuestro diplomatorio. Su objeto lo constituyen viñas, casas, pequeños alodios. El precio se consigna en dinero efectivo, y sólo excepcionalmente en objetos con valor determinado, caballo o mula *valentes*, 20 ó 40 onzas (docs. 32, 53). Cabe asimilar como venta una donación retribuida (doc. 49). Más escasas todavía son las *permutas*, concernientes generalmente a viñas o tierras, que parecen reflejar unas operaciones de redondeo de los contornos patrimoniales (docs. 64 y 69; el 103 es, en realidad una donación de un manso, en sustitución de otra efectuada anteriormente, y ahora anulada). Sólo dos casos de *impignoración* podemos señalar: el documento 91, en términos concretos, y el documento 95 que refleja la modalidad conocida como *visgage*, en tanto los *expletos* del honor pignorado debían redimir la cantidad adeudada por su propietario.

Los documentos de indole *sucesoria* están representados en los siglos X y XI por varias *cartas elemosinarias* de ejecución de disposiciones testamentarias, efectuadas por los manumisores correspondientes, mediante el otorgamiento de la consiguiente donación o entrega de la heredad concreta, objeto de disposición (docs. 11, 25, éste último relativo a la sucesión del conde Armengol, con cita de efectuarse dentro del tiempo *in lege constitutum*, ¿nueva alusión a ley gótica?), o en forma de acta de recepción de la misma, por el agraciado, de manos de los albaaceas (doc. 26). A los siglos XII y XIII pertenecen, en cambio, tres *testamenti* (documentos 74, 107, 112, éste último de otro conde Armengol), todos ellos bajo la forma usual de conjunto de disposiciones sobre destino del

cuerpo, reparto de los diversos bienes integrantes del patrimonio, nombramiento de albaceas y, en el 112, sobre aspectos políticos.

Finalmente merecen una referencia los documentos de índole litigiosa. Destacan, ante todo, las actas de juicios celebrados en gran Asamblea, generalmente en la catedral, ante el obispo y una *caterva* de nobles y prohombres, con los *iudices* encargados de encauzar el proceso (docs. 16, 27, muy expresivo de la tramitación del mismo, 40). Otras veces, la solución del conflicto, *post multas contentiones et placita*, etc., tiene lugar en presencia de un grupo de prohombres, sin especificarse una neta formalidad procesal (docs. 75, 93). Y en otros casos, el documento recoge tan sólo la definición o evacuación del derecho o bien objeto de discordia, por parte del cedente, con vaga alusión o sin ella a un previo juicio o discusión formal (docs. 42, 61, 62, 67, 71, 75, 116).

Con las notas precedentes estimamos quedar delineado el carácter e interés de nuestro Cartulario, para la historia jurídica e institucional catalana, pensando especialmente en la precisa referencia geográfica a que se contrae. El volumen, relativamente reducido, de su contenido no ofrece, ciertamente, la riqueza de datos y figuras de otros diplomarios, pero tampoco escasea en documentos de peculiar interés. Ya hemos señalado que la presente edición, gravita esencialmente en torno al estudio filológico de su texto, y este es, desde luego, el mérito fundamental de la misma, cuya ponderación debe ser objeto de otra pluma. Pero nos place congratularnos, una vez más, de la valiosa ayuda que el campo filológico presta indirectamente a nuestros estudios, participando en la labor editora de textos y diplomarios, indispensable para la investigación.

La comarca del Alto Urgel, casi inédita en este sentido (a descontar los documentos incluidos en las colecciones generales de Marca, Villanueva, etc.), hace acto de presencia en la publicación que nos ocupa. Celebraríamos que no tardara ésta en verse acompañada por la de otros cartularios hermanos (los ricos volúmenes del *Liber Dotationum* de la Seo de Urgel, por ej.), para que la proyección estudiosa sobre esta región pudiera ser más intensa y completa.

J. M. FONT RIUS

TUCOO-CHALA, Pierre: *La vicomté de Béarn et le problème de sa souveraineté, des origines à 1620*. Bordeaux, 1961, 213 páginas.

El joven profesor de la Universidad de Letras de Bordeaux, en Pau, tras varios y sustanciosos atisbos de historia bearnesa, nos ha ofrecido como relevante muestra de su madura preparación de investigador y penetrante intérprete de aquélla, una obra no extensa, ciertamente, pero densa en contenido, aguda en su finalidad, y primorosa en la estructuración de sus partes y elementos. Tucoo-Chala se enfrenta con el

problema nuclear de la historia del vizcondado de Bearn, el de su pretendida o efectiva «soberanía» política, y lo persigue tenaz pero desapasionadamente, desde sus borrosos orígenes alto-medievales hasta la plena anexión del mismo a la Corona de Francia en 1620.

Huelga ponderar el interés fundamental que representa el tema de la soberanía y, en general, de la naturaleza política de toda unidad territorial en la Edad Media, y la difícil calificación que en este orden deba adjudicarse a estas grandes formaciones feudales, tan significativas en el Mediodía francés, como fue el vizcondado de Bearn, y a su integración en la potestad suprema del reino. Nuestro autor no teoriza a este respecto, ni procede a aplicar conceptos generales al caso estudiado. Por el contrario, su método se cifra en contemplar el desarrollo de los hechos y realidades históricas efectivas, captando y valorando en las mismas, todos aquellos datos y manifestaciones expresivas de una posición o actitud concreta y significativa ante la cuestión estudiada.

Tucóo-Chala ha tenido a la vista, en su planteamiento, las viejas posturas adoptadas por historiadores y juristas —comprometidos generalmente por su afición, cargo, etc.— en su apreciación histórico-política del Bearn (partidarios de una soberanía absoluta, adversarios de la misma, posición templada de Marca defendiendo una soberanía relativa...) Pero su base de trabajo ha sido la directa exploración de archivos con el consiguiente acopio virtualmente exhaustivo de material documental, del cual ha ofrecido en pulcro apéndice las piezas fundamentales: 55 textos de cualificado valor político y diplomático, entre 961 y 1622. Del ensamblaje de estos con los millares de referencias particulares a otros documentos, ha nacido el esquema de la obra y la factura básica de la misma.

