

EL REGIMEN VIRREINO-SENATORIAL EN INDIAS

SUMARIO: Introducción. Parte primera: El sistema. I. Los sistemas hispánicos de administración a fines del siglo XV. El estado de transición en la Administración. La diferenciación de funciones. Tipología orgánica. El sistema gobierno-senatorial castellano. La subordinación del sistema de la Gobernación general al sistema virreinal en la Corona de Aragón. La ósmosis hispánica.—II. *El sistema capitulado de administración colombina*. Naturaleza de la capitulación colombina. El régimen estipulado en la Capitulación colombina. La ejecución de la Capitulación colombina. La administración inferior a la virreinal colombina. La administración independiente de la virreinal colombina en Castilla del Oro.—III. *La instauración del sistema virreino-senatorial en Indias*. El desarrollo de la institución senatorial al margen de la administración colombina. La insuficiencia del sistema gobierno-senatorial para compensar el fracaso de la administración colombina. El establecimiento de la institución virreinal no capitulada. El establecimiento del sistema virreino-senatorial.—IV. *Evolución del sistema virreino-senatorial indiano*. La unidad de principios en el Derecho administrativo hispánico bajo la Casa de Austria. La configuración del sistema virreino-senatorial indiano con arreglo al criterio gobierno-senatorial en los siglos XVI y XVII. La absorción de la función militar por el Virrey. La función hacendística del Virrey indiano. La figura del Virrey indiano. El papel de la Audiencia en el sistema virreino-senatorial. La administración territorial inferior. La vida del sistema en el siglo XVIII y su extinción.—Parte segunda: El Virrey, componente del sistema virreino-senatorial. I. *Estructuración orgánica*. La designación. El apoderamiento. La duración del cargo y su extensión. La remuneración. Los honores.—II. *La integración en el orden normativo y político*. El Virrey y la legislación. El poder ordenancista del Virrey. La potestad graciosa. Las relaciones con los otros órganos de la Administración. Las relaciones con la Iglesia. La continuidad en la política virreinal.—III. *La actividad funcional*. El mantenimiento de la paz. La administración de justicia. El fomento de la riqueza del país. Actividades diversas. La designación de oficios. El Virreinato, como cargo de trabajo. El interregno.—IV. *La responsabilidad del Virrey*. Las limitaciones de su poder. La exigencia de responsabilidad.

INTRODUCCIÓN

La ciencia americanista se ha mostrado pujante en lo que va de siglo. Casi puede decirse que se halla en la avanzada de la investigación histórica sobre la denominada "edad moderna", sin que pueda justificar al investigador de la historia peninsular el que el fenómeno americano sea el más importante del referido período.

Aun así y todo, la ciencia americanista está lejos de conseguir todos sus objetivos, especialmente en el terreno institucional. Sin duda porque es tarea primaria, se ha adelantado mucho más en el conocimiento de los monumentos legislativos, el proceso recopilador, los títulos de adquisición, etc.¹, que en el de las instituciones administrativas. Estas están trazadas en sus rasgos más acusados, e incluso parece no observarse vacíos en las exposiciones de conjunto², pero sin que haya, salvo honrosas excepciones, importantes obras monográficas que realicen el debido análisis y definan con nitidez, punto de partida inexcusable para que la visión de conjunto del Derecho indiano sea la adecuada.

A esto hay que añadir dos características de la investigación histórica en el campo indiano, de las que se desprenden algunos inconvenientes, y que son: *a*) la especialización de la ciencia americanista, y *b*) el nacionalismo de una parte importante de sus cultivadores.

La especialización de la ciencia americanista la hace olvidar en parte la obligada base de partida, que es la de las comunidades políticas de la Península Ibérica, y más especialmente, Castilla y León, así como la vinculación permanente que lo indiano ha de tener con el régimen correspondiente en esas comunidades. Si el medievalista español está siempre pendiente del precedente romano o germánico de las instituciones que le salen al paso, con mayor razón, el americanista ha de estar atento a la concomitancia con la institución castellana, aragonesa, etc.

La citada especialización ha sido, hasta cierto punto, lógica. La trascendencia del fenómeno americano le independiza científicamente,

1. Destacan los trabajos de Marcos JIMÉNEZ DE LA ESPADA, SERRANO SANZ, Alfonso GARCÍA-GALLO, Juan MANZANO, Antonio MUÑOZ OREJÓN, etc.

2. Así, en las de Ricardo LEVENE, RUIZ GUIÑAZÚ, OTS CAPDEQUÍ, ANÍBAL BASCUÑÁN, RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, ALAMIRO DE AVILA MARTEL, etc.

en cuanto absorbe totalmente la actividad del investigador, al mismo tiempo que hace palidecer las restantes geografías históricas. A ello hay que unir el que la masa documental que alimenta la investigación americanista se ofrece también, por regla general, con total separación de la que nutre los otros campos.

Sin embargo, todo esto no es suficiente para hacer olvidar que la colonización americana es una empresa europea, y, fundamentalmente, hispánica. Es posible que las instituciones indianas ofrezcan particularidades en relación a las de la Península Ibérica, pero, en todo caso, se tratará sólo de particularidades, pues su elaboración habrá tenido lugar en aquélla. En definitiva, el poder público que hace posible el nacimiento de las instituciones indianas es el que rige los reinos cristianos hispánicos, y, en consecuencia, tiene que moldearlas en forma análoga a como moldea las suyas inmediatas.

Naturalmente que esto no se desconoce ni se niega, e incluso más de una vez se reconoce expresamente, como en el caso de Haring, por ejemplo, pero parece olvidarse o se pasa por alto en una gran mayoría de ocasiones. La institución indiana se estudia en forma aislada, como si no formara parte de un complejo más amplio que el que ofrecen las Indias, mero componente, por muy importante que sea, del Imperio español, primero; de la Monarquía Universal, después, y de la Monarquía absolutista borbónica, finalmente.

Uno de los méritos del profesor García-Gallo ha sido, precisamente, el despertar un poco esta conciencia, al replantear el problema de los orígenes de los virreinos indianos, postura sobre la que se insistirá más adelante. Sin embargo, hay que profundizar más en esa dirección, evitando que pueda creerse que la utilización de las instituciones hispánicas sólo ofrece interés para el problema de los orígenes, asimilándolo así a la citada cuestión de los precedentes romanos o germánicos de las instituciones medievales. Ya se comprenderá que no hay comparación posible. Las instituciones medievales hispánicas nacen de unos ordenamientos políticos nuevos e independientes, que han roto totalmente la continuidad del ordenamiento romano o del ordenamiento de los diversos pueblos germánicos, el visigodo, como el más fundamental para nuestra Península. Por el contrario, las Indias no constituyen nunca un

ordenamiento independiente, sino que es un territorio totalmente vinculado al poder político residente en un extremo de Europa³.

Por lo que se refiere al nacionalismo de una parte importante de los cultivadores de la investigación americanista, es consecuencia lógica de que la relativa unidad de las Indias se haya fragmentado en el siglo pasado en un notable número de ordenamientos políticos independientes, unido al carácter fuertemente nacionalista de la Historia y de la Historia del Derecho. Ello puede observarse en el hecho de que muchos trabajos sobre instituciones indianas están referidos exclusivamente al Perú, Méjico, etc. Como es natural, este parcialismo obligado de visión no se da en los autores españoles, ni, incluso, tampoco en los de origen norteamericano, para los que la América latina representa una unidad, a fuer de serles extraña en su totalidad.

Una de las instituciones que ha padecido a causa de estos defectos en la investigación americanista, y a causa de la deficiente situación de la investigación española en el estudio de la edad moderna, es la del virreinato, a pesar de la alta posición que ocupa.

El estudio de la institución virreinal indiana, en su aspecto monográfico ha corrido, fundamentalmente, a cargo de los investigadores norteamericanos. Dentro de éstos, y quizá por más moderno, el trabajo de Liliane E. Fisher puede ser el que ofrece una síntesis más práctica, aunque, probablemente, el más profundo sea el de Donald Eugene Smith. Como obra de norteamericanos, estos trabajos no tienen el inconveniente del parcialismo nacionalista señalado, pues la limitación del trabajo de Smith a Nueva España obedece a razones técnicas y no a razones políticas. El otro defecto señalado, la desvinculación con los territorios ibéricos, se da en su grado máximo. Todo lo más que llega Smith es a señalar como precedentes los homónimos de la Corona de Aragón⁴, pero a base

3. Sobre estas cuestiones vid. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano*, Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1967, núm. 18, págs. 13-64.

4. Donald Eugene SMITH, *The Viceroy of New Spain*, Berkeley, 1931, págs. 109-110, dice que España era una unión personal de reinos, teoría que fue transferida a América, y como el Monarca tenía una representación personal en Valencia, Aragón, Navarra, etc., situó un representante similar en Indias.

de simples aseveraciones, sin preocupaciones de documentarlas, ni siquiera de exponer los posibles puntos de contacto. Es más bien una referencia erudita, como sin convencimiento y con la intención de cumplir un no atrayente deber.

El mérito de acercar la institución indiana a su centro vivificador ha correspondido al profesor García-Gallo, como historiador del Derecho español que no es americanista de origen, sino que llega a esta posición desde aquélla, al plantear en un trabajo el problema de los orígenes de las distintas magistraturas y organismos de la administración americana, entre los que se incluía, como era lógico, la de los virreyes. Su posición, negando que el origen de aquéllos pudiera estar en los de la Corona de Aragón, pese a la similitud de nomenclatura, dio motivo a un trabajo del malogrado y llorado Vicens Vives, en defensa del origen mediterráneo de la magistratura indiana, y aun a una contrarréplica de García Gallo, rectificando algunos conceptos, pero confirmando en lo esencial su punto de vista, con nuevos razonamientos. La polémica ha sido singularmente fecunda, despertando la curiosidad de los restantes eruditos y provocando la aparición de trabajos cortos de Antonio Muro, Ciriaco Pérez Bustamante, Ismael Sánchez Bella y de Sigtrido A. Radaelli, éste último en la introducción de una tesis doctoral sobre la institución virreinal en Indias.

La discusión se centraba en torno al conferimiento de los cargos de Virrey y Gobernador a Colón, solicitados por éste en las Capitulaciones de Santa Fe, sin extender la polémica al cargo de almirante, que sólo existía en Castilla. En favor de la tesis de que los precedentes había que buscarlos en la Corona de Aragón militaban grandes razones, tales como las siguientes: *a)* virreyes y gobernadores existían con profusión en los territorios, tanto hispánicos como italianos, de la citada Corona; *b)* uno de los Reyes otorgantes de los privilegios era del mismo Reino, y *c)* el solicitante y destinatario de los cargos, Colón, fuese de donde fuese, era un navegante para el que las formas de gobierno mediterráneas debían ser familiares.

Sin embargo, García-Gallo había formulado una seria objeción, y es la de que en el privilegio confirmatorio dado a Colón en Barcelona, en 28 de mayo de 1493, se hablara de los virreyes y go-

bernadores “que han sido e son de los dichos nuestros reynos de Castilla y León”, por lo que, según él, en estos Reinos había que encontrar los precedentes, contra lo que Vicens Vives hubo de oponer una posible equivocación de cancillería. Ambas tesis ofrecen así puntos débiles, aunque de estos puntos no son responsables los mantenedores. La tesis de Vicens tropieza con el grave inconveniente de estar fundamentada en un error, que, sin embargo, no aparece demostrado, ni, además, es verosímil. La tesis de García Gallo, más fiel a lo expresado en los documentos, tropieza con el inconveniente de que él mismo sostiene la inexistencia de virreyes en Castilla y León.

La polémica sigue abierta, aunque, desgraciadamente, uno de los que la abrieron ya no puede mantenerla. Falta que haya alguien que aporte nueva documentación o nueva interpretación, pero, de momento, y aun cuando existan signos de que alguno de los mejores americanistas posea datos útiles y visión renovadora, no se ha producido esa aparición.

Por otra parte, la polémica no ha dado todos los frutos que cabía esperar de ella, al menos en el terreno americanista, pues aun admitiendo que el problema planteado fuera insoluble en el momento actual, ello no debía impedir que se abordara el estudio de la institución virreinal en su desarrollo posterior, aproximándola a la coetánea en la Península Ibérica. No se ha hecho así, y aún hay signos de que no se ha comprendido de esta manera, pues, por ejemplo, un investigador argentino, Radaelli, tras de diferenciar muy acertadamente un “virreinato colombino” de un “virreinato indiano” y reseñar en forma bastante completa la polémica, repentinamente aparta ésta para asegurar el carácter autóctono de la institución en Indias⁵. No creo que en una introducción, y este carácter tiene el trabajo citado de Radaelli, que, por cierto, no ha publicado la obra a la cual servía, pueda sentarse una afirmación tan categórica, pues ésta no puede sino resultar de un laborioso estudio de la institución en Indias y de la institución en los reinos hispánicos. Además, no es aventurado suponer, pues ello no va en merma del indiscutible valor del investigador argentino, que no

5. Sigfrido RADAELLI, *La institución virreinal en Indias*, Buenos Aires, 1957, págs. 43 y 54.

estaba en condiciones de conocer la institución en Aragón, Cataluña, etc., ya que tampoco era conocida aquí.

Naturalmente, la dificultad para estudiar en forma debida la institución no está solamente en la falta de estudios totalmente convincentes de la parte americanista, cuya ciencia, como se ha dicho, se encuentra en la avanzada de la investigación, sino en la ausencia de esos mismos estudios sobre la institución en los territorios hispánicos europeos, como se descubría claramente al observar los esfuerzos de Vicens Vives para cubrir el vacío, y al contemplarse la inseguridad de la base sobre la que Rubio Mañé ha tenido que apoyarse para escapar del efecto citado de falta de vinculación a lo hispánico en su trabajo muy completo sobre la institución virreinal⁶.

Ultimamente se ha empezado a corregir algo esta situación, a lo que creo haber contribuido. Después que el profesor Reglá publicara un magnífico trabajo, desde el punto de vista histórico, sobre los virreyes catalanes, bajo la dirección del profesor Font Rius elaboré mi tesis doctoral sobre la institución virreinal en Cataluña. Más tarde, insatisfecho en la cuestión de los orígenes, he estudiado doctrinalmente la figura del virrey y del lugarteniente en la Edad Media, dentro de todo el ámbito de la Corona de Aragón, creyendo haber aclarado suficientemente el problema al completar ese estudio con el de la Gobernación general en el mismo complejo político, y aun con el de otros íntimamente ligados, como el de la Presidencia del Consejo Supremo de Aragón y su vinculación al Vicecanciller.

Sin embargo, todo esto es insuficiente. Mi tesis tuvo unos límites territoriales estrechos, y si ésto lo he corregido por lo que se refiere a la Edad Media, y por lo que se refiere a la Gobernación y al sistema virreinal, en general, para todo tiempo, no ha podido ser para la institución virreinal estricta dentro de la Edad Moderna. Falta, pues, completar el estudio de la institución en Aragón, Va-

6. Jorge Ignacio RUBIO MAÑÉ, *Introducción al estudio de los Virreyes de Nueva España (1535-1746)*, Ediciones Selectas, México DF, 1955, cap. I, como sigue a Vicens VIVES, viene a equiparar "gerens vices" con "portant veus", sin tener en cuenta que éste es sólo una modalidad de aquél, pues esa titulación no la recibe en Aragón, por ejemplo.

lencia, territorios italianos, Navarra, y, sobre todo, falta el estudio de la administración castellana, casi totalmente virgen.

Mi propósito, así anunciado⁷, era realizar un estudio total de la institución virreinal en la comunidad hispánica, integrando, como es natural, la indiaana. He renunciado a ello en parte, pero que no se trataba de uno de los muchos anuncios que suelen hacerse sin intención de cumplirlos lo demuestra el que trate ahora de exponer el sistema de administración en Indias, en función del vigente en los otros territorios hispánicos.

Puede pensarse que el estado actual de la investigación no permite abordar el tema, pero esto parece exagerado. El que no permita llegar a unas conclusiones definitivas no quiere decir que no deban realizarse intentos de aproximación.

PARTE PRIMERA

E L S I S T E M A

I

LOS SISTEMAS HISPÁNICOS DE ADMINISTRACIÓN A FINES DEL SIGLO XV

El estado de transición en la Administración.

Ante todo, conviene destacar que la Administración rara vez ofrece una evolución uniforme y de conjunto, fenómeno que conocen bien todos los historiadores del Derecho. En consecuencia, siempre que se habla de sistemas, hay que entender el término con las naturales reservas, esto es, pensando que siempre habrá uno o varios aspectos que no encajarán en el esquema general que puede dibujarse a través del sentido que predomine en el mayor número de las instituciones de que se componen.

Por otra parte, si la Administración ofrece, a veces, situaciones de relativa estabilización, otras se deja ver en un estado de inquietud interna. Como está fuertemente vinculada al ordenamiento político de la comunidad a la que sirve, esos estados de inquietud interna suelen coincidir con períodos que denominamos de "crisis

7. Jesús LALINDE, *Los Virreyes de Cataluña bajo los Austrias*. Estudios de Historia Moderna, VI (1956-59) (págs. 171-214), nota 1.

políticas". La imagen, muy corriente en nuestros días, de una Administración estática frente a una superestructura política cambiante y determinante de una continuidad, es sólo cierta a medias, es decir, en cuanto que los cambios de superestructura política no sean radicales.

Las últimas décadas del siglo xv presencian, precisamente, una de las mayores crisis políticas experimentadas por las comunidades políticas hispánicas, con el fortalecimiento del poder real y la debilitación de la nobleza, la estabilización de la administración de justicia, la superación del momento más crítico en cuanto a las banderías y, sobre todo, la unión personal de las dos coronas hispánicas más importantes.

A esta crisis política corresponde una situación de transición en la Administración. Triunfan nuevos principios, que, a veces, venían presionando desde épocas anteriores, y nuevos sistemas desplazan a los anteriores. No se trata de exponer los sistemas hispánicos administrativos en todos sus detalles, en un trabajo dedicado exclusivamente al sistema indiano, pero sí de indicar los principios que más acusadamente los caracterizaron, como medio, precisamente, de comprender aquél. Estos principios están referidos, fundamentalmente, a la diferenciación de funciones y a la tipología de órganos.

La diferenciación de funciones.

Por lo que se refiere al principio primeramente citado, es un tópico el suponer una indiferenciación y creer que hay que esperar a Montesquieu para distinguir entre lo que hoy denominamos "administrativo" y lo judicial, pues la aportación del escritor francés está en otorgar rango político a una diferenciación funcional no desconocida.

Naturalmente, la diferenciación de funciones no se da con la nitidez actual, y, sobre todo, no se verifica siempre su reparto en órganos especializados para cada función, sino que es frecuente la existencia de magistraturas con más de un cometido.

A fines del siglo xv hay dos funciones diferenciadas, que son las de "gobierno" y "justicia", cuyos conceptos no son muy distin-

tos a los actuales. Mediante la función de justicia se trata de restablecer un equilibrio roto entre partes, otorgando una compensación al que experimentó un perjuicio de la otra parte, que tanto puede consistir en la reparación del daño por el culpable como en su castigo, cuando el daño es irreparable, como en ambas cosas a la vez. En todo caso, a la función de justicia la caracteriza la existencia de dos partes con intereses contrarios, sin que esto signifique que hayan de ser dos particulares, pues puede serlo también la comunidad, ya representada entonces por procuradores y abogados fiscales.

La función de "gobierno" puede entenderse en un sentido estricto y en un sentido amplio. En sentido estricto ha de caracterizarse negativamente, esto es, por lo que no es justicia. Esto no debe sorprender, pues, en definitiva, durante mucho tiempo lo "administrativo" se ha venido caracterizando negativamente en nuestra doctrina, aunque ahora por su pujanza lleve camino de obligar a una caracterización negativa a los restantes conceptos.

En un sentido amplio, la función de "gobierno" integra dentro de sí a la de "justicia". Correspondiéndola el cuidado de la comunidad puede ejercerse en forma autóctona o puede ejercerse por la vía de "justicia". Tanto se gobierna publicando un pregón o una "crida" y disolviendo por la fuerza una bandería o una "bandosidad", como imponiendo un castigo mediante una sentencia judicial.

Como se ha dicho anteriormente, las funciones se distinguen, pero su ejecución no se especializa. Correspondiendo a las caracterizaciones anteriores, será posible ver órganos que, sensiblemente, sólo tienen funciones judiciales, como las Audiencias, pero no será posible ver órganos exclusivamente gubernativos, ya que, como también se ha dicho, la función de gobierno se ejecuta también por la vía de justicia. No es que no exista una función de gobierno estrictamente dicha, sino que por lo que a las magistraturas importantes, al menos, se refiere, se considera que aquélla aisladamente no tiene eficacia, y se precisa del complemento de la función judicial. Entre ambas, sin embargo, se establecen también diferencias, pues siendo la función judicial una función que requiere especialización, en muchas ocasiones, su encomienda a los detenta-

dores de la función gubernativa no es directa e incondicionada, sino que se traduce en la facultad de designar jueces o en la de juzgar asistido de un asesor o un perito.

No son solamente las funciones de gobierno y de justicia las que se distinguen, sino que al lado de ellas se encuentra la de guerra, que atiende no sólo a la defensa contra el enemigo exterior, sino también a la anulación del enemigo interior, representado por los magnates levantiscos, unas veces, y por las clases desposeídas, otras. Esta función da lugar a unos grados especiales, aunque tampoco es extraño que se acumulen en quien tiene las funciones de gobierno y de justicia. Una misma persona y un mismo cargo puede, pues, a veces, actuar a través de diversas vías, sin que a los contemporáneos escape la diversidad de funciones.

Tipología orgánica.

Aunque quizá un poco simplistamente, en la tipología orgánica administrativa de finales del siglo xv, pueden distinguirse órganos unipersonales y órganos colegiales o sinodales. En el primer caso, el poder recae en una persona física que posee la facultad resolutoria con exclusividad, independientemente de que se ayude de otras personas o de otros órganos para poder llegar a ejercer aquella facultad. Normalmente, la función de gobierno suele encomendarse a este tipo de órgano, pues aquélla exige agilidad y decisionismo. No es que este decisionismo falte en los órganos colegiados, pero en éstos llegar a determinar la voluntad es un proceso más lento.

Como ya se indicó, en la época que se comenta el órgano que posee la función de gobierno suele estar dotado de la función de justicia para ejercer aquélla, pero como normalmente no está capacitado para una función como la de justicia, que requiere un alto estado de tecnicismo, se le complementa entonces con un experto. Si además de esto se le obliga a seguir el dictamen de éste, o si, al menos, lo sigue siempre para eludir su responsabilidad, sucede entonces que sólo nominalmente el órgano con función gubernativa ejercita la función judicial. De hecho se llega a una separación, ofreciéndose dos órganos unipersonales con funciones distintas.

El anterior panorama de dos órganos unipersonales suele ofre-

cerse en niveles bajos. Tratándose de niveles altos, la función de gobierno sigue siendo encomendada, por regla general, a un órgano unipersonal, pero la de justicia suele encomendarse a un órgano colegiado o sínodo, cuya voluntad se forma por la suma de las voluntades de sus componentes, y cuando éstas no son concurrentes, por la de la mayoría.

El problema que surge entonces es el de la conexión entre el órgano unipersonal, al que está encomendada la función de gobierno, pero integrando, como se sabe, la de justicia y el órgano colegial o sinodal, especializado en la función de justicia. Pueden establecerse diversas combinaciones, pero, generalmente, el órgano unipersonal pasa a presidir el órgano colegial, de forma que la función de justicia no la ejercita nunca por sí, sino a través del órgano sinodal. Si contribuye a formar la voluntad del sínodo, aún puede decirse que ejercita las dos funciones, por más que una lo haga en forma exclusiva y la otra en forma concurrente, pero si su presidencia no le permite contribuir a la formación de la voluntad, sucede que en este caso en alto nivel ocurre algo parece a lo que señaló para niveles bajos, y es que existen dos órganos distintos con dos funciones distintas, con la circunstancia común de que la función de gobierno reside en un órgano unipersonal y la diferencia de que la función de justicia reside en otro órgano unipersonal en niveles bajos y en sínodos u órganos colegiados en niveles altos.

A todo esto hay que añadir que los órganos unipersonales en niveles altos pueden gozar exclusivamente de la competencia que les corresponde en sí y por su magistratura, o disfrutar también de la correspondiente a magistraturas superiores, que les son delegadas, como puede suceder también que estos dos tipos de facultades estén encarnados en órganos distintos.

Todas estas posibilidades se dan a finales del siglo xv en los territorios hispánicos, barajándose entre ellos y dando lugar, en consecuencia, a diversos sistemas.

El sistema gobierno-senatorial castellano.

El sistema castellano a fines del siglo xv parece caracterizarse por un mayor vigor de los órganos sinodales, a los que corresponde

la justicia como función específica. En cortes celebradas en Medina del Campo, en 1489, los Reyes Católicos determinan el funcionamiento permanente de una Audiencia en Valladolid, según lo ordenado por Juan II en cortes de Valladolid de 1442, y el traslado de la de Ciudad Real a Granada, como situación más conveniente para ejercer su función sobre toda Andalucía y el Reino de Murcia⁸.

La perfecta estructuración de estas Chancillerías, que cuentan cada una con 16 oidores, distribuidos en cuatro salas, además del Presidente⁹, y la amplia competencia, que las permite determinar todos los asuntos, tanto en primera instancia como en apelación, conocer de los casos de Corte en primera instancia y entender de las apelaciones de los jueces ordinarios o delegados, con la sola exclusión de las causas que fueran elevadas al Consejo Real¹⁰, da idea del importante papel que desempeña en el reino castellano-leonés durante la última década del siglo xv.

Con este vigor de los órganos senatoriales contrasta el anquilosamiento legislativo de órganos unipersonales de gobierno sobre grandes zonas geográficas. Las normas sobre los Adelantados y sobre los Merinos mayores, puestos en lugar de aquéllos, se encuentran en las Partidas¹¹, y consta el vigor de la institución al

8. Novísima Recopilación de Castilla, V, 1, 1.

9. En las mismas cortes citadas. Nov. Rec. de Castilla, V, 1, 2.

10. En las mismas cortes citadas. Nov. Rec. de Castilla, V, 1, 2-3-4.

11. Partidas, II, 9, 22, define al Adelantado como hombre metido adelante en algún hecho señalado, por mano del Rey, comparándolo al "praeses provinciae". Tiene superioridad sobre los merinos, tanto de las comarcas y alfofes, como de las villas, persiguiendo malhechores y oyendo las alzadas de los alcaldes de las villas. Su misión es andar por la tierra, y de ellos y de sus alcaldes, cabe alzada al rey.

Partidas, II, 9, 23, define a los Merinos mayores como hombres que tienen dignidad para hacer justicia sobre lugares señalados, habiéndolos de dos tipos: a) mayores, puestos en lugar de adelantados y con el poder de éstos, y b) los puestos por los adelantados a los merinos mayores. Estos últimos no administraban justicia, sino en cosas destacadas, a las que llamaban "voz del Rey", tales como causas por camino quebrantado, ladrón conocido, mujer forzada, muerte de hombre sobre seguro, robo, fuerza manifiesta y traición.

encontrarse en el Ordenamiento de Alcalá al frente de Castilla, León, Galicia, Asturias, Guipúzcoa y Alava¹², y también de Andalucía y Murcia¹³, pero no parecen agitados luego por nuevas normas. Los Adelantados, que, al parecer, desde Alfonso XI habían sido reservados para las zonas fronterizas, con un carácter más bien militar¹⁴, no es fácil que conservaran gran número de sus atribuciones, o que las ejercieran, y los documentos de la época nos los describen entretenidos en los llamados "alardes", o entrenamientos de las fuerzas militares¹⁵. Sobre la actuación de los Merinos mayores se precisa de una investigación especial que a lo mejor proporciona sorpresas, pero en tanto no se realice, la indicada ausencia de agitación normativa hace presumir una decadencia.

La impresión citada de decadencia se acentúa cuando se observa la vitalidad que parece animar a los corregidores. Las Cortes de Madrid, de 1435, y las de Madrigal, de 1438, hubieron de intentar limitar su poder, solicitando la duración en el cargo no superior a un año, la no intervención en las deliberaciones de los consejos, la no concesión a personas poderosas y la aplicación del juicio de residencia¹⁶. En 1480, los Reyes Católicos acuerdan el envío de ellos a las ciudades y villas donde no los tenían, y mediante una Pragmática de 1493, exigen el estudio de derecho civil y canónico en universidad por un período, al menos, de diez años para la titularidad, iniciándose el siglo siguiendo con una Pragmática fechada en Sevilla y en 9 de junio, que contiene una ordenación de la magistratura desordenada y confusa, pero con deseos de ser completa¹⁷.

La impresión que da la Administración castellana a fines del

12. Ordenamiento de Alcalá, XX, 7. Cfr. Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel DE MANUEL, *El Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, 1774, reeditado por Editorial "Lex Nova".

13. Id., id. XX, 9.

14. Cfr. Atanasio SINUÉS RUIZ, *El Merino*, Zaragoza, 1954, pág. 239 y ss.

15. Vid. Juan Francisco RIVERO RECIO, *El adelantamiento de Cazorla*, Toledo, 1948.

16. Cfr. Fernando ALBI, *El Corregidor en el municipio español bajo la Monarquía absoluta*, Madrid, 1943, pág. 51 y ss.

17. Op. cit., pág. 56.

siglo xv es que una distribución de la misma sobre grandes zonas sólo se verifica en la vía de justicia, a través de un sistema senatorial o de Chancillerías y Audiencias, mientras que en la vía de gobierno el vigor se halla en pequeños distritos sobre los que extiende su acción el Corregidor. Sobre distritos más amplios se procede al nombramiento de Gobernadores, que, a veces, como en Canarias, sustituyen a los Adelantados¹⁸, pero que, por lo general, van destinados a un distrito en el que se atiende más que a su condición geográfica, a su situación en cuanto al orden público. Incluso se les envía aparejados con corregidores para poder asegurar aquél, representando ellos la función de gobierno y los corregidores, la de justicia, dada su condición de letrados¹⁹.

En estas condiciones, el sistema castellano de administración a fines del siglo xv es un sistema senatorial, o todo lo más un sistema gobierno-senatorial, con un primer miembro débil, y en este sentido puede decirse que se trata de un sistema de administración directa, en cuanto el poder del rey, en lo relativo al gobierno, se realiza sin intermediarios de importancia, y a través de agentes de pequeña importancia. Naturalmente, esto se predica únicamente de los territorios de realengo, pues en los demás, el panorama es distinto, como consecuencia del poderío de determinados estamentos sociales.

A su vez, este sistema es consecuencia de la unidad política castellano-leonesa, es decir, de que la hegemonía de Castilla no encontró la resistencia de León, Galicia, Asturias, etc. La división judicial de Chancillerías no tuvo carácter político, sino técnico o geográfico, y la división en merindades no se hizo indispensable. El Rey no necesitó una representación especial, porque no hubieron cuerpos políticos con entidad propia.

Quizá por la indicada ausencia de cuerpos políticos con entidad

18. RUBIO MAÑÉ, op. cit., pág. 14, siguiendo a ALTAMIRA en su *Historia de España y de la Civilización española*, dice que en Canarias se establecieron primero Adelantados y luego Gobernadores, agregándose, después, a éstos la Capitanía General y la Presidencia de la Audiencia.

19. Fernando DEL PULGAR, *Crónica de los Reyes Católicos*, cap. 118 (vid. ed. de Juan de Mata Carriazo, Espasa-Calpe, Madrid, 1943), que trata de la pacificación de Galicia, da a Fernando de Acuña el título de gobernador y al letrado Garci López de Chinchilla, el de corregidor.

propia, en el sistema castellano-leonés no existen virreyes, lugartenientes, reformadores, etc., es decir, agentes con una especial representación real. Su ausencia la ha destacado el Prof. García-Gallo²⁰, aunque debe huirse del error de creer que un corregidor u otro agente inferior no podía serlo²¹, pues en la Corona de Aragón son los virreyes veguères, bailes, lugartenientes de maestro racional, etc.²². En Castilla puede haberseles dado el nombre extraoficialmente en el siglo xv²³, pero sin que haya tenido nunca carácter oficial²⁴.

20. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Los orígenes de la administración territorial de las Indias*, AHDE, tomo XV, 1944 (págs. 16-106), pág. 59. Le sigue RUBIO MAÑÉ, op. cit, cap. II, pág. 14.

21. Así lo asegura GARCÍA-GALLO, op. cit., pág. 59.

22. Vid Jesús LALINDE, *Virreyes y lugartenientes medievales en la Corona de Aragón*, Cuadernos de Historia de España, XXXIV, 1960 (páginas 98-172), Buenos Aires, pág. 149.

23. GARCÍA-GALLO, op. cit., págs. 60-61, cita un texto de López Ferreiro relativo a un acuerdo del cabildo de Santiago de Compostela en 1481, en que se menciona expresamente el término "visorrey": PÉREZ BUSTAMANTE, *Nuevos datos en orden a los posibles orígenes del virreinato colombino*, Revista de Indias, C. S. I. C., Instituto Fernández de Oviedo, Madrid, 1959, año XIX, páginas 11-14, en apoyo de la tesis de Muro Orejón sobre un precedente castellano de "facto", aporta nuevos datos interesantes: a) una carta de los Reyes Católicos a Burgos, dada en Tarazona en 20 de marzo de 1484, comunica el nombramiento de dos virreyes, que eran el condestable y el almirante, para proveer allende los puertos tan cumplidamente como lo harían los mismos Reyes; b) en el Registro General del Sello, conservado en el Archivo de Simancas, al margen y en letra coetánea se lee: "Para ser visorrey por su alteza"; c) en confirmación de "igual" entre el señor de Trigueros y los concejos del valle en noviembre de 1489, se habla de condestable "visorrey"; d) en provisión de los del Consejo, que acompañaba a los Reyes en 15 de mayo de 1490, se cita un caso proveído por el condestable "visorrey"; e) un texto del cronista Diego Enríquez del Castillo atribuye la citada condición a don Alonso Carrillo, Arzobispo de Toledo, y a don Pedro Fernández de Velasco, conde de Haro, que habían de quedar en lugar del rey en Valladolid cuando éste partió en 1454 para Córdoba.

24. Téngase presente que Pérez Bustamante reconoce que en la carta que cita de los Reyes Católicos no se habla expresamente de virreyes, por más que el condestable y el almirante lo fueran conceptualmente, y que tampoco en las fórmulas de los registros de Simancas aparece el título, ya que cuando lo hace, como se ha dicho, es al margen de un registro, pero no en el cuerpo de la escritura. En cuanto al texto de Enríquez del Castillo, ade-

La subordinación del sistema de la Gobernación general al sistema virreinal en la Corona de Aragón.

En la Corona de Aragón, a fines del siglo xv se halla establecido un sistema ordinario de Administración, que es el de la Gobernación general²⁵, con una larga tradición, pues arranca de mediados del siglo xiv, en que, a su vez, sustituyó al sistema de Procuración general, procedente de los comienzos del siglo.

Este sistema tiene su centro en un Gobernador general, cargo adscrito al Primogénito del Rey y ejercido en defecto de aquél por el infante a quien se le suponga heredero del Reino.

El Gobernador general, dotado de jurisdicción ordinaria, y cuyo poder tiene su origen en la ley, y no en el Rey, tiene representantes en los distintos territorios que integran la Corona, los cuales poseen características particulares, determinadas por la constitución política de cada uno de los indicados territorios.

En el Reino de Aragón, la Gobernación actúa a través de un Regente del oficio de la Gobernación general, con jurisdicción ordinaria, universal y perpetua, cuya principal característica es su movilidad obligada para la administración de la justicia y el castigo de los malhechores.

En el Principado de Cataluña, el representante de la Gobernación general recibe el nombre de "portant veus", que, traducido al aragonés, dice "portant veces". Con jurisdicción ordinaria y per-

más de no ser un texto oficial, hay que destacar que no pasa de ser una denominación que emplea un cronista con carácter inseguro, como lo demuestra el que como indica el propio Pérez Bustamante, ni Alonso de Palencia, ni Rodrigo Sánchez de Arévalo, llaman virreyes al Arzobispo de Toledo y al Conde de Haro. Vid. también loc. cit., en nota 19, donde el cronista no denomina virreyes a los pacificadores de Galicia. Todos estos interesantes datos aportados por Pérez Bustamante demuestran que la institución no era desconocida en Castilla, y que, incluso, podía ser adoptada en un futuro próximo, pero no desvirtúa la afirmación de García-Gallo de que no existieron allí en la Edad Media, puesto que oficialmente no se dispensó nunca el título.

25. Vid sobre esto Jesús LALINDE ABADÍA, *La Gobernación general en la Corona de Aragón*, Instituto Jerónimo Zurita-Institución Fernando el Católico, Madrid-Zaragoza, 1963. Para no multiplicar las notas no se designan los lugares concretos de la obra en los que se apoya la exposición de este apartado.

manente, actúa como juez ordinario en la veguería o bailía donde se encuentra, sin que pueda residir en éstas de una forma permanente.