La copiosa erudición y el agudo sentido crítico del autor, le permiten construir con tales elementos una acabada y sugestiva exposición que por sí sola va marcando los recodos y jalones decisivos de este proceso secular del mantenimiento de una personalidad política bearnesa. Al término de la misma, y liberado de todo prejuicio historiográfico, el autor puede formular sus resultados en un admirable apartado de conclusiones de verdadero rango doctoral.

De la rigurosa evolución cronológica explanada, deduce el autor una curva sinuosa, con etapas claramente discernibles: a) desde los orígenes hasta 1346, período de «oscilaciones» vasalláticas entre Gascuña, Aragón-Cataluña (regencia de la casa de Moncada) y reyes de Inglaterra; b) de 1346 a 1506, período de «soberanía de hecho» cada vez más afirmada, especialmente bajo la figura de Gaston Febus, pero sin que nunca llegue a lograrse un reconocimiento de *iure* por parte de la Corona; c) de 1506 a 1620, período de defensa y decadencia progresiva de tal soberanía, a pesar del brusco empuje final ligado a la introducción a la Reforma.

Igualmente fina y sugestiva es la apreciación de los factores que intervienen en la modelación y vicisitudes de este proceso: la posición geográfica del Bearn entre grandes y poderosos reinos, la mediocridad

económica del país, la firme voluntad de sus habitantes —como buenos montañeses— en vivir al margen de todo control ejercido por un príncipe forastero.

Pero sobre todo se acusa de modo preponderante la progresiva acción del poder central francés hacia la reintegración de su pleno y total dominio sobre el territorio del reino. Como bien dice el autor, es todo el proceso de unificación francesa el que aparece a través del caso concreto del Bearn. Y esta acción se hace aceleradamente decisiva en los primeros siglos de la Edad Moderna por el imperio de la concepción absoluta de la monarquía frente a la feudal particionaria de los siglos medievales. La anexión de 1620 por Luis XIII, preparada por la unión personal bajo Enrique IV, no se llevó a cabo, con todo, sin oposición y protesta de los Estados del país bearnés. No en vano —señala también el autor— ninguno de los principados feudales de cuya amalgama ha acabado por surgir la nación francesa, puede pretender haber dispuesto de modo tan constante de un estatuto como el que mantuvo el Bearn hasta 1620. Ninguna otra provincia francesa, a excepción de Saboya y Niza, fue unida tan tardíamente a Francia. He aquí, pues, el interés y valor del caso del Bearn para la comprensión de la problemática jurídico-pública entrañada por la existencia y desarrollo de estas grandes unidades feudales, y el alcance de su «soberanía» o «independencia» frente al poder real. Y aunque la constitución política de nuestros territorios peninsulares no dio lugar tal vez a una estructuración feudal de tal fisonomía, no hay duda que el enfoque y tratamiento del presente estudio pueden ser altamente valiosos para trabajos análogos sobre grandes señoríos y feudos de las regiones subpirenaicas.

J. M. FONT RIUS.

LEGISLACION IMPERIAL Y JURISPRUDENCIA

(«Fictio iuris» y rescriptos imperiales)

Las relaciones entre la actividad normativa de los emperadores y la «interpretatio prudentium» constituyen uno de los más importantes aspectos del estudio de la creación y desarrollo del derecho en el Principado. Un paso de gran importancia en la investigación de estas relaciones, supone el reciente libro de Gualandi¹, que ha reunido todos los textos de juristas clásicos en que aparecen citadas las constituciones imperiales, que ordena siguiendo un orden cronológico de emperadores y también el de la Palingenesia de Lenel. La paciente obra de Gualandi proporciona un ingente material para nuevas investigaciones y estudios sobre una materia que hasta ahora había sido descuidada por los autores. Importantes conclusiones deduce Gualandi en la segunda parte de su obra, que tiene, sobre todo, el mérito de plantear una serie de cuestiones que pueden considerarse de fundamental interés para los estudios romanísticos. De la nutrida problemática que el tema de las relaciones entre legislación imperial y jurisprudencia plantea, vamos a tratar brevemente de los siguientes extremos: I. Participación de la jurisprudencia en la actividad normativa de los príncipes. II. Utilización por la legislación imperial de los métodos propios de los juristas, con especial referencia al pretendido recurso a la «fictio iuris» en las constituciones imperiales.

I. Jurisprudencia y actividad normativa de los emperadores

Las modernas investigaciones han puesto de relieve la decisiva participación que los juristas tienen en la legislación imperial. Desde la época de Adriano los juristas colaboran en la función legislativa del Príncipe y se interesan vivamente de las nuevas normas emanadas de la cancillería imperial. Los juristas de la edad de los Antoninos y de los Severos colaboran en la cancillería y realizan una labor de interpretación de las decisiones imperiales y también de encuadramiento dentro del sistema jurídico.

Antes de entrar en el examen de las conclusiones de Gualandi, nos parecen de especial interés las consideraciones que hizo Archi sobre la colaboración prestada por los juristas en las innovaciones operadas por los rescriptos imperiales en materia de derecho penal². Según este autor,

1. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I y II, Milano, 1963.

2. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, en *Melanges De Visscher*, III, RIDA, 1950, p. 21 ss.

los juristas realizarían en el ambiente de la cancillería imperial una selección de rescriptos dirigida a descubrir algunas innovaciones especialmente importantes y esta selección se exteriorizó después en la obra de los juristas que eran al mismo tiempo funcionarios³. Las abundantes citas de rescriptos en las obras de los juristas demuestra, afirma Archi, la importancia que los jurisconsultos atribuían a estas innovaciones que asumían en la consideración de los juristas el valor de principios de aplicación más generalizada que la del caso para el que la decisión fue adoptada⁴. Niega, sin embargo, Archi que la cooperación que la jurisprudencia presta a la actividad normativa del Príncipe pueda parangonarse con la que ésta realiza en la renovación del antiguo «ius civile» en el procedimiento formulario mediante el «respondere» a los particulares o la participación en el «consilium» del pretor, y sostiene que precisamente a partir de Adriano la actividad de la jurisprudencia clásica se dirige a un minucioso análisis de la casuística utilizando la obra de creación precedente⁵.