En el Reino de Valencia, con el nombre también de “portant veus”, es oficio principal, pero sin supremacía sobre la bailía general. Su jurisdicción es ordinaria, universal y permanente, superior a la de los jueces ordinarios, delegable y ampliamente sustituible. No existe una Gobernación única, sino dos, cuyo punto de separación es Jijona. El “portant veus” de la Valencia “más acá” de Jijona tiene un lugarteniente general y dos lugartenientes particulares, de los que uno reside en Castellón para el territorio “más allá” del río Uxó o Belcaire, y otro, en Játiva, para el territorio “más allá” del río Júcar. El otro “portant veus”, el de la Valencia “más allá” de Jijona, reside en Orihuela, y tiene lugartenientes locales.

En Mallorca, el conocido como “Gobernador” es oficio importante, con superioridad sobre Menorca e Ibiza, ejerciendo la jurisdicción ordinaria, casi exclusivamente en apelación o en causas que escapan a los jueces ordinarios por el elemento personal o el objetivo. A su vez, en Menorca existe un “portant veces de general Gobernador”, subordinado en su jurisdicción al Gobernador de Mallorca, con amplio poder ordenancístico y dotado de carácter preferentemente militar, en tanto en Ibiza hay un “portant veus”, también subordinado al Gobierno de Mallorca, con carácter preferentemente militar, y actuando normalmente como Gobernador del Rey, veguer del Arzobispo de Tarragona y baile del Arcediano de San Fructuoso de Tarragona.

Los Condados de Rosellón y Cerdeña tienen su “portant veus” especial, en tanto en Cerdeña se consagra la fragmentación, existiendo un Gobernador de Caller y Gallura, con centro en Caller o Cagliari, y otro, de Logudor, con centro en Alghero, y más tarde en Sasser o Sassari.

Todo este sistema, como puede verse, está determinado por la especial constitución de la Corona de Aragón, en la que, a diferencia de lo ocurrido en Castilla y León, los territorios que la integran no han perdido su individualidad política. Es cierto que también en el occidente hispánico el Rey lo es de un conglomerado

de partes, pues se intitula Rey en Castilla, en León, en Galicia, incluso en Jaén, etc...., pero en todos los sitios lo es de la misma forma, pues enfrente no encuentra una comunidad políticamente particularizada. En la Corona de Aragón, por el contrario, cada territorio sigue manteniendo sus instituciones propias, su derecho particular y sus órganos propios de elaboración de aquél, de forma que el Rey ha de contar también con distintos medios de gobierno para uno de ellos.

Pese a la perfección estructural del sistema, éste fracasa en su tarea de mantener el orden público, como consecuencia de su debilidad ante las libertades y privilegios de los reinos, principados y condados de la Corona. Este fracaso mueve al Rey a enviar "lugartenientes", es decir, personas que "tienen su lugar" con denominaciones diversas, como las de "virrey", "reformador", "presidente", "rector", etc.²⁶. A su vez, su absentismo, unas veces forzado y otras voluntario, les impide a dejar lugartenientes generales que, en principio y en los territorios peninsulares, al menos, a diferencia de los simples "lugartenientes" o "virreyes", no tienen una tarea concreta, como la de restablecer el orden público alterado, sino que están nombrados para atender a todos los negocios, y, además, sobre amplias zonas geográficas.

A fines del siglo xv, el sistema de la Gobernación general fracasado, como se ha dicho, en la tarea de mantener el orden público, se subordina al sistema virreinal y de lugartenencias generales. No desaparece, pues es el sistema ordinario de administra-

26. Sobre el empleo de estas denominaciones, vid. Jesús LALINDE, *op. cit.* en nota 22, pág. 132. Puede verse también cómo a causa de las "bandosidades" nombra el rey al Duque de Gandía en Valencia "in viceregium et nostrum locumtenentem", fechando el privilegio en Barcelona, 14 de mayo de 1401, en Archivo de la Corona de Aragón (en adelante citado como ACA), sección Archivo Real (en adelante citado como AR.), registro 2223, folio 68 (en adelante citados solamente los guarismos). En 20 de diciembre de 1401, y por ausencia, el rey nombra a la reina María "generalem locumtenentem vicesque nostras gerentem" (*loc. cit.*, fols. 73-76). En Valencia, a 18 de junio de 1404, se nombra a Fernando López de Luna "vicerregius et locumtenentem nostrum" para toda Valencia (*loc. cit.*, fols. 95-96 vº) y por haber de marchar el rey a Cataluña, en la misma Valencia y en 15 de diciembre de 1407, nombra a Guillermo Raimundo de Moncada "vicerregium et locumtenentem nostrum" (*loc. cit.*, fols. 132 vº-134).

ción, con una larga tradición sobre sí y reconocida por los ordenamientos jurídicos de los reinos, principados y condados que integran la Corona de Aragón, pero reconocen por encima de sí una jurisdicción delegada del Rey, que es la que poseen virreyes y lugartenientes generales, inferior, quizá, en cualidad, pues la jurisdicción ordinaria la tiene el Gobernador por la ley, y el virrey por el Rey, pero muy superior en intensidad, y ante la cual, ha de plegarse.

Al mismo tiempo que se produce la gradual subordinación de la Gobernación general al nuevo sistema, se va realizando una progresiva equiparación entre el "virrey" y el "lugarteniente general", que será plena a principios del siglo XVI, y que tiene lugar como consecuencia del prestigio del primero en los territorios periféricos y de la disminución del valor de los lugartenientes generales en los territorios nucleares cuando tras de institucionalizarse y convertirse en permanentes, pueden estar a su vez bajo las órdenes de otras lugartenencias generales, desempeñadas éstas por personajes de la familia real y con extensión de su poder a toda la Corona, y, por tanto, a zonas más amplias que las de los territorios.

En las últimas décadas del siglo XV, en que el fenómeno no se ha consumado todavía, el "virrey" es un lugarteniente al que le falta la condición de "general", es decir, de designado para todos los negocios. Puede decirse que mientras "lugarteniente general" es un cargo, "virrey" es una condición que se añade a otra magistratura u oficio para reforzar su poder, como sucede también con el título de "reformador". En Mallorca, por ejemplo, la condición de "reformador" le permite al Gobernador un poder ordenancístico o normativo, del que carece éste ordinariamente. El título de "virrey" es codiciado por los Gobernadores en Cerdeña, porque les sitúa fuera de la exigencia de responsabilidad por el procedimiento de la "purga de taula", especie de residencia, que puede aplicarse a un Gobernador, pero no a quien ostenta la representación personal del Rey²⁷.

Tanto el sistema de la Gobernación general como el de Lugartenencias generales, que se le superpone, tienen una nota de uni-

27. Vid. Jesús LALINDE, op. cit., en nota 25, pág. 474, y op. cit., en nota 22, pág. 157.

personalidad. La función de justicia es aquí muy superior a la de gobierno (el término "gobernador" no debe entenderse en el sentido actual), pues así lo impone el celo de los territorios en no permitir arbitrariedades del Rey de sus agentes. Lo normal es que las magistraturas, a las que no se exige condición letrada, actúen asistidas de asesores que suplen esa falta.

Las postrimerías del siglo xv presencian, sin embargo, la tendencia hacia la sinodalidad o colegialidad, conectando ésta, fundamentalmente, con el sistema de lugartenencias generales. Así ocurre en Cataluña, donde las Cortes de Barcelona de 1493 estructuran la Audiencia al adscribirla ocho juristas, doctores o licenciados en derecho canónico o civil, catalanes y hábiles, rematando un proceso que se había iniciado tímidamente con las cortes de Barcelona de 1365²⁸. Esta audiencia se coloca bajo la presidencia del Lugarteniente general, iniciándose así un sistema que podemos calificar de "virreino-senatorial", con anacronismo de unos pocos años, pues, como se ha dicho, la equiparación entre virrey y lugarteniente general es más propia del siglo xvi.

La conexión se establece fundamentalmente con la lugartenencia general, y no con la Gobernación. El Gobernador, o, con mayor propiedad, el "portant veus" de Gobernador general en Cataluña sigue actuando con su asesor. Sólo cuando ha de sustituir al Lugarteniente general es cuando actúa con la Audiencia en las denominadas funciones de "vicerregia".

A fines del siglo xv, pues, en la Corona de Aragón se produce la subordinación del sistema de la Gobernación general al sistema virreinal y de lugartenencias generales, iniciándose el camino hacia un sistema virreino-senatorial, que triunfará en el siglo siguiente.

La ósmosis hispánica.

Si el fenómeno osmótico se ha debido de dar hasta un cierto grado a través de toda la denominada Edad Media, su punto culminante ha debido alcanzarlo a fines del siglo xv, cuando un ma-

28. Vid Jesús LALINDE ABADÍA, *La institución virreinal en Cataluña*, Instituto Español de Estudios Mediterráneos, Barcelona, 1964, pág. 387 y ss.

trimonio político afortunado ha hecho posible un mayor transvase de ideas e instituciones.

El régimen sinodal de la Administración central es posible que haya tenido una gestación común al reino castellano-leonés y a la Corona de Aragón, si se tiene en cuenta que en las tan famosas Cortes de Toledo de 1480, en una parte del palacio trabajan caballeros y letrados de Aragón, Cataluña, Sicilia y Valencia, prefigurando el futuro Consejo de Aragón, creado por la Pragmática de 19 de noviembre de 1494²⁹.

Aunque la Audiencia de Cataluña, como se ha dicho, remataba un proceso iniciado en el mismo territorio en el siglo anterior, es muy posible que su impulso creador de 1493 lo deba, en parte, al influjo del régimen senatorial castellano que Fernando el Católico debía conocer muy bien³⁰.

Si esta ósmosis ideográfica pudo darse, no es descabellado suponer que en el envío de agentes con poderes reforzados a aquellos lugares donde había situaciones de alteración del orden público influyera la experiencia aragonesa, y que, en consecuencia, tales agentes pudieran ser considerados, en cierta manera, verdaderos virreyes, en el sentido medieval de este término, que, como se ha dicho, difiere mucho del de la Edad Moderna, en la que se asimila a Lugarteniente General. Finalmente, en esta ósmosis tampoco debe olvidarse a Navarra, donde la existencia de magistraturas con amplia representación real ha sido frecuente.

II

EL SISTEMA CAPITULADO DE ADMINISTRACIÓN COLOMBINA

Naturaleza de la capitulación colombina.

En el momento en que en Castilla se desarrolla un sistema de administración gobierno-senatorial y en la Corona de Aragón se

29. El hecho lo destacó el CONDE DE TORREANAZ, *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, Madrid, 1884. Vid. JESÚS LALINDE ABADÍA, *El Vicecanciller y la Presidencia del Consejo de Aragón*, AHDE, XXXV, 1960 (páginas 175-248), pág. 204.

30. Hay que insistir en que este influjo sólo pudo ser parcial, pues existe un proceso autóctono, que puede verse en op. cit. en nota 28, cap. IX, que se

produce una subordinación del sistema de la Gobernación general al sistema virreinal y de lugartenencias generales, con tendencia a un sistema virreino-senatorial, Cristóbal Colón concierta con los Reyes Católicos el régimen administrativo de las tierras a descubrir, a través de los privilegios que a él se le han de conceder. Es decir, a Colón, que no es un Monarca, ni siquiera un gobernante, no se le puede exigir que se ocupe de planificar la administración, pues, por regla general, existe un notable empeño en los historiadores por exigir a Colón lo que no se exige a ninguna otra figura histórica. Colón, que bastante trabajo tiene con emprender un periplo superior a todos los de su época, con ser bastante audaces todos los que entonces se sucedieron, se preocupa exclusivamente de fijar los poderes que él ha de tener, y esto no sólo por su remuneración y posible ganancia, que ya era bastante razón, sino por poseer los medios necesarios para llevar a cabo con buen fin su proyecto.

El concierto de sus privilegios lo verifica Colón mediante las denominadas "Capitulaciones", suscritas en Santa Fe, en 17 de abril de 1492, y confirmadas por el privilegio rodado dado en Barcelona en 28 de mayo de 1493, a lo que se sucede otra confirmación en Burgos en 23 de abril de 1497³¹.

Se trata, en consecuencia, de un régimen que podemos calificar de "capitulado". A los territorios por descubrir no se traslada ni el régimen castellano ni el régimen de la Corona de Aragón, sino que se establece uno nuevo en parte.

Claro está, que esta concepción está en función de la naturaleza jurídica que se otorgue a las "capitulaciones", uno de los problemas que se ofrecen a todos los historiadores del Derecho, y más especialmente a los americanistas, ya que en Canarias e Indias es donde alcanzaron auge.

García-Gallo ha negado el carácter de contrato a las "capitulaciones", estimando se tratan de concesión graciosa³², pero esto no puede ser admitido sin reparos. Las "capitulaciones" no son

inicia con Pedro IV en 1356, y se continúa con la Reina María, consorte de Alfonso V, en 1422.

31. Cfr. GARCÍA-GALLO, op. cit., págs. 19 y ss.

32. Op. y loc. cit.

un contrato en el sentido privatístico de la palabra, es decir, en cuanto acuerdo de voluntades entre partes situadas en un mismo plano, pero tampoco constituyen una concesión graciosa en cuanto no tienen la nota de unilateralidad, y menos todavía en el caso de que pretenda en ellas la libre revocabilidad. Las Capitulaciones se encuentran dentro de esas categorías en las que se hallan las concesiones administrativas, los contratos de obras públicas por la Administración, la relación del funcionario con el Estado, e, incluso, el contrato laboral en muchas ocasiones, es decir, en esas situaciones jurídicas en las que dentro del proceso de creación las voluntades a concordar se hallan en unas ciertas condiciones de desigualdad, pero en las que una vez perfectas los efectos se asemejan mucho, si no son iguales, a las de carácter contractual.

En realidad, las "capitulaciones" lo que plantean es el problema de si el poder público puede contratar con los particulares, el cual no es exclusivo de la época colombina, sino que preocupa muy intensamente también a la doctrina de nuestro tiempo. Si lo que caracteriza al contrato es la bilateralidad y el que de él emanen derechos y obligaciones para las partes intervinientes, parece que la respuesta ha de ser afirmativa. El que el poder público se atribuya algunas facultades que nunca se puede reservar el particular, como mayores medios de rescisión, reversión, expropiación, etc., no debe significar gran cosa, pues el contrato no presupone una igualdad absoluta en las facultades de las partes, ni aún siquiera de las prestaciones y contraprestaciones, llegándose, incluso, a admitir una notoria desigualdad en aquellas, como lo demuestra la no admisión de lesión en algunos ordenamientos, y la exigencia de que la lesión exceda al menos de la mitad, en otros.

Las capitulaciones son un acto bilateral, carácter que no lo empañaría ni aún el que se demostrara su preparación exclusiva por la cancillería real con subsiguiente suscripción colombina, pues, como se sabe, la doctrina moderna admite también el contrato llamado "de adhesión". Tampoco lo empaña el que sea objeto de confirmación posterior, cosa que también sucede en los tratados internacionales, cuya condición contractual no se puede negar.

Como tal acto bilateral, mediante las capitulaciones, los Monarcas se ven obligados, en la misma medida que lo está Colón. Que

no se trata de una concesión meramente graciosa y con libre revocabilidad lo demuestra el que la Corona ventila por la vía judicial las reclamaciones de los sucesores del Almirante y discute los términos de la concesión, procediendo finalmente a una verdadera rescisión contractual con compensación.

El régimen estipulado en la capitulación colombina.

El que el régimen previsto para los territorios a descubrir no sea estrictamente el castellano-leonés ni el mediterráneo aragonés, sino el estipulado en la capitulación colombina, no significa ni que aquéllos sean excluidos totalmente, ni que, por el contrario, sean utilizados por igual. Desde el momento en que Colón se le van a conferir unos cargos, sin considerarlos de nueva creación ni proceder a su regulación minuciosa, y desde el momento que no se va a delinear todo un régimen administrativo, sino sólo algunas de sus piezas clave, existe el problema de a qué modelo responden aquellos cargos y de qué régimen administrativo se ha de considerar complementario.

Como ya se ha dicho, los americanistas que se ocuparon brevemente de estos problemas recurrieron a los antecedentes de la Corona de Aragón, atraídos, sin duda, por la similitud de las denominaciones, pero sin el debido conocimiento de la Historia del Derecho español. GARCÍA-GALLO, como conocedor de ésta y como jurista, ha planteado el problema con fidelidad a los documentos y a la normativa, mientras el llorado VICENS VIVES realizó una defensa de los antecedentes mediterráneos, en base al desarrollo sociológico de las instituciones. Recogiendo lo elaborado por ellos y lo contenido en los documentos conocidos, pueden hacerse una serie de reflexiones, que si no han de resolver el problema de forma definitiva, siempre pueden resultar útiles. Por lo que se refiere a los documentos conocidos, la guía más segura puede constituir la defensa que de los privilegios de su padre hizo Diego Colón, en el largo pleito que sostuvo con la Corona, que no se resolvió hasta que en 1536, Luis Colón, el "tercer almirante", cedió sus pretensiones a cambio del ducado de Veragua y de una renta anual de 10.000 ducados.

La polémica ha surgido como consecuencia de los títulos con-

cedidos a Cristóbal Colón, y dentro de éstos, a los de carácter terrestre, esto es “virrey” y “gobernador”, pues respecto al título marítimo, el de “almirante”, no parece haber existido duda. La problemática planteada por la polémica es, en esencia, la siguiente: *a)* si “virrey” y “gobernador” componen un sólo oficio o magistratura, o si, por el contrario, son dos distintos, y en este caso, que es lo que caracteriza al primer en relación la segundo; *b)* cuál es el modelo o modelos de estas magistraturas, y *c)* cuál es el motivo de que al término “gobernador” acompañe el calificativo de “general” en unos casos, y en otros no.

Lo que desconcierta sobre estas cuestiones es lo siguiente: *a)* que los términos “virrey” y “gobernador” se usan siempre unidos por la conjunción copulativa correspondiente, sin especificarse si las atribuciones concedidas lo son en atención a uno o a otro³³; *b)* que si bien en la documentación de 1492 no se menciona cuál ha sido el modelo escogido, en la de 1493 se dice expresamente que lo ha sido Castilla y León, cuando precisamente en Castilla y León no se conocen virreyes, a diferencia de lo ocurrido en la Corona de Aragón³⁴, y *c)* que “virrey y gobernador general” parece ser igual que “virrey y gobernador”, y sobre todo, que el calificativo “general” desaparece en el privilegio confirmatorio que se le da al descubridor a su vuelta a Barcelona, después del primer viaje³⁵.

Respecto al primer problema, parece fuera de duda que “virrey” y “gobernador” son dos conceptos diferentes, a la vista de la exposición hecha de los sistemas hispánicos de administración, y que

33. Cfr. op. cit., pág. 54.

34. Cfr. op. cit., págs. 54-55. En el mismo año parece no limitarse a Castilla y León, al emplearse otras expresiones más vagas. Cfr. punto décimo de las “Instrucciones” dadas en Barcelona en 29 de mayo de 1493 en “Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias”, de la que son editores Joaquín F. Pacheco, Francisco Cárdenas y Luis Torres de Mendoza, Madrid, 1864-1889 (en adelante citado como *Codoin AGI*), tomo 38, pág. 187: “... ha de poner Alcaldes e Alguaciles en las islas e tierras donde él estuviere... como los acostumbran poner los otros Visoreyes e Gobernadores donde quiera que Sus Altezas los tienen...”.

35. Cfr. GARCÍA-GALLO, op. cit. y RUBIO MAÑÉ, op. cit., cap. II.

no es extraño que ambos aparezcan ligados estrechamente, en cuanto que "virrey" es una condición que, en este caso, se añade al oficio de "gobernador", reforzando extraordinariamente los poderes de éste en cuanto le permite actuar como "lugarteniente" del Rey, y escapar a toda exigencia de responsabilidad que no sea la directa real.

En efecto, la condición de "lugarteniente" en Cristóbal Colón aparece clara en las Reales Cédulas de 16 de agosto y 11 de septiembre de 1494, en las que se requiere a los caballeros, oficiales, hombres buenos, etc., de las islas descubiertas por él a que le obedezcan en lo que mandara, como si fuera el propio rey el que lo hiciera³⁶, cláusula similar a la empleada en la Corona de Aragón, aunque no sea traducción exacta de la en aquella utilizada, donde, como se sabe, la Cancillería redacta siempre en latín³⁷. Es decir, a Cristóbal Colón el Rey lo envía como un gobernador con el rango de lugarteniente suyo, y como tal lugarteniente le llama "virrey", como podría haberle llamado "reformador", "rector", etc., si bien, como es lógico, le atribuye, seguramente a petición del mismo Colón, el título que había conseguido triunfar entre los diversos que encajaban dentro del concepto general de "lugarteniente"³⁸.

Sobre el mismo concepto de "lugarteniente" insiste Diego Colón al responder en 1524 a la petición fiscal, indicando que la experiencia muestra cómo en los reinos donde no puede encontrarse la persona real se provee de virreyes para suplir sus veces³⁹, y

36. Real Cédula de 16 de agosto de 1494, dada en Segovia, Codoin AGI, tomo 36, págs. 135-136: "... que dicho Almirante tenga el dicho Cargo de nuestro Visorrey e Gobernador... e fagais e complais todo lo quel de Nuestra parte vos Mandare, como si Nos en persona vos lo mandasemos..." (en estas citas se respeta la versión de los editores).

En la Cédula de 11 de septiembre de 1494, Codoin AGI, tomo 30, pág. 309, se dice: "cumplades todo lo quel de Nuestra parte vos mandare, como si Nos en persona lo mandaseros..."

37. "... vices et locum nostrum plenarie ac prout et quemadmodum si personaliter adessemus facere nos liceret conferimus..."

38. Vid. Jesús LALINDE, op. cit en nota 22, pág. 152.

39. Respuesta del Almirante a la petición fiscal, en "Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de Ultramar", segunda serie publicada por la Academia de la Historia, Madrid, 1885-89 (en adelante citado como CIDU),

que a su padre le dieron el título de virrey, que significa la voz o la fuerza del Rey, para hacer y entender en lo que éste haría y entendería por su propia persona⁴⁰. En definitiva, todo esto no hace sino confirmar lo que aparece bien claramente en el privilegio concedido al descubridor en Barcelona, a 28 de mayo de 1493⁴¹.

En cuanto a que el título de virrey refuerza los poderes del gobernador, siendo sustancia distinta, queda aclarado también a través de la citada respuesta de Diego Colón a la petición fiscal en 1524. Refiriéndose a la facultad dada por el Consejo Real a los oidores de la Audiencia para conocer de las apelaciones interpuestas contra sentencias del Almirante o de sus oficiales, dice que esto se entendería en cuanto aquél usara del oficio de gobernador, pero no en cuanto virrey⁴².

Diego Colón entiende que del virrey no se puede apelar, sino suplicar⁴³, y aunque esto resulte demasiado doctrinal para haberlo conocido su padre⁴⁴, es indudable que en las Instrucciones que en

tomo 8.º, doc. 168: "... y se ve por experiencia que en los reynos do no puede estar la persona real se provee de virreyes que suplen sus veces...". (Para todas las citas relativas a los procesos de los Colón, cfr. "Pleitos colombinos", excelente edición preparada por Antonio Muro Orejón, con la colaboración de Florentino Pérez-Embid, José Antonio Calderón-Quijano, Francisco Morales Padrón y Tomás Marín Martínez, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, la cual no es utilizada aquí por motivos ajenos a mi voluntad.

40. "... le intitularon de virrei, que quiere dezir voz o fuerza de Rey, es a saber, que haga y entienda en lo que por su mesma real persona entenderia y haria..."

41. Codoin AGI, tomo 38, págs. 167-179: "... lo cual todo podades e pueda facer e ejecutar, e llevar a debida ejecucion con efeto, bien asi como lo deberian e podrian facer si por Nos mesmos fuesen los dichos oficios puestos".

42. "... y quanto a lo que ex adverso se puede dezir que no sin causa por los del consejo de Vuestra magestad fue sentenciado que ovie los dichos Jueces... pudo ser dada a efectos de las apelaciones que se ynterpusiesen del almirante o de sus oficiales en quanto governador y no en quanto virrey..."

43. "... ni puede aver quien revoque por apelación lo que él ansy despachare, salvo el mismo por vía de suplicación, como lo hazen los virreyes y los de su alto consejo de S. M..."

44. Lo forja la doctrina romanista, recordando la posición del Prefecto del Pretorio. Vid. LALINDE, op. cit. en nota, 28, págs. 75 y ss.

1493 se le dieron a éste, se le confería el conocer en apelación⁴⁵, y que su hijo entendió que este conocimiento en apelación se había conferido por la calidad de virrey, y no por la calidad de gobernador⁴⁶. Por ello, el mismo Diego Colón lo más que podía admitir es que si se nombraban jueces de apelación lo fuera para juzgar juntamente con su padre como virrey, cumpliendo el mismo papel que cumplía el Consejo Real con el Monarca⁴⁷. Junto a las apela-

45. Punto noveno de las "instrucciones" de los reyes al Almirante Cristóbal Colón en 29 de mayo de 1493, en Codoin AGI, tomo 30, pág. 153: "... y el dicho Visorrey e gobernador oyga e conozca de las apelaciones o de primera instancia, como entendiere que mas combiene, e segund lo acostumbra[n] facer los otros Visorreyes e Gobernadores de sus Altezas".

46. "... porque si tuviera yntencion de poner jueces para apelaciones no le dieran titulo de virrey sobre el qual nunca ovo juez superior, salvo su mismo Rey; lo segundo porque le dixeron "y vos como nuestro visorrey podades oyr y conocer en grado de apelación"; lo tercero porque dixeron "y los oficiales que vos pusieredes usen sus oficios como si por nos fueren puestos"; y por tanto no implica conocer el almirante de las apelaciones de sus oficiales, no en quanto gobernador salvo como virrey, según que sus altezas conoscen de sus mismos oficiales, lo cual demostraron claro ser ansi su voluntad diziendo "los oficiales que pusieredes como los que nos ponemos" y esto no se puede dezir mandado ni ordenado sin mucha prudencia porque seyendo ellos tan sapientissimos principes, pues ya constituyan grado o audiencia para la primera o segunda instancia que son los oficiales que el almirante avia de criar en quanto governador, luego quisieron proveer que él conosciere en grado de apelación en lugar de su misma persona, pues veyan que era difficil venir ante ellos de tan luengas tierras la qual provision hizieron en el almirante haziendole su virrey y como gratissimos y justos principes colocandole en aquellas tierras de que por su causa adquirian señorío en el mas pereheminente grado que ellos oviesen, pues que mas verdaderamente podría el almirante por su parte dezir que es y fuera contra razon criar en las tales tierras que el ganaua, otro superior y quesobreel que tiene titulo de virrey con mandamiento y despacho por el titulo y con el sello del Rey". Loc. cit, en nota 39.

47. En un resumen sin fecha contenido en CDU, tomo 8.º, doc. 107, se dice que el Almirante recibe agravio en los jueces de apelación enviados por el Rey a la Española. Colón, como virrey y gobernador, según el resumen, puede conocer en primera instancia o en apelación, poseyendo jurisdicción civil y criminal, alta y baja, mero y mixto imperio, yendo por tanto en su perjuicio, "mayormente siendo como es visorrey de V. Alteza con las preeminencias e previllegios que los visoreys de Castilla e de Leon tyenen, y pues dello no avia ny ay apelacion, no la a de aver del dicho almirante...".

ciones, para Diego Colón el conocimiento de los casos de corte era también característica igualmente de la potestad virreinal⁴⁸.

En definitiva, lo que caracteriza el título de "virrey" que se concede a Cristóbal Colón es el poder actuar como un "lugarteniente" del Rey, es decir, como si el Rey estuviera presente, con plena jurisdicción, alta y baja, civil y criminal, conociendo no sólo en primera instancia, sino en grado de apelación. Con ello Colón completaban en tierra lo que tenía en el mar, con el título de Almirante, que como hombre de mar y que ha de proceder a una expedición marítima, es la magistratura que más le impresiona. Como ha destacado García-Gallo, el oficio de Almirante no era ya en la época de Colón un oficio temporal de guerra en el mar, como lo había sido en las Partidas, sino un oficio de gran dignidad, vinculado a los Enríquez, y que extendía su jurisdicción no sólo al mar, sino a los puertos y bocas de los ríos⁴⁹, pero a esto hay que añadir que el Almirante era un virrey de la mar, o, mejor dicho, que tenía la condición de lugarteniente del Rey, como lo demuestra el que en sus títulos de nombramiento aparece la cláusula de que se le ha de obedecer como a la misma persona del Rey⁵⁰. Cristóbal

Según el mismo documento, "... al dicho almirante e sucesores pertenece la governacion e administracion de la justicia en nombre de V. Alteza en aquellas partes con titulo de visorrey para siempre jamás..." "e que pueda usar e exercer e administrar la jurisdiccion cevil e criminal como e de la manera que los otros visorreys e gobernadores lo pueden e deben usar, por ser contra los privilegios del dicho Almirante e preeminencias de los visorreys a él concedidas..." "... e quando V. Altezas fueren servidos de agraviar al dicho almirante e poner juezes a de ser como los del Consejo de V. Alteza, para questen y se junten con el dicho almirante como visorrey, segun questan y se juntan con los otros visorreys de vuestra Alteza. e quel dicho almirante juntamente con ellos, y ellos con él, puedan conocer e determinar de las dichas apelaciones é no de otra cosa ni cabsa alguna..."

48. "... y por consiguiente, no han de conocer de caso de corte, pues pertenecen a la dignidad de visorrey...". Loc. cit. en nota 39.

49. Vid. GARCÍA-GALLO, op. cit., págs. 40 y ss. 'En lo económico, además, tenían las ventajas de cargar una parte de los barcos, que en los Enríquez fue la tercera, y en Colón la octava, y una parte de las ganancias, que en los Enríquez era el tercio, y a Colón se le dio el diezmo. Juan Manzano ha destacado lo que para Colón significaba los Enríquez.

50. Privilegio del Almirante don Alonso Enríquez, en Codoin AGI, tomo

Colón viene así a ser un lugarteniente del Rey en el mar como "Almirante" y un lugarteniente del Rey en la tierra como "virrey".

El segundo problema, como se recordará, es el del modelo o modelos de los oficios terrestres conferidos a Colón, ya que sobre el marítimo, o Almirante, no parece existir duda de que se trata del castellano. En relación a este problema, el investigador debe plantearse las siguientes cuestiones: *a)* que podían conceder los Reyes; *b)* que podía pedir Colón. Ahora bien, como existe un factor perturbador, que es el de que en 1492 no se mencionara el modelo y en 1493 se citara a Castilla y León, el investigador debe añadir dos cuestiones: *c)* si hubo error de Cancillería, y *d)* si se pensaba lo mismo en 1492 que en 1493, es decir, si las circunstancias eran las mismas o habían cambiado.

Respecto a la primera cuestión, teóricamente, en 1492 los Reyes Católicos eran libres de conceder a Colón el régimen administrativo que estimaran conveniente, en cuanto según la doctrina de la época, los territorios que aquél iba a regir tendrían para ellos la condición de "ganados", "adquiridos" o "de conquista", perteneciéndoles a título personal, a diferencia de los "hereditarios", que les correspondían en cuanto titulares de un reino, principado, etc.⁵¹. Prácticamente, siempre les resultaría más cómodo la concesión de un régimen castellano-leonés, donde no existía una estructura rígida, que un régimen mediterráneo-aragonés, dada la complejidad de éste como consecuencia de la existencia de varios reinos con régimen peculiar dentro de una organización general. En el caso de éste tendrían que principiar por plantearse la cuestión de a cuál de los territorios integrantes de la Corona habrían de adscribirse los adquiridos, y aun cuando podría soslayarse instaurando un régimen similar al de los territorios italianos, menos rígido que el de los hispánicos, debe tenerse presente que no podía soñarse en encontrar la base que proporcionaban aquéllos.

30, págs. 54-59: "... lo obedezcades e fagades su mandado, ansi como a mi Almirante mayor de la Mar, e como fariades por mi encargo mesmo e por mi Persona Real": GARCÍA-GALLO, en op. cit., pág. 41, destacó el contenido de esta cláusula, aunque sin extraer las últimas consecuencias.

51. Cfr. JUAN MANZANO MANZANO, *La adquisición de las Indias por los RR.CC. y su incorporación a los reinos castellanos*, AHDE, XXI-XXII

De todas formas, dada la libertad en que se encontraban, no había ningún obstáculo para que no se fijaran exclusivamente en una de las coronas o en uno de los territorios, sino que podían conceder magistraturas u oficios elegidos entre Castilla y León, Aragón, Cataluña, etc., sin perjuicio de que a la hora de determinar el régimen complementario, es decir, aquel que no cabía prever en las capitulaciones, se inclinaran por el modelo más cómodo, como era el castellano-leonés.

Respecto a la segunda cuestión, o sea, a lo que pudo pedir Colón, la incertidumbre sobre el origen de éste priva de un argumento de no pequeña importancia, como sería el de que se hubiera fijado en la institución que le era más familiar. De todas formas, dada su condición de navegante debió de conocer, preferentemente, los modelos que ofrecían los territorios periféricos de la Corona de Aragón, es decir, los baleáricos e italianos, suponiendo que conocería menos los catalanes y valencianos, aunque marítimos, más vertidos al interior, y desconocería el aragonés.

Independientemente de su origen, lo que es indudable es que Colón recurre a Castilla y León para su empresa, y que, por tanto, ha de estar atento a las magistraturas de este reino, con preferencia a las de los demás. En igualdad de circunstancias, hay que suponer que Colón se refiere a Castilla, por ser el reino con el que trata, debiendo tenerse en cuenta, además, que no es un administrativista, dedicado al estudio del derecho comparado, y que, por tanto, actúa por impresiones exteriores más que por un conocimiento interno de las instituciones ⁵².

Consecuentemente a lo indicado, Cristóbal Colón solicita en primer lugar un título castellano, que es el de Almirante, que para él es el más importante, hay que volver a insistir, en cuanto le permite actuar como lugarteniente del Rey en el mar, en los puertos y en las bocas de los ríos, que van a ser su principal teatro de acción.

Suplementariamente, Cristóbal Colón solicita otros títulos que le permitan actuar como lugarteniente del Rey en tierra, y recurre a

(1951-52) (págs. 1-170), págs. 72 y ss., y Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho*, Madrid, 1959, I, pág. 647.

52. Esto lo confirma el en que en un Memorial de agravios de 1500 alegue

los de virrey y gobernador. Cuando pide el título de gobernador no es fácil que piense en la Corona de Aragón, pues él no es primogénito del Rey o infante en quien vaya a recaer la sucesión del Reino para pretender la Gobernación general, ni en ningún momento habla de que vaya a ser un Regente de la Gobernación, un "portant veces" o un "portant veus" en nombre del Gobernador general. En consecuencia, él debe pensar en los gobernadores que envían los Monarcas a regir un distrito, con independencia del complejo que representa la Gobernación general, es decir, en los gobernadores castellanos.

Sin embargo, estos gobernadores no son lugartenientes del Rey, salvo, en todo caso, los que con poderes extraordinarios se han enviado a Galicia. No se contenta entonces con este título, sino que trata de reforzarlo con una condición como la de "virrey", que le convierte en verdadero lugarteniente real. Este título no puede extraerlo de Castilla, pues no existe, al menos en forma oficial, aunque de hecho ya se haya introducido, como ha indicado García-Gallo⁵³, ni tampoco de los territorios ibéricos de la Corona de Aragón, es decir, Aragón en sentido estricto, Cataluña y Valencia, donde el término no ha conseguido su asimilación al lugarteniente general particular de estos reinos y es magistratura muy ocasional y mal vista.

Si Cristóbal Colón no ha podido pensar en Castilla ni en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón, lo más probable es que haya pensado en los territorios periféricos, es decir, en los baleáricos e italianos.

Como se dijo anteriormente, a falta de otros documentos, hay que recurrir al proceso que los Colones sostienen contra la Corona, pues se celebra en fecha bastante inmediata a la de las Capitulaciones. En 1511, sólo diecinueve años después de aquéllas, el Almi-

no conocer el privilegio del Almirante para justificar el no haber exigido el tercio de las ganancias. Cfr. GARCÍA-GALLO, *op. cit.* en nota 20, págs. 50-51.

53. En *op. cit.*, el catedrático de Madrid dice que hoy por hoy puede afirmarse la no existencia de virreyes en Castilla y León en la época medieval, enviándose corregidores en 1480, que son los únicos representantes directos del Monarca, aunque estima que de hecho se aplicaron los títulos, citando el texto al que se ha hecho referencia en nota 23.

rante Hernando Colón, refiriéndose a los salarios debidos por los Reyes, menciona a los gobernadores que residen en Galicia, Nápoles y Sicilia⁵⁴, o sólo a los de Galicia y Nápoles⁵⁵, Trece años más tarde, o sea en 1524, Diego Colón se refiere a Nápoles y Sicilia⁵⁶. Por otro lado, en 1511, y ante la queja de Colón como virrey por haberle escrito el Rey conjuntamente a él con otros oficiales, aquél estima justificada su conducta por acostumbrar a hacerlo así a los virreyes de Nápoles, Sicilia, Cerdeña y Mallorca⁵⁷.

De todos estos sitios citados, Galicia debe ser excluida, como se ha dicho, por no haber disfrutado oficialmente del título de virrey, y también Nápoles, por no encontrarse bajo el dominio de los Reyes Católicos en la época de las capitulaciones colombinas. Sólo quedan, en consecuencia, Sicilia, Cerdeña y Mallorca.