Gualandi estudia la forma y el progresivo desarrollo de la colaboración entre la actividad de los juristas y la del Príncipe que lleva a una concentración de las facultades legislativas en manos de éste. Los juristas que demuestran un conocimiento no superficial ni aproximado de las decisiones imperiales extraen de ellas los nuevos principios y, a través de una profunda y rigurosa búsqueda de la voluntad normativa del Príncipe, determinan si esos principios y reglas deben encontrar una aplicación general más allá del caso que los determinó⁶. De los varios tipos de constituciones —«edicta», «decreta», «mandata» y «rescripta»— los «rescripta» han sido los que más atrayeron la atención de los juristas, lo que puede explicarse, según Gualandi, por el hecho de que la actividad legislativa imperial actúa sobre todo mediante la lenta y sutil obra de interpretación y elaboración de principios, impuesta por la petición de particulares y magistrados sobre determinados casos⁷. Los juristas, aunque en las referencias a las constituciones utilizan a veces citas genéricas e indeterminadas, y citas de segunda mano son utilizadas con frecuencia, tenían en general, un conocimiento bastante preciso de las constituciones. Suelen, incluso, exponer el caso y a continuación el rescripto dado sobre él que recogen literalmente o resumiendo su contenido⁸. De otra parte, Gualandi

3. Cfr. ARCHI, *op. cit.*, p. 47 y 52.

4. Cfr. ARCHI, *op. cit.*, p. 40.

5. Cfr. ARCHI, *op. cit.*, p. 39.

6. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 160.

7. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 20.

8. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 41, afirma que los juristas tendrían conocimiento no sólo del texto del rescripto, sino también de las *preces* o de los *libelli*, ya que de otra forma no sería fácil poder explicar de dónde sacasen los datos que citan. Debe tenerse presente la práctica frecuente a la que se refiere ARANGIO RUIZ, *Storia*, 1960, p. 245, por la que los emperadores redactaban los rescriptos al pie mismo de los *libelli* por la necesidad de que el juez tuviese después a la vista la exposición que la parte había hecho de su caso ante el emperador y comprobase la veracidad de los hechos. Los juristas podían encontrar las *preces* o *libelli* en el mismo documento que contenía la *subscriptio*.

observa que existe una tendencia que parte de la época postclásica, pero que se manifiesta especialmente en los compiladores justinianos, a no distinguir entre las palabras del jurista y la constitución que cita, y son numerosos los textos en que bajo la «*inscriptio*» de un determinado jurista se conserva sólo el texto de la constitución sin más comentarios ni exégesis⁹. Gualandi, siguiendo a Arangio Ruiz, concluye que la divulgación de los rescriptos más nuevos e importantes y su inserción entre las fuentes del derecho fue obra de los juristas que deducían de ellos reglas generales de conducta¹⁰.

Del estudio de la forma con que la jurisprudencia cita y analiza las constituciones imperiales, Gualandi deduce afirmaciones de gran interés. A veces, los juristas utilizan en sus comentarios al texto del rescripto frases enteras del texto original¹¹, lo que, en nuestra opinión confirma, una vez más, los criterios de simplicidad y economía de medios que caracteriza a la jurisprudencia; si el mandato imperial encontraba suficiente aclaración con expresiones contenidas en el mismo texto, bastaba con reproducirlo sin tener que acudir a más comentarios. Gualandi concluye de la comparación entre los diversos textos jurisprudenciales que se refieren a la misma constitución imperial que los juristas deducen de los rescriptos que los emperadores dan para casos concretos, principios generales que coordinan y encuadran en el sistema jurídico. En esta labor de aislar y deducir los principios generales de los casos concretos, se distinguen Papiniano y Ulpiano, aunque se trata de una tendencia general que puede observarse también en otros juristas de la última etapa clásica¹².

Estas conclusiones sobre el método que los juristas siguen en la formación y modificación de principios jurídicos, sirviéndose de las constituciones imperiales, plantean interesantes cuestiones que sería de la mayor importancia aclarar. En primer lugar, una comparación entre los procedimientos utilizados por los prudentes en las elaboraciones casuísticas propias y los usados en el comentario y análisis de los casos resueltos por los rescriptos imperiales aportaría datos de gran interés. En segundo lugar, creemos también interesante el comparar los comentarios de los juristas a las constituciones imperiales con los comentarios al edicto del pretor, a las «*leges*» y a los *senadoconsultos*. A primera vista, la lectura de los textos jurisprudenciales que hacen referencias o comentarios de los rescriptos llevaría a la afirmación de que el método seguido por los juristas en ellos se aproxima más a los criterios casuísticos que predominan en las obras jurisprudenciales que a los comentarios interpretativos de las cláusulas del edicto y de los particulares de las «*leges*», donde se siguen criterios de interpretación más literal y detallada. El deducir principios generales de los casos concretos y el frecuente recurso a la analogía encuentran aplicación tanto en las obras casuísticas

9. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 61.

10. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 62.

11. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 74 ss.

12. Vid. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 107 ss.

como en los comentarios a los rescriptos imperiales. Podríamos incluso afirmar que si en las elaboraciones casuísticas, los jurisconsultos destacan determinados casos-guías que les sirven de ejemplos y puntos de referencia en la solución de nuevos casos¹³, también se sirven como casos-guías de los casos resueltos por los emperadores en los rescriptos. Con estas observaciones sólo pretendemos poner de relieve la importancia que una investigación detenida de estos aspectos tendría para el estudio de las innovaciones efectuadas por la legislación imperial, siempre inspirada por la jurisprudencia.

II. «Fictio iuris» y rescriptos imperiales.

Un nuevo y sugestivo aspecto de las relaciones entre la legislación imperial y la «interpretatio prudentium» presenta la cuestión de la decisiva influencia que las doctrinas jurisprudenciales han ejercido sobre el derecho creado por los emperadores. Gualandi observa que existe una intensa y natural conexión entre las dos fuentes de creación del derecho del Principado, que se manifiesta no solo en la fidelidad de los emperadores a la tradición jurisprudencial, sino incluso en la utilización de métodos y procedimientos por la legislación imperial no diversos a los utilizados por los juristas. Por la participación de los prudentes en el «consilium principis» y por la indiscutible superioridad que tenían en la formación del derecho, la jurisprudencia tuvo una influencia decisiva y orientadora sobre la legislación imperial, abriéndole más extensos horizontes¹⁴. Gualandi afirma que existe una identidad conceptual entre los criterios informadores de la antigua «interpretatio prudentium» y los de la actividad normativa imperial. Cuando los emperadores enuncian en sus rescriptos preceptos que están en contraste con los que se mantienen tradicionalmente por los juristas, recurren a un procedimiento de creación semejante al característico de la «interpretatio prudentium», es decir sin que las reglas por ésta establecidas sean formalmente subvertidas o abrogadas¹⁵.

En relación con la utilización por los emperadores de los mismos procedimientos usados por los juristas, las conclusiones de Gualandi suscitan algunas dudas que consideramos de interés aclarar. Según este autor, el emperador recurre a un procedimiento que es típico de la actividad jurisprudencial y que ha encontrado en ella extenso y constante empleo: la «fictio iuris». Es éste el recurso que la legislación imperial prefiere en cuanto permite técnicamente el introducir derogaciones, ampliaciones o derivaciones de las normas preexistentes sin abrogarlas

13. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanísticos*, en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1964.

14. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 161.

15. Según GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 137, los emperadores o proceden más allá de las posiciones alcanzadas por la doctrina o proporcionan soluciones más adecuadas a la nueva situación jurídica que se ha venido creando o, finalmente, se colocan ellos mismos como elementos innovadores respecto a las concepciones dominantes.

formalmente¹⁶. Gualandi afirma que la «fictio iuris» se manifiesta exteriormente a través de expresiones que denotan una analogía, considerando como la más frecuente y típica de tales expresiones «perinde» (o «proinde»)... «ac» (o «atque»). Esta expresión se encuentra también en el texto de las constituciones imperiales y en las referencias a las constituciones contenidas en las obras de los juristas¹⁷. Gualandi justifica éste recurso a la ficción diciendo que así como los juristas utilizan la ficción extendiendo la disciplina de un instituto a otros casos que no entran en él con base en el «ius civile», los emperadores a través del mismo medio técnico insertan los nuevos institutos creados por él en el ordenamiento jurídico preexistente sin abolir formalmente sus principios. Para mejor apreciar la importancia de este reconocimiento de la tradición, concluye, es necesario pensar en el hecho de que los emperadores en virtud de su poder normativo habrían podido imponer autoritariamente toda nueva regla o todo nuevo principio que hubiesen valorado como el más conveniente sin que nada les obligase a recurrir como el pretor y los jurisconsultos al remedio de la «fictio iuris»¹⁸.

Antes de entrar en la crítica de estas conclusiones de Gualandi, nos parece oportuno recordar algunas de las consideraciones y resultados de nuestro estudio sobre la ficción en las fuentes romanas¹⁹. Observamos cómo la denominación de «fictio» resultaba usada por los juristas romanos con referencia exclusiva a las ficciones pretorias y a las ficciones legales, aparte de la utilización de «fingere» en el sentido de simulación y en el sentido de hipótesis, ejemplo o supuesto, con el que lo utilizan los postclásicos²⁰. La ficción se presenta en las fuentes romanas como un medio técnico jurídico al que recurre el pretor para obviar un obstáculo o impedimento que se oponga a la concesión de una acción, o el legislador en la formulación de un principio de derecho. La ficción debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica²¹. Concluimos que las supuestas ficciones jurisprudenciales no deben considerarse como tales ficciones sino como simples equiparaciones de supuestos de hecho o de situaciones jurídicas y entre las expresiones más frecuentes de estas equiparaciones ofrecíamos abundantes ejemplos de la utilización en las obras jurisprudenciales de «perinde» (o «proinde») ...«ac» (o «atque»)²².

Los textos citados por Gualandi que demuestran la utilización en las constituciones imperiales de estas expresiones y su insistencia en calificarlas de ficciones, nos suscitan algunas dudas sobre el significado que deba atribuirseles. Ante todo, debemos observar que existiendo fic-

16. Vid. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 152 ss.

17. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 152.

18. Cfr. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 152.

19. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en AHDE 27 (1957), p. 305 ss.

20. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites* cit., p. 309 ss.

21. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites* cit., p. 310 ss.

22. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites* cit., p. 333 ss.

ciones legales, Gualandi no plantea adecuadamente la cuestión de la justificación de estas supuestas ficciones utilizadas por el Príncipe. Actuándose las ficciones por la ley, en efecto, y siendo la ley el exponente máximo de la normatividad, no parece cierta la afirmación de Gualandi de que el Príncipe en virtud de su poder normativo hubiera podido imponer arbitrariamente toda nueva regla prescindiendo de las ficciones. En otros términos, podemos oponer a esta afirmación el que la ficción es un medio o recurso legal que se impone por vía de imperio o autoridad, y sobre esto no ofrecen dudas las frecuentes remisiones de los textos a las ficciones legales. El Príncipe pudo muy bien, fundándose en su facultad de dictar normas, recurrir a la ficción, y con ello se situaría más cerca de la actividad normativa de la «*dex*» y de la función decisoria del pretor que de las elaboraciones lógicas de la «*interpretatio prudentium*». Sin embargo, las expresiones utilizadas en los rescriptos que indican equiparaciones y el recurso constante a la analogía llevarían a pensar que los emperadores utilizan en los rescriptos los métodos propios de los juristas que los inspiran y divulgan. Mientras las formas típicas de las ficciones pretorias y legales son: «*si liber esset*», «*si heres esset*», «*si in civitatem decessissent*», o «*si in potestatem hostium non pervenissent*», las expresiones «*perinde ac*», «*pro eo est*», «*quodam modo*», etcétera, son características de equiparaciones analógicas realizadas por la jurisprudencia. El mismo Gualandi reconoce que se trata de expresiones que denotan analogía y se refiere con frecuencia a la utilización de la analogía en las constituciones imperiales.