Cualquiera de estos sitios, o los tres juntos, han podido influir en Cristóbal Colón para solicitar el título de virrey, pues en los tres éste había adquirido desarrollo e importancia. Si se tiene en cuenta, sin embargo, que, en realidad, la familia Colón sólo cita de éstos a Sicilia, pues los otros dos corresponden a una justificación procedente del Monarca, podría concluirse que fue el virreinato siciliano el que inspiró las demandas colombinas, lo que no tendría nada de particular si se tiene en cuenta que, posiblemente,

54. "... en cuya tasacion Vuestra Alteza a de aver consideracion a lo que se da a los gobernadores que rresiden en Gallizia e Napoles e Cecilia..." CDU, tomo 7.º, doc. 11. Vid. el texto también en Codoin AGI, tomo 36 página 338.

55. "... e que pues a los dichos Virrey e Gobernador se suele mandar pagar e librar guarda para favor e ayuda de la buena adminystracion de la xustycia, como se ve en Galytzia e en Napoles...", Codoin AGI, tomo 36, página 313. Vid. también CDU, tomo VII, pág. 3.

56. "... quanto mas que a los vencidos se les da mayores libertades y mercedes y les son guardadas como se vee en napoles y sicilia..." CDU, tomo 8.º, doc. 168.

57. "... si aquello se hiciese por alguna otra cabsa, sino porque acostumbro a escrebir asi a los Visoreyes de Napoles, de Secilia, e de Cerdeña, e Mallorca, teniades razon de os agraviar; pero yo les escribo de aquella manera, y demás desto, aunque se hable con vos e con ellos (los oficiales) juntamente en la misma carta, está claro que a vos se escribe lo que toca a la gobernacion, para que lo proveais con parecer dellos, e a ellos se escribe para que lo soleciten e os lo acuerde a vos". Carta del Rey a Colón en 6 de junio de 1511. CDU, tomo 1.º, doc. 4.º.

su prestigio institucional ha sido superior al de los restantes virreinos mediterráneos⁵⁸. Ahora bien, esto no debe conducir a suponer que Colón estudiara la figura del virrey siciliano para presentar sus demandas, debiéndose insistir que, como en el caso del Almirantazgo, él debió obedecer al prestigio y al aspecto externo de las magistraturas, con un concepto de ellos, si no vulgar, al menos, no muy profundo. De ser así, es muy probablemente que como equivalente del Almirante en tierra, Cristóbal Colón haya querido ser un gobernador castellano, especialmente con los poderes de los designados para Galicia, pero reforzando la situación de aquél con la condición de virrey o lugarteniente del Rey, que pudo conocer en Mallorca, Cerdeña y, sobre todo, en Sicilia.

Finalmente, por lo que se refiere a este punto, hay que tener en cuenta también que el hecho de que psicológicamente Cristóbal Colón haya podido ser excitado por el virrey siciliano, no significa que él lo haya impuesto como modelo. El no ha podido ser un virrey como el de Sicilia, sino que ha solicitado ser virrey porque era dignidad conocida por los Monarcas en sus reinos, y porque eran patrimonio general de la ciencia política del tiempo, y del reflejo de ésta en las capas populares, donde se encontraba el descubridor.

Dentro del mismo problema, es decir, el de los modelos de los títulos colombinos, la tercera cuestión que debe plantearse el investigador es la de si hubo error de cancillería cuando se le extiende en Barcelona a Cristóbal Colón el privilegio rodado de 28 de mayo de 1493, en el que se confirman los títulos, pero señalando esta vez en forma expresa a Castilla y León como los reinos donde se encontraban esos virreyes y gobernadores cuya dignidad se le atribuía. El plantearse este problema es debido a que fue la solución que creyó encontrar el malogrado VICENS VIVES para eludir el fuerte obstáculo que se le oponía para un precedente mediterráneo del virreinato⁵⁹.

En primer lugar, la alegación en Historia del error de cancillería, escribanía, copista, etc., no es válida a no ser que se demuestre que existió el error. Hablando jurídicamente, el error en Historia

58. Vid. Jesús LALINDE, op. cit. en nota 22, págs. 154 y ss.

59. Jaime VICENS VIVES, *Precedentes mediterráneos del virreinato colombino*, Anuario de Estudios Americanos, V, Sevilla, 1948, págs. 571-614.

no se presume, sino que exige prueba sin que, incluso, sea suficiente la indiciaria. Nada hay que justifique que existiera un error, y sólo un error a la inversa hubiera sido posible. En efecto, encontrándose la Cancillería castellana en Barcelona, hubiera sido posible que dejándose llevar de la inercia hubiera dicho que se concedía el título "conforme a los de estos reinos" o cláusula similar, con lo que, pensando en Castilla, hubieran dado lugar a que se interpretara los de la Corona de Aragón. No sucedió así, y no es de presumir que la Cancillería castellana se equivocara cuando puntualizaba en un terreno extranjero, que la titulación que concedía era la de Castilla y León ⁶⁰.

No es completamente imposible que un error de la Cancillería le pasara por alto a los Reyes que firmaban el documento, pues lo normal en toda magistratura elevada es confiar en que lo que se le presenta a la firma está bien hecho, pero casi lo es que le sucediera lo mismo al beneficiario, que, lógicamente, lee y relee las concesiones que se le hacen. No sólo Cristóbal Colón no solicita una rectificación, sino que tampoco sus descendientes lo hacen en ningún momento, insistiendo, por el contrario, en referir el cargo a Castilla y León. El sucesor de Cristóbal Colón, cuando tiene que defender su facultad de conocer en primera instancia y en apelación, estando dotado de jurisdicción civil y criminal, alta y baja, con mero y mixto imperio, se basa en las preeminencias y privilegios de los virreyes de Castilla y León ⁶¹, y cuando pretende escapar a la exigencia de responsabilidad por el procedimiento de la residencia, se basa en lo mismo ⁶².

60. Al revés, sí podía haber sucedido, es decir, a cargo de escribanos catalanes en Castilla, supuesto posible, pues una disposición de Fernando el Católico, dada en Córdoba en 14 de abril de 1485, supone haberse llevado su corte a Castilla, y queriendo guarnecerla de escribanos manda que cinco de los diez escribanos de mandamiento que habitaban en Barcelona fueran allí y se turnaran de medio en medio año. Vid. una representación de la Diputación de Cataluña al Rey, sin fecha e impresa, en ACA., Sección Consejo de Aragón (en adelante citado como C. de A.), legajo 1.

61. Vid. loc. cit. en nota 47.

62. "... porque por ellos (los privilegios) V. Alteza le hace merced de su visorrey e governador de las yslas e tierra firme del mar oceano descubiertas e por descubrir con las libertades preeminencias é dignidades que los visorreyes de Castilla e de Leon tiene e gozan..."; "... e siendo esto asi no les

Naturalmente, si la teoría del error de Cancillería se desvanece totalmente, parece absurda la conclusión señalada anteriormente de que Cristóbal Colón pudiera haber solicitado en las Capitulaciones de Santa Fe un título mediterráneo, aunque sólo hubiera sido, como se ha insistido, a título inspirador. Esta contradicción puede salvarla, quizá, la solución que se dé a la cuestión *d)* planteada en el segundo problema, es decir, la de si en 1493 no habían variado las circunstancias respecto el año anterior.

Entre la documentación colombina de 1492 y la de 1493 se ha verificado el descubrimiento de unas tierras nuevas y se ha conseguido la atribución pontificia de las mismas. Como se sabe, el primer hecho se ha verificado en octubre de 1492, unos cinco meses después de las Capitulaciones de Santa Fé y de la extensión del primer título a favor de Colón, y el segundo ha tenido lugar en 3 de mayo de 1493, en que Alejandro VI promulga la primera bula de donación "Inter caetera", rectificada al día siguiente por lo que se refiere a la línea de demarcación entre castellanos y portugueses. Dentro del mismo mes, el día 28, es cuando se concede el privilegio rodado de Barcelona, en que el título de virrey y gobernador se refiere expresamente a Castilla y León.

Como se comprenderá, no se trata de hechos de pequeña, ni aun de mediana importancia, sino de gran transcendencia. Cuando no había nada más que el ofrecimiento de un hombre audaz para realizar una audaz empresa, la concesión de los títulos y, en general, del régimen administrativo podía hacerse con cierta vaguedad, pero cuando existían unas tierras descubiertas y una atribución pontificia de dominio, se precisaba puntualizar más.

La atribución pontificia parece realizarse a título personal a favor de los Reyes Católicos, pero para su posterior adscripción a

podrían tomar residencia, pues no se a tomado ny se toma a los visso-reys que an sido en estos reynos..."; "... e porque no se ha tomado ny de justicia se deue tomar a ningun visorrey, mayormente al dicho almirante que lo es perpetuo...". Termina suplicando que en adelante no se tome tal residencia, "pues no se a tomado a los visorreys destos reynos...". Loc. cit. en nota 47. En el Memorial de 1510, CDU, tomo 7.º, pág. 22. "pide salario de Visorey, como se da a los de Castilla, que asi se concede en sus privilegios".

Castilla y León, en cuanto la bula es dirigida a aquéllos y a sus sucesores en los citados reinos⁶³.

En estas condiciones, los monarcas tienen que estar interesados en evitar las complicaciones que pudieran surgir de conceder un régimen administrativo diverso del de la Corona a la que los nuevos territorios terminarían por adscribirse, y, sobre todo, de huir del de la Corona de Aragón, pues no debe olvidarse que uno de los varios factores que pudo aconsejar a Fernando permitir que los descubrimientos oceánicos fueran adscritos en su totalidad a la Corona que no era la suya, hubo de ser las notables limitaciones del poder real en los reinos orientales de la Península⁶⁴.

Al extenderse, pues, el privilegio colombino posterior al descubrimiento, los Reyes Católicos, que anteriormente le habían concedido unas dignidades que se encontraban dentro de las dos Coronas que administraban, especifican que esas dignidades lo son de una sola de ellas, a la que piensan adscribir los territorios descubiertos en virtud del título que por su gestión les ha concedido el Papa. El Almirantazgo, por interés del propio Colón, ya se había determinado que era el castellano, pero ahora se predica lo mismo de los títulos de virrey y gobernador⁶⁵.

Ahora bien, ¿a qué virreyes de Castilla pueden referirse los Monarcas? Ellos no desconocen que con tal título no existe ninguna ma-

63. Vid MANZANO, op. cit., pág. 80 y págs. 120 y ss.; José MARTÍNEZ CARDÓS, *Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII*, Revista de Indias, año XVI, Madrid, 1956 (págs. 207-265), pág. 212, y Florentino PÉREZ-EMBIÓ, *El problema de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Revista de Indias, año VIII, núms. 33-34 (págs. 795-836), págs. 806 y ss. Todavía según la documentación tardía recogida por Eusebio VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los Autos acordados de la R. Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y Providencias de su Superior Gobierno*. México, 1787, tomo I, último foliaje, pág. 364, la jura del Rey es de tres veces por Castilla, y Nueva España por el Rey de Castilla y León.

64. VICENS VIVES, entre otros, destacó la concepción pactista de Cataluña. Vid. Jesús LALINDE, op. cit. en nota 28, págs. 53 y ss.

65. GARCÍA-GALLO, op. cit. en nota 20, págs. 54-55, destacó el contraste entre la precisión sobre el título de Almirante y la ambigüedad sobre el de virrey y gobernador dentro de las capitulaciones. Esta ambigüedad disminuye después del descubrimiento.

gistratura en Castilla, pero recurren a la ficción de considerar como tales a los gobernadores dotados de poderes extraordinarios, pues en último término, los virreyes medievales no habían sido sino eso, es decir, unos enviados o "comisarios" con plenos poderes, que en la forma ortodoxa se reflejaba en la condición de la "lugartenencia", o sea, en la posibilidad de actuar como si el mismo Rey estuviera presente. En realidad, esta característica de un reforzamiento de poderes no lo perderá nunca el virrey en la concepción castellana⁶⁶, como se demostrará en otros capítulos al hablar del "gobierno superior" en los virreyes indianos.

A fines del siglo xv, como se recordará, los gobernadores enviados con plenos poderes lo han sido los que hubieron de pacificar Galicia, a los que, incluso como ya se ha dicho, el propio lenguaje oficioso les dio la denominación de virreyes, como ha indicado GARCÍA-GALLO. Los Monarcas pueden hablar de virreyes en Castilla y León porque, aunque no los haya propiamente con tal título, existen esos gobernadores especiales, que se acercan mucho en el concepto. Puede estarse seguro de que se ha pensado en ellos, porque en lugares ya citados del proceso de los Colones, y a sólo dieciocho años del Privilegio, Galicia es exhibida como ejemplo de institución virreinal⁶⁷.

Que se trataba, sin embargo, de una ficción lo demuestra el que Galicia no satisface plenamente como ejemplo. En las instrucciones a Colón se hace referencia a los virreyes de los lugares donde los tenían sus Altezas⁶⁸, o sea, los Reyes, fórmula más flexible y que permite acercarse a la realidad institucional. No se quiere abarcar

66. Vid. Jesús LALINDE, *op. cit.* págs. 202 y ss.

67. Vid. notas 54, 55 y 56. Los textos se recogen en la *Copulata*. Así, en lib. II, tit. II, ap. 45, se dice: "Que aunque las cosas del gobierno se les escriben a él y a los oficiales en una carta, esto se hace por que se escribe así a los Virreyes de Nápoles y Sicilia, y está claro que él se dirige lo que toca al gobierno...". La suposición de Muro Orejón de que durante la campaña granadina los RR.CC. dejan la gobernación del país en manos de los virreyes, de los que uno es el mismo Alfonso Enriquez (cfr. RADAELLI, *op. cit.*, páginas 25-26) no es desdeñable, sobre todo, como ficción jurídica, y algo más, pues como destaca RADAELLI, *op. cit.*, pág. 35, se les autoriza a proveer como proveería el propio Rey, pero tropieza con que no son citados en los pleitos colombinos.

68. Vid. nota 34.

en ella los territorios que integran el núcleo de la Corona de Aragón, como Aragón, Cataluña y Valencia, sino aquéllos otros periféricos que escaparon un poco a la organización general. Debió suceder así con respecto a Sicilia, a cuyo "visorey", Fernando de Acuña, se dirigía con frecuencia Isabel la Católica en el mismo de 1492 en que concertaba con Cristóbal Colón las capitulaciones de Santa Fe⁶⁹. Si Isabel, por sí sola, y no juntamente con su marido, trataba con el virrey siciliano, y si, además, éste era un castellano, y precisamente el mismo castellano que había sido gobernador con plenos poderes en Galicia, hasta el punto de considerársele prácticamente un virrey, no tiene nada de particular que al indicado virrey siciliano se le considerara casi como un virrey castellano.

Posteriormente, el círculo se amplía con la conquista de Nápoles a principios del siglo XVI, en cuanto el virrey de aquel lugar, tanto puede estimarse de Isabel como de Fernando, y se cierra con las mismas Indias, que pasan a ser ejemplo ellas mismas⁷⁰. Como ya se dijo, en el proceso de los Colones los modelos son Galicia-Nápoles-Indias, Galicia-Nápoles-Sicilia, Galicia-Nápoles y Nápoles-Sicilia.

De todos estos modelos, Galicia no debió haber inspirado las Capitulaciones de Santa Fé, cuando menos de parte colombina, pero en virtud de una ficción jurídica se convirtió un año más tarde en el fundamento legal de la concesión virreinal por los Reyes, en tanto Sicilia, que pudo haber inspirado a Colón, sólo pudo ser alegada ante la insuficiencia del modelo gallego y por cierta ausencia de subordinación total a la Corona de Aragón⁷¹. Desde luego, en ningún momento aparecen citados los territorios peninsulares.

69. Vid. ANTONIO DE LA TORRE, *Documentos sobre relaciones internacionales de los Reyes Católicos*, (1492-94), vol. IV, Barcelona, 1962, docs. 103 y 105 del año 1492, pág. 74.

70. Vid. el texto transcrito en nota 55, que concluye: "... e se hazia en las Indias".

71. Vid. ANTONIO MARONGIÚ, *Storia del Diritto Pubblico. Principi e Istituti di governo in Italia della metà del IX alla metà del XIX secolo*, Milán, 1956, páginas 370 y ss., quien sin referirse entonces a los virreyes, destaca que Palermo no era lo mismo que Nápoles, pues este reino pertenecía por investidura pontificia y por conquista, en tanto Sicilia lo era por su voluntad. Vid.

de la Corona de Aragón, ni tampoco los baleáricos, ni, incluso, Cerdeña, pues la mención citada del Rey en 1511 ⁷² no significa que los considere antecedentes del virreinato colombino, sino simplemente similares.

El que los territorios baleáricos ni Cerdeña hayan podido ser alegados como modelos, tiene que deberse a su total integración en la Corona de Aragón y su estructuración general ⁷³. Por lo que se refiere a la exclusión de Cerdeña parece confirmarlo el que cuando Diego Colón tiene que defender el que su padre no deba estar sometido a la exigencia de responsabilidad, se base en la perpetuidad del cargo de gobernador en aquél ⁷⁴ o en las características de los virreyes de Castilla y León, a los que no se les puede tomar residencia ⁷⁵, demostrándose una vez más lo que se entendía por virrey en la época sin que se recurra al precedente sardo ⁷⁶. Atribuirlo a que Diego Colón no estimara necesario recurrir a ello va contra presunción de acumulación de toda clase de medios de ataque y defensa en el litigante. El desconocimiento del precedente es posible, pero no probable en los juristas que asesoran a Colón y en la época que lo hacen. Hay que suponer, pues, que ello ha obedecido a la indicada estrecha vinculación de Cerdeña a la Corona de Aragón, que no la hacía apta para su alegación en un pleito

también GENUARDI, cit. por RADAELLI, op. cit., pág. 18, que dice que Sicilia se mantuvo como un reino por completo aparte de los demás de la Corona de Aragón y Castilla, y su autonomía nacional y política no fue tocada jamás.

72. Vid. nota 57.

73. Vid. Jesús LALINDE, op. cit. en nota 25, págs. 471 y ss. No obstante, en alguna ocasión, como con Alfonso el Magnánimo, hubo intentos de gobernar la isla sin la ingerencia de las cortes catalanas y aragonesas. Vid. MARONGIÚ, op. cit., pág. 393.

74. Vid. CDU, tomo 7.º, doc. 13.

75. Vid. la nota 60. En el doc. cit. en nota 47 se reseña que en la cuestión de los repartimientos y demandas interpuestas contra Colón, él dice que va "contra lo que se ha hecho con los otros visorreyes a los quales no se ha puesto ny consentido poner demanda sobre cosa que ayan hecho tocante a los oficios...", y refiriéndose a los gobernadores que había habido, decía: "siendo como eran gobernadores e no visorreys ni gobernadores perpetuos...", suplicando "que pues no se hizo con los otros gobernadores ny con los visorreys destos reynos...".