En los textos citados por Gualandi, como prueba de que incluso en el texto de las constituciones se recurre a la ficción, pueden descubrirse con facilidad simples equiparaciones como las utilizadas por los juristas. Examinemos brevemente los textos estudiados por Gualandi. En un rescripto de Marco Aurelio (Inst. 3.11 pr.-1) para salvar las manumisiones hechas por el testador en un «*testamentum desertum*», porque el heredero instituido no quiso adir la herencia y por la inexistencia de herederos «*ab intestato*», el emperador considera «*hi quidem qui directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset*». Con ello lo que el rescripto hace, en definitiva, es equiparar la situación de los esclavos, a quienes se les concede directamente la libertad en un testamento desierto a la situación de libertad que se produce por el hecho de haber sido adida la herencia. En otras palabras, para favorecer la libertad de estos esclavos se prescinde del requisito de la adición de la herencia. El derecho, que establece determinados requisitos para el régimen general, puede prescindir de ellos en casos particulares cuando la justicia o la equidad así lo aconsejen, sin que para ello deba acudir a ficción alguna.

En una epístola de Marco Aurelio y Lucio Vero, que recoge textualmente Ulpiano (D. 49. 1. 14. 1), se trata de un supuesto en el que el heredero designado en el testamento demandado por la «*querella inofficiosi testamenti*» no había comparecido en juicio y había sido condenado;

los emperadores disponen que los esclavos que en el testamento declarado inoficioso había sido manumitidos, y los beneficiarios de legados y fideicomisos, salvan sus acciones «perinde ac si nihil esset iudicatum», como si nada se hubiese juzgado. A efectos de salvar la validez de manumisiones, legados y fideicomisos, los emperadores equiparan el testamento inoficioso al testamento válido ordenando que la sentencia se aplicará al que no compareció pero no a los beneficiarios del testamento.

En otro rescripto de los mismos emperadores (D. 23.2. 57 a), en el caso de un matrimonio contraído entre tío y sobrina cuarenta años antes, se equiparan los hijos nacidos de esta unión a los hijos legítimos («perinde atque si legitime concepti fuissent»).

Menos dificultades ofrecen otros dos rescriptos donde se recurre claramente a simples equiparaciones, o extensiones analógicas de principios, a determinadas situaciones que los príncipes quieren favorecer. Caracalla (C. 9. 23. 1) reconoce valor al testamento en el que el hijo emancipado, dictándose el padre, se ha escrito a sí mismo como heredero, equiparando este caso al supuesto en que el padre ha escrito el testamento de su puño y letra, lo que para el emperador se justifica por la razón de que el hijo de todos modos habría recibido la herencia como heredero legítimo. Marco Aurelio (C. 6. 27. 2) considera a los esclavos que habían sido instituidos herederos en un testamento con la calificación común de libertos como si hubiesen sido instituidos libres y herederos.

Gualandi estudia otro grupo de textos en los que el supuesto recurso a la ficción por parte de los emperadores nos es conocido por las referencias a las constituciones contenidas en los fragmentos jurisprudenciales²³. Como en los supuestos anteriores, se trata de equiparaciones o extensiones analógicas que pueden incluso considerarse obra de los mismos juristas que se refieren a los rescriptos. Paulo (D. 28. 5. 93) cita un decreto de Septimio Severo sobre un caso en el que habiéndose declarado nulo el segundo testamento, el emperador dispone que tienen validez los legados dispuestos en este segundo testamento y que la heredera instituida en el primero, debe pagarlos como si hubiese sido instituida heredera también en el segundo. Marciano (D. 28. 5. 52 pr.) se refiere a un rescripto de Marco Aurelio que equipara la eficacia de la disposición testamentaria en la que se dice «Stichus liber est et, si liber erit, heres esto», a la que se habría hecho si no se hubiese añadido «si liber erit». Se trata de una interpretación benigna de las palabras del testamento para favorecer la validez de la institución. El mismo jurista cita un rescripto de Antonino Pio (D. 40. 5. 42) en el que se equipara la situación de los que han recibido del soldado la libertad y la herencia fideicomisaria, por haber muerto el heredero instituido y el sustituido, a la situación de los que han sido instituidos directamente. A la misma equiparación en un caso idéntico llegan Septimio Severo y Caracalla (D. 29. 1. 13. 4). Ulpiano (D. 40. 5. 26. 2) menciona un rescripto de estos:

23. Vid. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 155 ss.

mismos emperadores, basados en la decisión precedente de Antonino Pio, que equipara los hijos nacidos de la esclava durante el tiempo de «mora libertatis» a los que serían ingenuos si la madre, como era deseo del testador, hubiera sido manumitida. Inspirados en el mismo «favor libertatis», Marco Aurelio y Lucio Vero, según un texto de Ulpiano (D. 40.5.30.3), deciden que si el tutor se niega a prestar su «auctoritas» para que el pupilo efectúe una manumisión, que se le encomendó por fideicomiso, se considera a estos efectos como si el tutor hubiese dado su aprobación al acto. En otro escrito, citado por Ulpiano (D. 40.5.30.13), los mismos emperadores acuerdan que si un esclavo, beneficiado con la libertad fideicomisaria, no hubiera podido ser manumitido por los herederos se considera como si uno de los herederos hubiese efectuado la manumisión. También podría citarse otro rescripto de los mismos «divi fratrum» en el que se usa la expresión «perinde ac», y que Gualandi no incluye entre los que según su opinión indican el uso de la ficción²⁴. Siguiendo un precedente rescripto de Antonino Pio (Marciano, (D. 28.7.18 pr.; D. 40.4.26) estos emperadores disponen que la condición de realizarse la manumisión que se agrega a la institución de heredero de un esclavo debía considerarse repetida en la disposición de legado a favor de un esclavo sustituido en el caso de que éste no llegase a ser heredero. En todos estos rescriptos los emperadores, inspirados por el «favor libertatis», lo que hacen en definitiva es disponer que en determinados supuestos no tengan aplicación las reglas y principios hereditarios que en una estricta interpretación llevarían a que los esclavos que habían querido ser manumitidos por el testador no alcanzasen la libertad.

Además de los rescriptos que utilizan la expresión «perinde... ac» podrían citarse otros que usan otras expresiones, como «pro», «quodam modo», que también podrían considerarse indicadoras de ficción, pero que sólo suponen aplicación de reglas y principios jurídicos o extensión de determinadas consecuencias y efectos de derecho²⁵. Como ejemplo, podríamos citar el principio «annus inceptus pro completo habetur», al que se refieren numerosos textos jurisprudenciales y utilizado también por Septimio Severo, en un rescripto recogido por Paulo (D. 36.1.76(73).1. «eum annum, quem quis ingressus esset, pro impleto numerari») que, como afirma Gualandi, aplica en vía analógica una constitución precedente de Adriano para decidir en sentido favorable a la pupila.

En conclusión, sostenemos que los rescriptos imperiales, como las decisiones jurisprudenciales, acuden al recurso frecuente de las equiparaciones y extensiones analógicas de principios, pero no a las ficciones. Partiendo de una base segura y precisa como es la de que los juristas designan con el nombre de ficción sólo a las ficciones legales y a las ficciones pretorias, debemos limitar a éstas el calificativo de ficción. De lo contrario, si a las ficciones legales, a las numerosas ficciones pre-

24. Vid. GUALANDI, *op. cit.*, II, p. 105 y 152 ss.

25. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites* cit., p. 337 ss.

torias y a la supuestas ficciones jurisprudenciales añadimos ahora las pretendidas ficciones de la legislación imperial, convertiremos al «Corpus Iuris» en una inmensa cantera de ficciones y reduciremos a la ficción toda la variada gama de medios utilizados en la aplicación y desarrollo del derecho. De otra parte, entre las equiparaciones citadas y las verdaderas ficciones que remueven un obstáculo de hecho, como el considerar libre al esclavo o que ha vuelto a la ciudad el que ha muerto en cautividad, existen radicales diferencias. Nuestras conclusiones aún separándose en este punto concreto de los resultados de Gualandi, viene a confirmar su tesis de que la legislación imperial actúa y se orienta siguiendo el surco trazado por la jurisprudencia. Los emperadores en sus rescriptos utilizan los mismos procedimientos de elaboración casuística que los juristas. Entre estos recursos destacan las extensiones y equiparaciones análogas, utilizadas frecuentemente por los juristas también en la aplicación de los rescriptos imperiales²⁶. Como observación final, diríamos que al intervenir los juristas, tanto en la redacción de los rescriptos como en su aplicación y divulgación con medios propios de la elaboración casuística podría dudarse de que estos rescriptos constituyan «verdadera legislación» y no jurisprudencia auténtica, avalada por la suprema autoridad y potestad del Príncipe. El estudio de esta nueva forma de jurisprudencia del Príncipe, como «Tribunal Supremo» que juzga en primera o última instancia, pero siempre en forma definitiva, y que está basada en las aportaciones de los jurisconsultos, presenta aspectos y facetas que pueden despertar un mayor interés en el jurista actual como precedente más cercano y semejante a la moderna jurisprudencia.

M. GARCÍA GARRIDO

26. "Quia in simile specie et imperator noster Divus Marcus hoc constituit", Scaevola, D. 32.39 pr.; Papiniano, D. 31.67.10; D. 33.1.77 pr. Vid. GUALANDI. *op. cit.*, II, p. 97 ss. y p. 105 ss.

V A R I A

† VICENTE ARANGIO RUIZ

El 2 de febrero de 1964 la ciencia del Derecho Romano ha perdido uno de sus más destacados y relevantes cultivadores. La figura del Profesor Arangio Ruiz, que llevaba con orgullo un apellido español, representa toda una fecunda etapa de nuestros estudios.

Por haber tenido la fortuna de ser su discípulo, conservo del Maestro un imborrable recuerdo. Conocí al «professore» en un día lluvioso del otoño romano de 1955, en el curso de Papirología del «Istituto di diritto romano» que Arangio, aunque ya estaba jubilado, frecuentaba compartiendo las lecciones con el titular Giuseppe Flore. Sugestionado por la fama y popularidad del «professore Arangio», me impresionó el hecho de que, apenas conocida la viva figura del Maestro, dejara de pensar en el sabio para admirar sus cualidades humanas. Mi preocupación y turbación ante los enrevesados papiros cedió pronto ante la facilidad con la que el profesor Arangio les examinaba y analizaba, presentándolo como un juego fácil y divertido. Tenía la extraordinaria habilidad de interesar vivamente al auditorio incluso en temas nada amenos; recuerdo la debatida cuestión del *iustus et legitimus tutor* que me animó a estudiar en una de las sesiones y sobre la que publiqué unas páginas en este Anuario. Pero, sobre todo, viene a mi memoria un hecho que más que ninguna enseñanza me hizo valorar las virtudes humanas del Maestro. Uno de los jóvenes estudiantes, que asistía a las lecciones de Papirología, con inconsciente petulancia se atrevió a decir a Arangio, que había realizado pacientes estudios sobre el papiro en cuestión: «Professore, Lei ha torto»; usted no tiene razón. Con gran asombro de todos, Arangio respondió con la mejor de sus sonrisas: «Forse ha ragione»; quizá tenga razón, y dedicó más de media hora del precioso tiempo dedicado al Seminario a examinar y rebatir la interpretación evidentemente errónea que el inexperto estudiante sustentaba. Aprecié en el profesor Arangio su paciencia para el diálogo con todos, incluso con los más ignorantes; su chispeante y rica conversación que jamás se convertía en monólogo, aunque el interlocutor lo instase para obtener sugerencias e ideas con las que podían iniciarse centenares de trabajos de investigación. Su casa de corso Trieste estaba siempre abierta a todos los estudiosos, a quien recibía siempre con extrema amabilidad, y como asistente asiduo a las bibliotecas —lo recuerdo en especial trabajando infatigablemente en el Instituto germánico—, estaba siempre dispuesto al abordaje más importuno.