76. Recuérdese lo indicado en la nota 27.

donde se ventilaban cuestiones de virreyes de los Reinos de Castilla y León, o, todo lo más, de los territorios en que los tenían conjuntamente ambos Monarcas.

Tampoco debe olvidarse que la especificación del carácter castellano-leonés en la condición virreinal colombina tenía importancia, no sólo por los títulos de Colón en sí, sino por el régimen administrativo total. La estructura de los nuevos territorios no quedaba delineada con la creación de un virrey y gobernador, sino que a ello debía seguir la creación de otras magistraturas y organismos. En las Capitulaciones este problema no preocupó, pues plantearse podría haber desembocado en una situación similar a la que Lope de Rueda había expuesto en el "paso de las aceitunas", pero tras el descubrimiento era ineludible. La determinación de que el virrey y gobernador lo era a la manera de los de Castilla y León suponía el traslado a Indias del régimen administrativo general castellano, sin perjuicio de las adaptaciones que se pudieran introducir.

Finalmente, y por lo que se refiere al tercer problema planteado, es decir, el de por qué desaparece el calificativo de "general" que en principio acompaña al cargo de "gobernador", es de suponer que la solución se encuentra en la misma línea, es decir, en el cambio de situación como consecuencia del descubrimiento, primero, y de la atribución pontificia, después. Ya se dijo anteriormente que es muy probable que Colón no hubiera pensado nunca en ser un gobernador del tipo de los de la Corona de Aragón, dada la vinculación de la Gobernación general de ésta al Primogénito, pero no es improbable que aún buscando ser un gobernador castellano tuviera presente la conveniencia de reservarse la superioridad sobre otros gobernadores que en el futuro pudieran constituirse, seguramente por él mismo. Las mismas razones que impulsaron a los Reyes Católicos a limitar el modelo virreinal a Castilla y León, es muy probable que les indujeran a suprimir un calificativo como el de "general", referido a Gobernador que no se encontraba en Castilla y León, y, que, por el contrario, se encontraba y tenía una alta significación en la Corona de Aragón⁷⁷.

77. Vid. LALINDE, *op. cit.*

De todo lo expuesto pueden establecerse las siguientes conclusiones sobre los títulos terrestres colombinos:

a) En las Capitulaciones de Santa Fé se estipula a favor de Cristóbal Colón el oficio de gobernador con el rango de lugarteniente del Rey, a través de la condición de virrey.

b) Como lugarteniente del Rey, Cristóbal Colón actúa como lo haría el mismo Monarca por su propia persona.

c) La condición de virrey atribuye a Colón el conocer de las causas en apelación, conocer asimismo de los casos de corte y escapar a los procedimientos ordinarios de exigencia de responsabilidad, como era el juicio de residencia.

d) La condición de virrey permite a Cristóbal Colón el tener en tierra la misma dignidad y el mismo poder que tenía en el mar por su título de Almirante.

e) En las Capitulaciones de Santa Fe no se alude a un régimen administrativo concreto porque se trata sobre territorios hipotéticos, aunque Colón debe haberse inspirado en los gobernadores castellanos, puesto que negocia con Castilla tratando de reforzar sus poderes con los modelos que ofrecían los territorios periféricos de la Corona de Aragón, en especial Sicilia.

f) La conversión de los territorios hipotéticos en territorios reales con los descubrimientos verificados por Cristóbal Colón, y la atribución pontificia del dominio de estos territorios a la Corona de Castilla y León, impulsa a los Reyes a especificar como régimen administrativo el de aquella Corona, y, en consecuencia, a determinar que los títulos colombinos corresponden a magistraturas castellanas.

g) La determinación de que los títulos colombinos corresponden a magistraturas castellanas se realiza sin violencia por lo que se refiere a los de almirante y gobernador, habiéndose de recurrir a la ficción jurídica de considerar virreyes a los gobernadores enviados con plenos poderes a Galicia por lo que se refiere a aquella dignidad. La conciencia de esta ficción conduce a buscar fórmulas más flexibles para el virrey que para los otros cargos, admitiendo que el título colombiano no corresponde a una magistratura castellana en sentido estricto, sino a la que los Reyes tienen en diversos lugares, fundamentalmente Sicilia, territorio periférico de la Corona.

de Aragón y no integrado tan plenamente en el régimen administrativo de la Corona como los demás, a la que se une Nápoles "a posteriori" cuando es conquistada, y las propias Indias más tarde, cerrando un ciclo en el que de inductora pasa a inductora.

La ejecución de la capitulación colombina.

Toda capitulación, como todo contrato, de cuya naturaleza participa, ha de ser seguida de un proceso de ejecución en el que frecuentemente surgen discrepancias entre los que la estipularon. Estas discrepancias no suelen ser consecuencia de una diferente concepción en el momento de llegarse al acuerdo, sino a una falta de previsión en los efectos y al descontento de los estipulantes, unas veces unilateral y otras mutuo, por la actuación de la otra parte. Cuanto más importante y compleja sea la capitulación, mayores posibilidades existen de discrepancia, y, precisamente, importancia y complejidad no se le pueden regatear a la capitulación colombina.

Circunscribiéndose a lo relativo al título virreinal, en la ejecución de la capitulación colombina hay que distinguir el período de Cristóbal Colón del de sus sucesores, en especial su hijo Diego. Jurídicamente, el primero se extiende hasta el año 1505, es decir, el anterior al del fallecimiento del "Descubridor", y el segundo se abre en 1508 para concluir en 1536 con la extinción del régimen capitulado, o, mejor dicho, de los últimos restos de aquel régimen.

El período de Cristóbal Colón se caracteriza por la ausencia de relieve del título virreinal. Si se observa el privilegio que, como consecuencia de las capitulaciones, conceden los Monarcas a Colón en Granada, a 30 de abril de 1492, podrá verse que aunque se hable de los derechos y salarios de cada uno de los oficios concedidos, esto es, almirante, virrey y gobernador, sólo se concreta respecto del primero, al referirlo al que acostumbraba a llevar el Almirante mayor en el Almirantazgo de sus reinos⁷⁸. Esto hay que atribuirlo a dos causas: *a*) la magnitud del salario, y *b*) su fijeza. Sobre la primera hay que destacar que los Reyes Católicos ceden a Alfonso Enríquez todo el "quinto" de las presas, y que, además, el almirante poseerá los derechos de "despacho", o de cargar al flete

78. "... segund e como los lleva e acostumbra llevar el Nuestro Almirante mayor en el Almirantazgo de los Nuestros Reynos..."

corriente la tercera parte de las naves en Sevilla; el de "almirantazgo", sobre la carga y descarga de las mercancías, y el de "anclaje", por la entrada y fondeo en el río⁷⁹. Sobre la segunda hay que hacer notar que los gobernadores debieron ser remunerados según las circunstancias, y que aun en el supuesto de que los provistos de plenos poderes lo fueran con largueza no tendría continuidad, aparte de que es casi imposible que llegaran a la proporción indicada para el Almirante.

Seguramente, por estas mismas razones parece que Cristóbal Colón sólo pidió la extensión de los privilegios y confirmaciones de Almirante⁸⁰, aunque también pueda suponerse que ello sea debido a la carencia de modelos del título de gobernador con la condición virreinal en la cancillería castellana. Esta suposición tiene su base en que los pleitos colombinos se aportarán los títulos de Almirante concedidos a D. Diego Hurtado de Mendoza en 1399 por Enrique III, y los otorgados a los Enríquez por los sucesivos monarcas, sin que en ningún momento se presente un título virreinal⁸¹.

Dentro siempre de las mismas características, cuando el Descubridor otorga testamento en 1498, prescribe a sus sucesores que en la firma sólo utilicen la denominación de "Almirante", aun cuando en el dictado puedan poner todos los títulos⁸². La aparente indiferencia por el título virreinal es tal que hasta en una carta que dirige al Rey en 1505, prácticamente el último año de su actividad y cuando los títulos terrestres habían empezado a dominar al marítimo, habla de "la gobernación", sin mencionar la otra condición⁸³. Es más, hasta Hernando Colón, cuando pide el salario que estima se les debe y pone el modelo conocido de Galicia, Nápoles y Si-

79. Cfr. GARCÍA-GALLO, op. cit. en nota 20, págs. 48 y ss., y Florentino PÉREZ-EMBID, *El Almirantazgo de Castilla*, Sevilla, 1944, págs. 71 y ss.

80. Vid. Codoin AGI, tomo 36, pág. 137.

81. Vid. Codoin AGI, tomo 37, págs. 328 y ss.

82. Testamento de 22 de febrero de 1498, en Codoin AGI, tomo 30, pág. 487.

83. "... la gobernación y posesión en que yo estaba, en el caudal de mi honra". Enero de 1505. Termina suplicando "que mande poner a mi fijo en mi lugar en la honra y posesión de la gobernacion que yo estaba".

cilia, los denomina "Gobernadores", simplemente⁸⁴, en lo que coinciden los documentos de la época⁸⁵.

Todo esto parece confirmar que la consideración de la existencia de virreyes en Galicia no pasó de una ficción jurídica, por lo que al momento de exigir y tratar sobre un problema concreto como es el del salario hay que llamarlos con su verdadero nombre, y hasta incluso apear a los demás de la condición virreinal, como sucede con los de Nápoles y Sicilia, si se les quiere emparejar con los gallegos aprovechando el carácter que les era común, pues tanto unos como otros eran gobernadores, sin perjuicio de la condición añadida a algunos de ellos.

Lógicamente, si Cristóbal Colón, que es el que al parecer lo había solicitado, no muestra un gran interés por el título virreinal, no van a ser los Monarcas los que corrijan esta anomalía. Por otra parte, éstos elude la concesión del título virreinal, que hubiera agravado al Descubridor y hubiera suscitado las reclamaciones de éste. Cuando en 1499 consideran conveniente corregir la administración colombina, envían al Comendador Francisco de Bobadilla, pero encomendándosele a la manera tradicional castellana, la gobernación y la justicia en las islas descubiertas y en el continente⁸⁶, con nota de temporalidad, sin aludir a la facultad de conocer en apelación, ni a que el enviado pueda actuar como lo haría el Rey o a que sus oficiales actuaran como puestos por él. Bobadilla es un comisario o enviado real sin la condición de lugarteniente, de forma que no puede intitularse virrey, ni despertar en este sentido la suspicacia colombina, por más que fuera a poner la mano, incluso, en su persona.

La misma política se sigue con Fray Nicolás de Ovando, el

84. "... en cuya tasacion V. A. a de aber consideracion a lo que se da a los Gobernadores que preside en Galitzia o Napoles, e Sycilia; e a lo que se dava al Comendador mayor, Gobernador que fue de las dichas Indias". Codoin AGI, tomo 36, pág. 338. Cfr. nota 54.

85. Vid. el texto transcrito en la nota 54, que también concluye: "... e a lo que se dava al Comendador mayor, governador que fue de las dichas Indias..."

86. "... tenga por Nos la Governacion e oficio del Juzgado de esas dichas islas y Tierra Firme...". Privilegio dado en Madrid, en 21 de mayo de 1499. Codoin AGI, tomo 38, págs. 412-415.

Comendador de Lares, a quien, igual que a Bobadilla, se le encomienda en la forma tradicional castellana el gobierno y la justicia en las islas y el continente⁸⁷. Esto no evita que la posición de Ovando sea muy elevada como gobernador general de las Indias, título al que sólo limita esencialmente la exclusión de su mandato de aquellas islas donde gobernaban Alonso de Ojeda y Vicente Yáñez Pinzón, como señaló ya HARING⁸⁸. La Real Cédula de 21 de octubre de 1508 designará al Almirante Diego Colón, hijo del Descubridor, para sustituirle, con la citada gobernación y justicia, jurisdicción civil y criminal; designación de alcaldías y alguacilazgos; conocimiento por sí o por oficiales o lugartenientes; competencia en todas las causas; derechos y salarios conforme al citado Comendador de Lares⁸⁹.

En sus reclamaciones y pleitos, los Colón tomarán siempre a Ovando como modelo. En lugar ya citado, Hernando Colón pide el salario de los Gobernadores de Galicia, Nápoles y Sicilia, y lo que se daba al Comendador⁹⁰. En un memorial de 1510, los Colón piden que se pague "gentes de guarda", como a otros virreyes, y como se pagaba en Indias a Ovando⁹¹, petición que se va a reproducir en 1511⁹², y en 1512⁹³.

En consecuencia, Ovando tiene grandes poderes y hasta dispone, por lo dicho, de una escolta en forma similar a la que tienen los virreyes. Su salario es elevado también cuando los Colón están dispuestos a aceptarlo como remuneración, y aún lo solicitan con insistencia. Sin embargo, a pesar de todo ello, no es un virrey, faltándole este título como le falta la condición de lugarteniente real, en cuanto no actúa como podría actuar el mismo Rey si se encontrara presente. El fundamento de la ausencia de esta condición

87. "... la gobernacion e oficio de xuzgado de las dichas Islas e Tierra Firme". Privilegio dado en 3 de septiembre de 1501. Codoin AGI, tomo 30, págs. 512-516.

88. Clarence Henry HARING: *El origen del Gobierno real en las Indias españolas*, Buenos Aires, 1925, págs. 21-22.

89. Codoin AGI, tomo 32, págs. 55-60.

90. Vid. nota 55.

91. CDU, tomo 7.º, pág. 22.

92. Vid. nota 84 y 85.

93. CDU, tomo 7.º, doc. 30.

tiene que estar en que la experiencia colombina ha asustado a los Reyes en cuanto a su concesión o en que no se atreven a otorgar un título que, con más o menos reservas, corresponde legalmente a Colón y a sus sucesores.

En todo caso, la revalorización del título de virrey parece corresponder a Diego Colón. Como se ha dicho, en 1508, la reina D.^a Juana le da poder confiriéndole la gobernación y justicia, con jurisdicción civil y criminal y disposición de las alcaldías, alguacilazgos y escribanías, pudiendo actuar por sí y por sus oficiales y lugartenientes, y pudiendo remover los oficios correspondientes a la gobernación⁹⁴, pero sin que mencione el título de virrey ni emplee cláusula que denote en Colón la condición de un lugarteniente real. Sin embargo, cuando, por ejemplo, en la misma fecha se concede un poder a Juan de la Peña, criado del Duque de Alba, se habla del almirante, virrey y gobernador de las islas y continentes, y de las tierras descubiertas y por descubrir⁹⁵.

94. "... tenga por mi la governacion e oficio de juzgado... con los oficios de justicia e jurisdiccion cevil e creminal alcaldias alguazilazgos e escribanias dellas"; "... exercer el dicho oficio de governacion e conplir e executar la mi justicia... por si e por sus oficiales e lugartenientes..." "Poner y remover en alcaldias y alguacilazgos y otros oficios anejos a la gobernación". Sevilla, 20 de octubre de 1508. CDU, tomo 5.º, doc. 37. Vid. la R. C. cit. en nota 89. En la Cédula de 9 de agosto de 1508, en que se le manda como gobernador sin reconocimiento de derechos, se rehuye toda denominación, empleándose la expresión: "... a entender en la gobernacion de ellas". CDU, tomo 7.º, pág. 17.

95. "... almyrante del mar oceano, virey e governador de las yslas e tierra firme de las Indias descubiertas e por descubrir..." 9 de diciembre de 1508. CDU, tomo 7.º, pág. 18. Mientras tanto, parece que en Castilla siguió hablándose extraoficialmente de virreyes, si es verdad lo que dice Julio CARO BAROJA. *Los moriscos del Reino de Granada*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, citando la historia de la Casa de Mondéjar, cuyo segundo Conde de Tendilla fue nombrado sucesivamente capitán general, alcaide de la Alhambra y virrey por parte de los RR. CC. José CEPEDA ADÁN. *Andalucía en 1508. Un aspecto de la correspondencia del virrey Tendilla*, Hispania, C.S.I.C., Instituto Jerónimo Zurita, XXII, Madrid, 1962 (págs. 38-80), pág. 40, afirma que el citado Conde fue el primer virrey de Granada, aunque la realidad es que en ninguna de las cartas que de él se publican en el apéndice, en número de veinticinco, se nombra ni se firma como virrey.

La indicada revalorización obedece a circunstancias nuevas que obligan a Diego Colón a desenterrar el título virreinal. Desde 1508 a 1510, él parece haberse conformado con sustituir a Ovando en el gobierno y administración de justicia, pero a partir de entonces hay dos tipos de acontecimientos que le soliviantan, y que son la existencia de gobernaciones no subordinadas y el envío de jueces de apelación a la Española, esto último, en 1511.

Por lo que se refiere a las primeras, en 1510 se siente celoso de las gobernaciones concedidas en San Juan de Veragua y Urabé a Ponce, Nicuesa y Ojeda, y solicita que se le tenga por virrey y gobernador perpetuo de las Indias descubiertas y por descubrir, al mismo tiempo que pide se le pague el salario de los virreyes que se da en Castilla y se abone la escolta que tienen otros virreyes y que se pagaba en las mismas Indias a Ovando⁹⁶, pretensión esta última que se reproducirá en 1511⁹⁷.

El envío de jueces de apelación a la isla de la Española no constituye un acontecimiento aislado en la política real. En Santiago de Compostela, y como consecuencia de la deficiente situación del orden público en la Galicia a fines del siglo xv, desde 1480 a 1504 funcionó una Audiencia⁹⁸ sin perjuicio del envío de unos semivirreyes. En Nápoles, otro de los modelos para Diego Colón, en 1505 al Virrey se le instituye un Consejo Colateral en el que juntamente con él actúan cinco regentes, dos italianos y tres españoles⁹⁹. En la misma Cataluña, pese a su condición de territorio

96. Loc. cit. en nota 91. Sobre la actuación de Ojeda y Nicuesa, vid. la comunicación del Rey a Diego Colón dada en Burgos, a 23 de febrero de 1512, Codoin AGI, tomo 32, pág. 324, donde se dice: "Emos podido saber, ellos se an dado muy mal rrecabdo en lo que llevaron a cargo, e que non conviene aquellos entiendan mas en lo de Tierra Firme; e ques necesario proveer aquello de otra manera que fasta aqui; e para quello se provea mexor, E mandado que los del Conxejo declaren si la Governacion de aquello de la Tierra Firme, pertenece a vos". Aquí se contiene el germen de la lugartenencia de Pedrarias Dávila.

97. Vid. nota 92.

98. Cfr. Alfonso GARCÍA GALLO, *Curso de Historia del Derecho*, I, Madrid, 1948, pág. 438.

99. Vid. MARONGIÚ, op. cit., pág. 358, que destaca que luego fue reducido a un italiano y dos españoles. Vid. también pág. 355, donde se indica que muerto el Soberano, el Virrey quedaba en espera de confirmación o de susti-

núcleo en la Corona de Aragón, en 1493 se verifica una verdadera estructuración de la Audiencia, iniciándose una etapa que puede calificarse de "virreinalización" de la Lugartenencia general, caracterizada porque el titular de ésta, cuando no pertenece a la familia real, se ve sometido en la administración de justicia al voto de la mayoría de los doctores que integran la Audiencia¹⁰⁰.