La última vez que tuve ocasión de encontrar al «professore» fue en Florencia, el 4 de abril de 1962, con ocasión de una «tavola rotonda» del

Círculo Toscano, en la que Wieacker exponía el resultado de sus investigaciones sobre el cotejo y los estratos de los textos jurisprudenciales. Las observaciones llenas de profunda humildad de Arangio sobre la limitación de los métodos y de los resultados de las investigaciones romanísticas le llevaban a proponer una profunda revisión de medios y un replanteamiento de la crítica de interpolaciones como labor previa que tenía que realizar todo investigador. En aquel encuentro quizá presentía ya su cercana muerte, y repetía que la carga y responsabilidad de nuestros estudios recaía ahora en las nuevas generaciones de romanistas. Me contaban que este presentimiento de su muerte se hizo más vivo y acuciante cuando Juan XXIII, al entregarle Arangio el premio de la Paz, como Presidente de la Fundación Balzán, le decía con su profundo y humano conocimiento que ambos estaban ya próximos a la «grande traversata».

La obra de Arangio Ruiz como romanista y papirologo insigne, es sobradamente conocida y sus aportaciones constituyen, en la actualidad, conocimientos indispensables para nuestra ciencia. Recordemos al Arangio expositor magistral de la Historia, fielmente traducida al español por el Profesor De Pelsmaeker, y de las Instituciones; al Arangio polémico y combativo de «Le genti e la città»; al descubridor y defensor apasionado del Gayo de Antinoe, al minucioso recopilador de los *negotia*, al estudioso de los contratos consensuales y de las acciones. La Papirología, el Derecho Romano, la Historia de la Antigüedad clásica, han sufrido con la desaparición de Arangio la pérdida de una personalidad muy difícil de sustituir.

Arangio Ruiz enseñó en siete universidades italianas (Camerino, Perugia, Cagliari, Messina, Modena, Napoli y Roma), y en la egipcia del Cairo, dejando en todas ellas una huella imborrable. Fue político, como presidente del Comité de liberación de Nápoles y ministro de Justicia y de Educación Nacional, cuando la patria en circunstancias adversas lo necesitó, volviendo después, en períodos de normalidad, al *otium* sereno de sus estudios romanísticos. Director de dos revistas que suponen una etapa de progreso en la ciencia romanística, el «Buletino dell'Istituto di diritto romano» y el «Archivio Giuridico», realizó también una importantísima labor cultural como presidente y vicepresidente de la «Accademia Nazionale dei Lincei» y, por último, como presidente del Comité de premios de la Fundación Balzán. La noche anterior a su muerte, escribió un mensaje de felicitación al romanista español Juan Iglesias, en su veinticinco aniversario con la docencia. Su último estudio por curiosa fatalidad, versa sobre la inscripción funeraria del jardín de Pompea Musa.

La figura viva y profundamente humana del profesor Arangio Ruiz estará siempre presente en la memoria de cuantos tuvieron la fortuna de conocerlo, y su apasionada y constante dedicación al estudio, servirá de ejemplo permanente para las nuevas generaciones de romanistas.

LA COLECCION CANONICA HISPANA

La Colección Canónica Hispana, nuestra colección nacional por antonomasia y la primera y más importante de toda la Iglesia universal en los once primeros siglos por el número sin igual de Concilios y Decretales que recoge y por la absoluta genuinidad de sus fuentes, no había tenido hasta ahora un estudio en consonancia con el puesto que ocupa en nuestro pasado jurídico.

A pesar de su influjo decisivo en la Historia del Derecho Canónico, la primera y única edición data de 1808 (González F. A., *Collectio Canonum Ecclesiae Hispanae*) reproducida en la Patrología Latina de Migne, volumen 84. La necesidad de una edición crítica hace varios decenios que se deja sentir en todo el mundo científico. Proyectada esta edición por el Instituto San Raimundo de Peñafort del C.S.I.C. desde 1945, no era posible comenzar seriamente la tarea mientras no se reuniese todo el material manuscrito que la contiene, se estudiasen y clasificasen sus códices, se precisase su tradición manuscrita, sus antecedentes y fuentes, así como las colecciones derivadas de la misma.

Este primer paso lo ha dado con singular acierto el doctor don Gonzalo Martínez Díez, S. I., en la tesis que elaborada bajo la dirección del profesor García-Gallo ha defendido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid en el curso escolar 1963-64, de la cual consideramos imprescindible dar cuenta a los lectores del ANUARIO.

Comienza el trabajo con un balance del estado de la investigación hasta el presente, esto es, la historiografía de la Hispana en sus cuatro períodos; Descubrimiento (1549-1593). Investigación extranjera (1649-1757). Preparativos de una edición (1750-1821). Investigación moderna (1859-1962). A continuación sigue el recuento y descripción de los códices medievales de la Hispana, estudio de los códices destruidos, eliminación de los errores tradicionales que habían inventado una docena de manuscritos nunca existentes y por fin la identificación de cada una de las copias manuscritas modernas precisando el código medieval arquetipo.

Inventariado el material manuscrito se procede ya a la clasificación del mismo en Recensiones y Familias, señalando el contenido y estructura de cada una de ellas y dibujando el *stemma* de los códices que nos la han transmitido.

Se aborda en el capítulo cuarto el tema central de la autoría de la Hispana, para la cual tanto la crítica interna y externa parecen confluir en San Isidoro de Sevilla, se procura datar cada una de las tres Recensiones: Isidoriana (634-636), Juliana (p. 681), Vulgata (p. 694) y se estudian las fuentes particulares tanto de cada una de las masas conciliares: griega, africana, galicana y española como de la colección de Decretales.