Sin embargo, en ninguno de estos sitios se inflige un daño similar al que se causa en Indias, y esto por dos razones: *a)* porque los titulares de los virreinos napolitano y catalán se consideran agraciados por el Monarca, en tanto los Colón estiman que el título virreinal les es debido por un contrato en el que ellos han cumplimentado su prestación, y *b)* porque en los territorios mediterráneos, la Audiencia, Consejo Colateral, etc., es concebido, en principio, como órganos auxiliares del Virrey, que los preside, en tanto los jueces de apelación enviados a la Española van a sustraer a los Colón la función de justicia, dejándoles reducidos a la función de la gobernación, con arreglo a los principios de la administración castellana.

Los Colón tienen entonces que volver la vista al título virreinal que su padre debió pedir con insistencia para equilibrar en la tierra el poderío que en el mar le daba el título de Almirante, pero al que después no debió prestar una gran atención por no serle de imprescindible necesidad y bastarle la gobernación cuando ésta no era inquietada por ningún otro poder inmediato.

La pretensión colombina del título virreinal tropieza en los sucesores del Descubridor con el mayor obstáculo que se puede oponer, y que es el de la ausencia de hereditariadad. Al extendersele a Cristóbal Colón el privilegio fechado en Granada el día 30 de abril de 1492, se le concedieron los títulos de Almirante, Virrey y Gobernador por juro de heredad¹⁰¹, es decir, en plena propiedad y con facultad de transmisión a sus sucesores, pero se va a alegar

tución, y que si faltaba el propio Virrey, el gobierno pasaba al Colegio Colateral, instituido en 1505, contemporáneamente al indicado Virrey.

100. Vid. Jesús LALINDE, *op. cit.*, en nota 28, págs. 159 y ss. y págs. 395 y siguientes.

101. "... vos facemos merced de los dichos ofycios de Almirantadgo e Visorrey e Gobernador por xuro de heredad". Codoín AGI, tomo 36, páginas 7-12.

que las Cortes celebradas en Toledo el año 1480 prohibieron otorgar ningún oficio que tuviera administración de justicia a perpetuidad, transformando los así dados en vitalicios. Saliéndose al paso de que Cristóbal Colón tenía las magistraturas de la "governación perpetua e oficio perpetuo de visorrey" a título remunerativo y contractual, se declarará que la prohibición de Toledo no afectaba sólo a los títulos concedidos por merced, sino a los otorgados por remuneración de servicios y aun por vía de contrato, y se recurrirá al derecho común en cuanto prohibía que los oficios de gobierno y administración se pudieran adquirir por la vía contractual¹⁰².

No debe sorprender el que se tratara de declarar inválido o nulo un privilegio real, aunque estuviera concedido con las formalidades debidas, pues ello encajaba en la mentalidad jurídica de la época. En tiempos de Juan I, el propio Rey había reconocido en Cortes que había ocasiones en que otorgaba privilegios contra lo dispuesto en las leyes, como consecuencia de la inoportunidad de los que los impetraban, y había dispuesto en estos casos su ineficacia, salvando la obediencia que le era debida¹⁰³, preludiando así el criterio de obedecer, pero no cumplir, que tanta importancia adquiriría en el derecho indiano.

Este argumento de la ausencia de hereditariadad es el que va a repetirse insistentemente por el Fiscal representante de la Corona en los pleitos de los Colón. Todavía en 1524, el Licenciado del Prado, que actuará con aquella calidad, insistirá en que el oficio de virrey y gobernador le fue concedido a Cristóbal Colón en forma vitalicia y como premio a su propio trabajo, y no, por tanto, para sus herederos¹⁰⁴, y aún añadirá que el concederlo a título heredi-

102. "... y por esto el derecho comun proyoió que los oficios de la governacion y admynistracion no pudiesen aver ny obtener por via de contrato". Respuesta a la petición del Almirante, sin fecha. CDU, tomo 7., páginas 6 y ss.

103. "Muchas veces, por importunidad de los que nos piden libramientos, damos algunas cartas contra derecho. Et porque nuestra voluntad es que la justicia florezca e las cosas que contra ella podiessen venir non ayan poder de la contrariar, establescemos que si en nuestras cartas mandaremos alguna cosa que sea contra ley, íuero o derecho, que la tal carta sea obedescida e non complida..." Juan I, Cortes de Briviesca, 1387.

104. "... el dicho oficio de visorrey e gobernador le fue concedido por

tario era nocivo, como podía comprenderse por toda persona normal ¹⁰⁵.

Una vez más debe recordarse que esta argumentación de la invalidez de la hereditariad de los títulos colombinos era posible merced a su sumisión al derecho castellano, en base a haberse otorgado los privilegios definitivos de las bulas alejandrinas de atribución pontificia de los nuevos territorios a la Corona de Castilla y León ¹⁰⁶, en donde se encuentra la explicación de que el título virreinal otorgado se estimara haber sido el castellano. ¿Previnieron los Reyes que la castellanización del título virreinal les permitiría transformar en vitalicio lo que habían concedido a perpetuidad? ¿Fue éste el motivo o uno de los motivos influyentes en la referida castellanización? No puede asegurarse porque es de difícil prueba, pero hay que convenir en que no está dentro del campo de lo improbable.

A pesar de la posesión de este argumento, la Corona prefirió siempre soluciones transaccionales, pues de este tipo puede ser calificada la que da el Consejo de la Reina D.^a Juana en Sevilla, a 16 de junio de 1511. En la declaración del citado Consejo se reconoce que a Cristóbal Colón pertenecía el gobierno y administración de justicia en nombre de los Reyes de Castilla con el título de virrey a título de perpetuidad, para ejercer y administrar justicia por sí o por sus oficiales y lugartenientes, con jurisdicción civil y criminal, de la misma forma que lo hacían los otros gobernadores y virreyes ¹⁰⁷, pero junto a este reconocimiento se es-

su vida como a yndustria personal y por le dar onor, y no para sus herederos..." Petición del Fiscal, en 2 de septiembre de 1524, CDU, tomo 8.º, doc. 165.

105. "... pues ser nocivo a la Corona Real destos Reynos e a los Reyes e sucesores dellos que sea visorrey perpetuo uno en las Yndias y sus sucesores para syempre, no ay ninguno de sano seso que lo pueda ignorar..."

106. Vid. nota 65. RUBIÓ MAÑÉ, *op. cit.*, cap. II, opina que las Capitulaciones de Santa Fe en 17 de abril de 1492 no concedieron los cargos de Virrey y Gobernador a título hereditario, a causa de la prohibición de enajenar cargos públicos decretada por las Cortes de Toledo de 1480, pero no explica por qué se cambió de criterio en el privilegio de 30 de abril.

107. "... al dicho Almirante e a sus subcesores pertenece la Governacion e la administracion de la Justycia en nombre del Rey o la Reyna que por

tablece que las apelaciones de los alcaldes ordinarios vayan al Almirante o a sus lugartenientes, y de éstos las apelaciones vayan a los Reyes y a sus Audiencias, reservándose incluso aquéllos el nombrar jueces residentes en las mismas o fuera de las mismas para conocer de dichas apelaciones ¹⁰⁸.

Se trata de una solución de transacción en cuanto es una solución intermedia entre la fórmula gobierno-senatorial castellana y la virreino-senatorial de la Corona de Aragón. Se aparta de la primera en cuanto que como reconocimiento del título virreinal atribuye facultades de conocimiento en apelación al órgano unipersonal del complejo jurisdiccional, esto es, admite tratarse de un virrey, y no de un simple gobernador, pero no alcanza a ser la segunda, en cuanto el virrey no pasa a presidir la Audiencia y su facultad de conocer en apelación queda reducida a una primera apelación, contra la que cabe una segunda apelación al Rey y a su Audiencia, sin respetarse el principio clásico de la institución virreinal de que del virrey se suplica, pero no se apela. En 1508, pues, Diego Colón parece haber aceptado o haberse conformado con una fórmula gubernatorial en cuanto la ausencia de Audiencia no le había inquietado. En 1511, ante sus reclamaciones motivadas por el envío de jueces de apelaciones, la Corona intenta la fórmula intermedia entre el sistema castellano y el sistema de la Corona de Aragón, como medio de salvar en lo que puede el primero, en el que la institución virreinal no había pasado de una ficción.

El que haya dos fórmulas en juego, una castellana y otra de la Corona de Aragón, no debe conducir a pensar en una contienda nacionalista, a lo que son muy aficionados los historiadores extranjeros cuando se trata de España. No es fácil comprender que ha podido impulsar a Haring a pensar en la existencia de un partido castellano integrado por Diego Colón, los oficiales reales y el Padre Las Casas, y de un partido aragonés integrado por Lope

tiempo fueren en estos Reynos de Castilla... con titulo de Visorrey de juro e de heredad, para siempre jamas, para que por si e por sus Tenientes e ofyciales de justycia, conforme a sus pryvilexos, pueda exercer y administrar la juresdeccion cebil e criminal... como e de la manera que los otros Gobernadores e Visorreyes lo usan..." Codoin AGI, tomo 40, pág. 45.

108. "... e dellos vayan las apelaciones a sus Altezas o a sus Abdyencias..." La Reyna se reserva poner "juezes estantes en ellas o fuera dellas".

de Conchillos, Pasamonte y los jueces de la Audiencia¹⁰⁹. Desde el punto de vista administrativo, Colón no representa al partido castellano, sino, en todo caso, al partido aragonés si quería defender la institución virreinal, en tanto los jueces de la Audiencia, de representar un partido representaría el castellano, que es el que les permitiría escapar de la tutela virreinal. Precisamente, en la Corona de Aragón puede observarse un movimiento judicialista, que por necesidades de clase propugna fórmulas que parecen castellanas¹¹⁰, pero aun así y todo, tan absurdo resulta suponer un partido castellano en la citada Corona como creer en un partido aragonés en Castilla, al menos si este partido está integrado por personas que, como los jueces enviados a Indias, eran netamente castellanos. No existieron contiendas nacionalistas para lo que en todo caso habría que esperar aún más de un siglo, sino oposiciones de clase o profesión y de situaciones personales. Diego Colón defendía un sistema virreino-senatorial porque por herencia era poseedor de un título de virrey, en tanto los jueces defendían un sistema gobierno-senatorial porque éste les garantizaba su independencia y hasta su primacía.

Como toda fórmula de transacción, la citada tuvo el inconveniente de no resolver el problema de la coordinación entre las partes en pugna, como parece en cuanto al conocimiento de los llamados "casos de corte" en la primera instancia. La postura de Diego Colón, representado por Juan de la Peña, como procurador, era la de que si la función de los jueces de apelación era conocer en este grado, no tenían por qué conocer en los casos de corte en la citada primera instancia, no debiendo dárseles poder para ello. Sin embargo, las fórmulas mixtas obligan a que este mismo carácter tenga todas las consecuencias, de forma que una Previsión de D.^a Juana, en Burgos, a 20 de marzo de 1512, hubo de establecer la solución de la "prevención", es decir, que el conocimiento correspondiera al primero que lo iniciara, bien fuera el Almirante, bien fuera los jueces¹¹¹. Hay que suponer que de esta

109. HARING, *op. cit.*, págs. 35 y ss.

110. Vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 153 y ss.

111. "... entre vosotros (los jueces de apelación) y el dicho Almirante haya lugar prevención, por manera que el que primero previniere entre

solución se derivaría una gran cantidad de cuestiones de competencia.

Los años siguientes, que, cronológicamente, se extienden hasta 1520, aproximadamente, y, políticamente, hasta la nueva actuación política de Carlos I, no son favorables a la institución virreinal en el sentido que quisiera Colón. Es cierto que tiene vitalidad en Navarra desde su unión a Castilla en 1512¹¹², y que se institucionaliza en los territorios núcleo de la Corona de Aragón, pero sobre la base de “provincializarse” o “particularizarse”, esto es, de denominar a un Lugarteniente general, que ha dejado de ser un auténtico “alter nos” del Monarca, para convertirse en un funcionario territorial de gran dignidad, pero sujeto a muchas limitaciones, en especial, en el campo judicial, como consecuencia del desarrollo de la Audiencia¹¹³.

Si esta “particularización” se desarrolla en unos territorios donde el Rey está interesado en poseer un representante personal durante su ausencia, y en donde no puede confiar plenamente en el elemento judicial, integrado al fin y al cabo por juristas indígenas interesados en la defensa de los privilegios y libertades de su territorio, con más razón ha de desarrollarse la limitación del poder virreinal, cuando éste es ejercido por quien cree tener derecho a ello con independencia de la voluntad real, y cuando, por el contrario, los jueces enviados constituyen el mejor medio de limitación. Por ello, en 1516 los del Consejo real informan que el Rey puede poner presidente y oidores que ejerzan su jurisdicción en las islas descubiertas, y que si ha de haber audiencia con presidente, el Rey puede ordenar que se libre justicia por don Fernando y doña Juana, con el sello de éstos y el registro correspondiente¹¹⁴, y un año más tarde, desde la Española, el tesorero Pasamonte insta a Cardenal Cisneros a que continúe la Audiencia y se proteja

vosotros y el dicho Almirante, a conocer en los dichos casos conosca dellos en la primera instancia”. Codoin AGI, tomo 39, págs. 212-214.

112. Vid. José YANGUAS MIRANDA, *Diccionario de Antigüedades de Navarra*, tomo III, Pamplona, 1840, págs. 525-528, donde inserta la relación de virreyes desde la unión a Castilla en 1512 hasta 1832.

113. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 159 y ss.

114. CDU, tomo 8, doc. 132.

a los jueces, a fin de limitar la acción de los gobernadores con los particulares, dada la subordinación de aquéllos a los jueces ¹¹⁵.

Durante este período, especialmente desde 1515 a 1520, puede decirse que en Indias se aplica la fórmula gobierno-senatorial castellana en la forma más estricta, puesto que a Diego Colón, a quien se le sigue llamando Almirante, Virrey y Gobernador, se le nombra en 16 de enero de 1515 Adelantado de la Española y de las otras islas y territorios donde lo era su tío D. Bartolomé ¹¹⁶, siendo lo más probable que, a partir de entonces, haya actuado como tal Adelantado, reducido a las funciones de gobierno y al mantenimiento del orden público, pero sin intervención práctica en la función de justicia. Al fin y al cabo, la fórmula gobierno-senatorial, de cuño castellano, ganaba algún terreno entonces en la misma Corona de Aragón, donde Fernando el Católico nombraba en 1514 a su bastardo, el arzobispo de Zaragoza, D. Alfonso de Aragón, como Lugarteniente general de todos los reinos, nombramiento que prorrogarían el príncipe Carlos y su madre D.^a Juana desde Bruselas, y que anularía la actuación de los Lugartenientes Generales particulares de los territorios núcleos, tal como Cataluña, originando una cierta autonomía de la Audiencia frente al poder virreinal ¹¹⁷.

La política carolina es favorable a la institución virreinal como consecuencia, probablemente, de su dimensión europea, sin que esto lo desmienta el que a veces actúe a petición de los propios reinos, como es el caso de Cataluña ¹¹⁸, pues pudiera haberse opuesto. En el caso de Indias, y como consecuencia del pleito sostenido,

115. "La otra es quen esta Isla Española, esté la Abdiencia Real como fasta aquí, e que los xueces della sean favorecidos, porque desta manera los Gobernadores de las dichas Yslas, non osarian facer agravio a ninguno, viendo que ay xueces superiores sobrellos". Del Tesorero Pasamonte al Cardenal Gobernador de España en 10 de julio de 1517, Codoin AGI, tomo 34, pág. 233.

116. "Por facer bien e merced a vos D. Diego de Colón, Nuestro Almirante, Visorrey e Gobernador... Mi Adelantado de la Isla Española e de las otras islas e partes donde era Nuestro Adelantado Don Bartolomé Colón, vuestro tío... honras, gracias, mercedes, franquezas y libertades que por razón del dicho oficio debeis haber e gozar..." Valladolid, 16 de enero de 1515. Codoin AGI, tomo 39, págs. 475-478.

117. Vid. LALINDE, op. y loc. cit. en nota 113.

118. Id., íd.

como se sabe, entre el procurador fiscal y Diego Colón, un despacho dado en La Coruña, en mayo de 1520, reconoce expresamente a aquél su posesión en el título de gobernador y virrey en la isla Española y en las demás islas que su padre había descubierto y en las que se descubrieron como consecuencia de la actividad del mismo, todo ello de acuerdo con la estipulación o contrato que se había hecho en las capitulaciones redactadas para el descubrimiento ¹¹⁹.

Sin embargo, esta favorabilidad no llega a la instauración de un sistema virreino-senatorial, a lo menos que se conformaba Colón, sino que retorna a la fórmula de transacción que había dado el Consejo de la Reina Doña Juana en 1511. A través de sus Alcaldes, el Virrey conoce de las apelaciones de los alcaldes ordinarios del Rey, pero, a su vez, de los Alcaldes del Virrey conocen en apelación los jueces de apelaciones del Rey, y finalmente, éste mismo a través de su Consejo.

La fórmula transaccional no se limita a la cuestión de las apelaciones, piedra de toque de la institución virreinal, sino que se extiende a otras competencias, como: *a)* nombramiento de oficiales; *b)* exigencia de responsabilidad, y *c)* policía de reuniones.

Por lo que se refiere a la primera, el Rey se reserva el nombramiento de alcaldes ordinarios, cuya práctica se deja a los pueblos, que los eligen, así como las escribanías, en las que no permite la intervención del Almirante, al que permite la propuesta de una terna, juntamente con el Consejo Real o juez de apelaciones para los oficios de regimiento y fiel ejecutor en las islas y continente del almirantazgo. La reserva real de las escribanías se extiende al juzgado del propio Almirante y de sus tenientes, en lo que concede a

119. "Yten hordenamos Mandamos e declaramos que el dicho Almirante tiene derecho de governador e viso Rey asy de la isla Española como de las otras islas que el almirante don cristoual colon su padre descubryo en aquellos mares e de aquellas yslas que por industria del dicho su padre se descubrieron conforme al asiento que se tomo con el dicho almirante su padre al tiempo que se hizo la capitulación para yr a descubrir e conforme a la declaracion que fué fecha por los del consejo en la ciudad de sevilla". Archivo General de Indias (en adelante citado como AGI), Sección Indiferente General (en adelante citado como IG.), leg. 420, reg. 8, fols. 213-216 v".

aquél un derecho de propuesta, pero, en todo caso, recayendo el nombramiento en escribanos y notarios reales.