Por fin, el quinto capítulo se ocupa de la difusión de la Hispana y su influencia en las colecciones canónicas posteriores españolas y carolingias antes y después de las Falsas Decretales.

Se ha de destacar ante todo en la tesis, aparte de una exhaustiva bibliografía sobre el tema, la utilización directa de 155 manuscritos dispersos por las más diversas bibliotecas de la geografía nacional y extranjera: Francia, Bélgica, Holanda, Inglaterra, Suiza, Dinamarca, Italia, Austria, Alemania; la consulta y cotejo de estos códices ha requerido decenas de millares de fotocopias. Manuscrito desaparecido misteriosamente de la biblioteca escurialense hace más de dos siglos, ha sido identificado y localizado en la Bodleian Library, de Oxford.

Con este estudio ha quedado reunido todo el material y abierto el camino para la segunda fase de la edición crítica, el cotejo de los manuscritos, que el autor de la tesis ha emprendido decididamente con la ayuda de varios colaboradores.

De la edición de la tesis del padre Martínez bien se ha hecho cargo el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, de modo que acelerados los trámites administrativos y entregada a la imprenta, su publicación se anuncia ya como inmediata.

NUEVOS CATEDRATICOS

Con íntima satisfacción queremos dar cuenta a los lectores del ANUARIO del triunfo obtenido en el curso 1963-64 por tres de sus colaboradores, que tras brillantes oposiciones consiguieron en plena juventud las cátedras de Historia del Derecho y de Derecho Romano de la Universidad de La Laguna, y la de Derecho Romano de la Universidad de Murcia.

El nuevo catedrático de Historia del Derecho es Francisco Tomás Valiente, quien cursó la licenciatura en la Universidad de Valencia, así como el doctorado, en el que después de ser calificada su tesis con sobresaliente *cum laude* obtuvo el premio extraordinario. Profesor adjunto por oposición desde mayo de 1958 hasta marzo de 1963 en la cátedra de Historia del Derecho de la misma Universidad, a cargo del profesor García González, se trasladó más tarde a Madrid, desempeñando iguales funciones de adjunto en la cátedra del profesor García-Gallo. Es autor, entre otras, de las siguientes publicaciones: *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, en *Revista de Derecho Procesal* (1960); *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragones*, en este ANUARIO, 30 (1960); *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, en este ANUARIO, 31 (1961); *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII (Estudio institucional)*, I. E. P. Madrid, 1963; *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, 1 (1964). En este mismo tomo insertamos un trabajo suyo sobre *La Diputación de las Cortes de Castilla (1525-1601)*.

Jesús Burillo Loshuertos obtuvo la cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Santiago de Compostela. Hizo Burillo la licenciatura en Zaragoza; después permaneció dos años en Italia y pasó luego, como adjunto del profesor D'Ors, a la Universidad de Santiago, en la que redactó su tesis doctoral *Contribuciones al estudio de la «actio ad exhibendum» en derecho clásico*, publicada en SDHI, 26 (1960). Con posterioridad, y merced a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, trabajó durante dos años en la Universidad de Munich con el Prof. Kunkel. De nuevo en Santiago, fue durante dos años encargado de la cátedra de Derecho Romano, y más tarde adjunto del actual catedrático, Prof. García Garrido. En la Facultad de Santiago desempeñó la dirección de la Biblioteca de la Facultad de Derecho creada, como tal unidad, por el Prof. Alvaro D'Ors, hace una veintena de años. Entre sus publicaciones destacan, aparte de la mencionada tesis: *Las fórmulas de la «actio depositi»*, en

SDHI, 28 (1962); *Contrahere y contractus*, en *Temis*, 13 (1963); *Carácter arbitrario de la acción exhibitoria*, en este ANUARIO, 31 (1961); *En el XXV aniversario de la muerte de Otto Lenel*, en este ANUARIO, 29 (1959); rec. a WIEACKER, *Von romischen Recht* (1961), en este ANUARIO, 30 (1960).

La cátedra de Derecho Romano de la Universidad de La Laguna ha sido conseguida por D. Juan Miquel González de Audicana, que procede también de la Universidad de Valencia, en la que realizó los estudios de licenciatura y doctorado, mereciendo en este último la calificación de sobresaliente *cum laude* y luego el premio extraordinario. Más tarde, se doctoró en Bolonia con la calificación máxima, y logró los premios Brini, Maffei y Sorbelli. Asimismo, en 1963, obtuvo en Munich el doctorado, con la calificación de *summa cum laude* y luego el Fakultätspreis. Sus publicaciones más importantes son las siguientes: *El rango hipotecario en el Derecho clásico*, en este ANUARIO, 29 (1959); *Una aportación al estudio del «error in substantia» en la compraventa*, en *Anuario de Derecho Civil*, 16 (1963); *Mechanische Fehler in der Ueberlieferung der Digesten*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, 80 (1963); «*Periculum locatoris*». *Ricerche in tema di responsabilita contrattuale*, *ibidem*, 81 (1964); *Zur Frage der mechanischen Varianten in den ältesten Digesten-exemplaren*, *ibidem*, 81 (1964), y *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, en este ANUARIO, 31 (1961).

Los tres eran también becarios del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

La breve noticia que de ellos acabamos de dar demuestra bien a las claras que llegan a sus respectivas cátedras con un valioso historial docente e investigador, plena garantía de la eficacia de la labor que en ellas han de desarrollar.

El ANUARIO se enorgullece no sólo de contar a los nuevos catedráticos en el grupo de los que tienen a su cargo la tarea de publicarlo, sino también de que dos de ellos sean discípulos de quienes en él desempeñan los cargos de dirección, como los profesores García-Gallo y D'Ors, o han tenido en el mismo importantes funciones, cual sucede con el profesor García González.

A todos les enviamos nuestra cordial felicitación, y hacemos votos porque Tomás Valiente, Burillo y Miquel consigan en su labor científica y docente los éxitos que de su valía y vocación cabe esperar.