Por lo que se refiere a la exigencia de responsabilidad, el Monarca renuncia al juicio de residencia contra el Almirante, reservándose, sin embargo, su práctica contra los jueces nombrados por aquél. Por lo demás, la limitación en la exigencia de responsabilidad está reducida a la de carácter ordinario, es decir, el juicio de residencia, pues queda a salvo la de carácter extraordinario, en cuanto el Rey puede nombrar comisarios para proceder contra el mismo Almirante "por vía de inquisición", remitiéndose la pesquisa al Rey o a su Consejo Real.

Respecto a la policía de reuniones, se prohíbe a la gente el celebrarlas sin la intervención del Virrey o persona nombrada por él, o sin la intervención de los jueces de apelación.

Finalmente, todas las provisiones del Almirante se han de despachar en nombre del Rey, y las de los alcaldes y oficiales, por el "almirante o visorrey e gobernador por el Rei don ..." ¹²⁰.

Como consecuencia de esta fórmula, Diego Colón constituyó su propio órgano de justicia, que fue conocido como "audiencia" o "juzgado", ejerciendo la función por sí mismo auxiliado de un "asesor", cargo que desempeñó el licenciado Rodrigo de Figueroa ¹²¹. El sistema es el de todo administrador de justicia que no es perito o experto, llámese rey, virrey, gobernador, corregidor, veguer, etc., consistente en adscribirse un letrado, que es en la práctica lo que hoy entendemos por juez, si bien las actuaciones y sentencias se pronuncian en nombre del titular de la magistratura. Pudiera decirse que a éste la está atribuida la política judicial, es decir, el criterio que debe seguirse en la administración de justicia teniendo en cuenta los fines que se persiguen, en tanto el adjunto cuida de la función estrictamente técnica. En cuanto al término

120. Sobre todo esto vid. loc. cit. en nota anterior.

121. Vid. la provisión dada en Valladolid, en 20 de marzo de 1523, AGI, 1G, leg. 420, fol. 201, donde se manifiesta que el Licenciado Rodrigo de Figueroa, gobernador de la Española en el grado de las apelaciones, y luego oidor, al tiempo de tomársele residencia y para librarse de ser demandado "se encargo del officio de asesor del nuestro almirante visorrey y gobernador en cierta abdiencia e juzgado que el dicho almirante de nuevo ha hecho..."

“asesor” está extendido en la Corona de Aragón ¹²², que es, como se ha dicho, el territorio o territorios donde la institución virreinal fue una auténtica realidad, aunque es genérico, y probablemente utilizado a los solos efectos de escapar del juicio de residencia.

Sea porque responda a un propósito de relaciones cordiales, sea porque se trate de una actuación obligada de protocolo, lo cierto es que el Emperador da cuenta a Diego Colón, almirante, virrey y gobernador de la Española y de las otras islas, de su desembarco en Santander en 1522, adonde ha llegado por el gran amor que tiene al país, pese a los asuntos del Imperio, al mismo tiempo que habla de la necesidad de que las cosas “se provean y reformen...” ¹²³.

Pese a todos los propósitos de cordialidad, si es que los hubo, antes de transcurrir el año del desembarco del Emperador en Santander, las relaciones entre aquél y el virrey son muy tensas, lo que obliga al primero a dirigir al segundo una carta pública, que se manda pregonar en la Española ¹²⁴, y en la que denuncia los supuestos excesos del último.

La carta está fundamentada en dos principios, esencialmente, que son: *a)* el innovar el virrey, atribuyéndose funciones que no ejercía ni en tiempos de Fernando el Católico, y *b)* el irrogarse atribuciones de las que estaba en posesión la Audiencia ¹²⁵. El primer fundamento es posible en base a que el régimen colombino es

122. Vid. Jesús LALINDE, *op. cit.*, en nota 25, págs. 291, 364, 413.

123. 16 de julio de 1522. AGI, IG, leg. 420, reg. 2, fol. 33.

124. Valladolid, 26 de marzo de 1523. AGI, IG, leg. 420, reg. 9, fol. 194.

125. “... haueys hecho e proveydo e inovado muchas cosas para que no haueis tenido ni teneys poder ni comision especial nuestra ni en tiempo del dicho catholico Rey que aya gloria las hizisteis especialmente en pedir e llevar diezmo de las cosas e partes que no vos pertenecen ni soliades llevar e en poder theniente de visorrey que despacha como nuestra persona mesma provisiones Reales selladas con nuestro sello Real e poner thenientes de governador en las partes que nos pertenecen ni los soliades poner y en presentar a las dignidades canongias de las dichas Indias como nos mismos y en hazer provisiones de Indios y entrometer vos en la jurisdicción dellos y en proveer otros officios y cosas que solamente pertenecen a nos y a quien por special comision nuestra esta cometido... no auiendo dello usado hasta aqui y estando la dicha avdiencia de las dichas Indias en la dicha posesión vos el dicho almirante no podiades entrometeros...”

un régimen capitulado, y, en consecuencia, hay que estar a lo convenido, tanto sobre el papel como sobre la práctica. El segundo supone la oposición del sistema gobierno-senatorial, tan caro a la administración castellana, con la separación neta entre gobierno y justicia, al sistema, más que virreino-senatorial, virreinal puro, que trata de ejercer Diego Colón en todo momento.

En esta oposición de sistemas, no debe pasarse por alto que el Emperador subraya que la postura innovadora de Diego Colón ha tenido lugar después de volver a Indias la última vez ¹²⁶. Desconozco dónde y cuándo había estado el virrey, pero tanto si estuvo en Castilla como si estuvo en la Corona de Aragón, tuvo ocasión de hacer acopio de nuevos conocimientos sobre la institución virreinal. Por lo que se refiere a la Corona de Aragón, al menos en Cataluña, desde 1521 comienza la designación ininterrumpida de virreyes ¹²⁷. Por lo que se refiere a Castilla, donde el virrey había sido fruto de una ficción, en 1520 se considera tal al condestable, con el mismo título otorgado a Colón, es decir, "virrey y gobernador", pero referido a los reinos y señoríos de Castilla ¹²⁸. Diego Colón, que en 1520 se encuentra en Santo Domingo, conoce esta realidad, y es más, según él, en Carta que dirige al Cardenal de Tortosa, éste ha sido proveído también del título de virrey juntamente con el Condestable y con el Admirante de Castilla, provisión que, por otra parte, lo es ¹²⁹. Que el Condestable fue considerado "virrey" no hay duda, a través de la orden citada. En cuanto a los otros dos, parece que no es imaginación de Colón, pues la correspondencia de

126. "... despues que esta postrera vez pasasteis a las dichas Indias..."

127. Vid. Jesús LALINDE, op. cit. en nota 28, tabla de nombramientos virreinales en pág. 641.

128. El Rey, desde Briviesca, en 19 de octubre de 1520, se dirige a los oficiales de la Casa de Contratación y les conmina a que todo el dinero y perlas que hubieran venido de las Indias, las envíen "donde quiera que estuviere y rresidiere el condestable de castilla nuestro visorrey y governador de los nuestros reynos y señorios de castilla". AGI, IG, leg. 420, reg. 8, fol. 293.

129. "... agora e sabido que Su Alteza a probeydo por Virreyes juntamente con Vuestra Señoría a los Señores Condestable e Almirante de Castilla, e cierto, me a precido buen medio para que se de en todo la orden que conviene..." Del Almirante y Virrey, don Diego Colón, en Santo Domingo a 13 de diciembre de 1520, al Cardenal de Tortosa. Codoin AGI, tomo 40, página 45.

estas fechas sostenida con Pedrarias Dávila y otros, aparece suscrita por los citados Cardenal de Tortosa, Condestable y Almirante de Castilla, aunque sin indicar su título. Parece, pues, que en 1520, Castilla ha estado gobernada por un consejo de virreyes, desconociéndose si su actuación ha sido colegiada o no, lo que no es anormal, pues la pluralidad de virreyes no ha sido siempre rechazada en los territorios donde la institución ha sido tradicional¹³⁰. Por otra parte, estos virreyes no han debido alterar en gran manera la fórmula gobierno-senatorial castellana, pues hay que suponer que no han tenido participación en las funciones de la Audiencia, habiéndose reducido a las tareas de gobierno.

En la referida carta pregonada de 1523, el Emperador ordena revocar todo lo actuado por Colón con extralimitación de sus funciones, y volver a lo ordenado en la declaración de La Coruña, que, como se recordará, fue dada en 1520¹³¹, y que no era sino la fórmula transaccional que ya había dispuesto el Consejo de la Reina Doña Juana en 1511. También se reconocía el derecho que Diego Colón tenía de pedir lo que estimara procedente al Consejo Real¹³².

El intercambio de argumentación en pro de los derechos de una y otra parte parece estar en auge en el período 1523-25, que se inicia con la citada carta pregonada. Los puntos más importantes sobre los que recae parecen ser los siguientes: *a*) conocimiento de casos de corte; *b*) administración de justicia, en relación a la Audiencia; *c*) delegación de facultades; *d*) percepción de derechos; *e*) ejercicio del derecho de patrono, y *f*) provisión de oficios.

Respecto al primer punto, el Emperador, en la carta pregonada citada, le reprocha a Diego Colón el conocer de los casos de corte, que siempre lo había hecho la Audiencia, haciéndolo incluso a las mismas horas en que se reunían los miembros de aquélla¹³³. En 1524, el Fiscal le reprocha el mantener contiendas con los oidores

130. Casos de pluralidad los citó *Vicens Vives*, op. cit, en nota 59. Vid. también Jesús LALINDE, op. cit. en nota 22, págs. 149 y 155.

131. Vid nota 119.

132. "... reservando vuestro derecho a saluo en posesion y propiedad para que si quisieredes lo podays pedir ante los del nuestro consejo Real."

133. "... en avdiencia que para ello hazeys a la misma ora que los dichos oydores se juntan."

sobre el indicado conocimiento con toda publicidad, es decir, con el uso de pregones ¹³⁴. En relación con estas contiendas, debe recordarse que hubieron de ser la lógica consecuencia del sistema de "prevención", dispuesto por la Reina Doña Juana en 1512 ¹³⁵.

En realidad, este primer apartado de las polémicas no es sino parte integrante del siguiente, es decir, del problema general de la administración de justicia por el virrey, en relación con las atribuciones de este tipo concedidas a la Audiencia. Para el Emperador, que trata de imponer la fórmula gobierno-senatorial, es un cargo contra Colón el que éste pretenda que de sus propias sentencias no se pueda apelar ante ningún tribunal establecido en Indias, sino solamente suplicar ante él mismo, y le acusa de entrometerse en los asuntos de la Audiencia ¹³⁶. En el aludido informe del Fiscal en 1524, aquél acusa a Colón de que como virrey pretenda ser superior a la Audiencia, conociendo y desagraviando a los que se sentían agraviados por los oidores, y aún llega a la conclusión de que de ser así no se necesitaría de Audiencia, pues se necesitaba una sola para conocer de los agravios cometidos por él ¹³⁷. El Fiscal

134. Relación presentada por el Fiscal en Valladolid a 2 de septiembre de 1524 sobre las cosas que se habían innovado por el Almirante después que llegó a las Indias, contra lo que se acostumbraba hacer y contra lo que estaba proveído por el Rey. CDU, tomo 8.º, doc. 166.

135. Vid. nota 111.

136. "... no se podía apelar para ningún tribunal que en esas partes residiese sino suplicar para ante vos mismo...". Recuérdese el texto transcrito en la nota 125. En la relación del fiscal de 2 de septiembre de 1524, CDU, tomo 8.º, doc. 166, se expone como cargo el entrometerse "diziendo que todo lo quel provee e despacha es como lo que provee la persona de S. M. e que no tiene superior alguno salvo que el se syntiere agraviado puede suplicar ante él".

137. "... en quanto a lo que toca a la abdiencia Real e oydores della, el dicho almirante como visorrey pretende ser superior de la dicha audiencia e poder conoscer e desagraviar como virrey a los que se agravian e suplicaren de los oydores de la dicha avdiencia para antel, disciendo ser el en todo superior a la dicha audiencia ynferior, lo qual sy asy oviese de ser muy poco o ninguna nescesydad abria que Su Magestad tuviese aquella abdiencia ny oydores, porque mas principalmente para con él y para los que se quejan de los agravios que les faze es menester la dicha audiencia que no para otras cosas; en esto conviene mucho que Su Magestad lo mande provcer dando autoridad a la dicha audiencia para que tenga superioridad e poder e mando

señala también el hecho ya conocido¹³⁸ de tener audiencia como virrey en su casa, tres días por semana, actuando con él el licenciado Figueroa como asesor, y el imponer Alguacil mayor, de forma que los justicias no obedecieran los mandatos ejecutorios de la Audiencia que no fueran refrendados por el citado Alguacil mayor.

Frente a la postura del Emperador, Colón defiende un sistema que, a veces, puede calificarse de virreino-senatorial, pero que, las más, llega a un sistema virreinal puro. Para él, de los virreyes de Castilla y León no podía haber apelación, y él lo era¹³⁹, investido de toda la jurisdicción civil y criminal¹⁴⁰. Aún sintiéndose agraviado por el envío de jueces de apelaciones, contemporiza alguna vez con un sistema virreino-senatorial, de forma que si esos jueces se envían sea para reunirse con él, a fin de resolver de esta manera las apelaciones¹⁴¹.

Sin embargo, las más de las veces no acepta ni esto. Acusa a los oidores de ser virreyes¹⁴² y de situarse entre el Rey y el virrey¹⁴³. Recuerda que le dieron el título de virrey, magistratura que defiende con pureza, caracterizándola por el hecho de actuar en la misma forma que lo haría el Rey¹⁴⁴, y sacando la conclusión lógica de no tener sobre sí superior alguno, salvo el mismo Rey, y correspondiéndole presidir cualquier órgano de justicia y cuales-

contra el dicho almirante asy en lo que fiziere e determinare como tal justicia o que lo fiziere como virrey e enotra cualquier manera". Loc. cit. al final de la nota anterior.

138. Vid. nota 121.

139. "... mayormente siendo como es visorrey de V. Alteza con las preeminencias e previllegios que los visorreys de Castilla e de León tyenen, y pues dellos no avia ny ay apelacion, no la a de aver del dicho almirante...". Loc. cit. en nota 47.

140. "... al dicho almirante e sucesores pertenece la governacion e administracion de la justicia en nombre de V. Alteza en aquellas partes con titulo de visorrey para siempre jamas..." e que pueda usar e exerçer e administrar la juridicion cevil e criminal como e de la manera que los otros visorreys e gobernadores lo pueden e deben usar...". Op. y loc. cit.

141. Vid. el texto transcrito al final de la nota 47.

142. "... sobre no aver seydo criado para mas de las apelaciones... hazerse virreyes...". Loc. cit. en nota 56.

143. "... ubi non est dare medium", porque "omnis potestas que post alteri erogari tribuitur vicerregi...". Loc. cit. en nota anterior.

144. Vid. el texto transcrito en nota 40.

quiera jueces que se encontraran dentro del territorio de su mandato ¹⁴⁵.

Colón, o sus asesores, plantean el problema de la limitación del poder virreinal sin discrepar con la doctrina de la época. Aunque el Virrey fuera un "alter ego" del Monarca, no ocupaba totalmente el puesto de éste, sino que su poder podía ser limitado, tanto por la existencia de privilegios concedidos al territorio del virreinato como por la mera voluntad del Monarca, limitaciones que aparecían reflejadas en el nombramiento o poder concedido, o en las instrucciones que para el gobierno se daba, unas veces, públicas, y otras, secretas ¹⁴⁶. Colón no niega esta posibilidad de limitación, antes bien la reconoce por lo que se refiere a los virreyes que en adelante pudieran nombrarse, no aceptándolas por lo que se refería a él, en base de la naturaleza contractual de su designación, que había sido hecha a imitación de los virreyes anteriores, habiendo de estar entonces a lo regulado por la costumbre y al estilo de lo estipulado, cuando hubiera duda en cuanto a la forma de desempeño ¹⁴⁷.

Para Colón, en Indias se instauró un régimen virreinal que no precisaba, en consecuencia, de una Audiencia o, en todo caso, de

145. "... por manera que el modo que lo usan otros virreyes lo deue el dicho almirante usar, es a saber, no teniendo sobre si superior, salvo su mismo Rey, y presidiendo sobre qualquier justicia y jueces que en el termino de su virreynato estovieren...". Loc. cit. nota 56.

146. Para Cataluña, vid. Jesús Lalinde, op. cit., en nota 28, págs. 299 y ss. El criterio en Indias puede verse en carta del Rey a Diego Colón, "almirante Viso-rey y gobernador de la ysla Española y de las otras yslas y tierra firme", dada en Sevilla a 6 de junio de 1511, donde le dice que no ejecute nada sin consultar previamente, y le cita casos concretos de pregones y repartimientos de indios hechos sin consultar. (AGI, IG, leg. 418, vol. 3.º, fols. 72-73.) Aun se le volvió a repetir en la Instrucción que llevó el Adelantado Bartolomé Colón, que no le sucediera lo que en los repartimientos (loc. cit., fol. 110).

147. "... ni contra esto se puede alegar que es oficio que no tiene límite ni jurisdicción en su exercicio y que depende del Rey alargalle o restringille la facultad y jurisdicción, porque esto ternia verdad en los virreyes que de oy en adelante se criasen, pero no en aquel fue criado a imitación de los que avian seydo fecho. pues que las palabras del testador o del contrato en caso dubio se ha de entender segund la consuetudo y forma de hablar de los contrayentes...". Loc. cit. en nota 56.

existir ésta, debía estar subordinada a él, siguiendo la fórmula virreino-senatorial. La mencionada instauración se desprendía de diversas circunstancias: *a)* le habían titulado virrey, sin que sobre éste pudiera haber otro magistrado superior, que no fuera el mismo Rey¹⁴⁸; *b)* le habían conferido expresamente el poder de conocer en apelación¹⁴⁹; *c)* le habían señalado que sus oficiales usaran de sus oficios como si los hubiera puesto el Rey, lo que significaba tanto como que él podía conocer en apelación de sus resoluciones, no como gobernador, sino como virrey, medida prudente, sobre todo teniendo en cuenta que a los mismos Reyes les era muy difícil el estar presentes en tierras tan lejanas¹⁵⁰; *d)* al tener el título de virrey ordenado y despachado con el sello del Rey, no podía haber quien revocara en apelación sus resoluciones, salvo él mismo en súplica¹⁵¹; *d)* el envío de jueces de apelación haría superfluo

148. "... porque si tuviera yntención de poner juez para apelaciones no le dieran titulo de virrey sobre el qual nunca ovo juez superior, salvo su mismo Rey...". Loc. cit.

149. "... y lo segundo porque le dixeron y vos como nuestro visorrey podades oyr y conoscer en grado de apelación...". Loc. cit.

150. "... y lo tercero porque dixeron "y los oficiales que vos pusieredes usen sus oficios como si por nos fueren puestos"; y por tanto no ymplica conoscer el almirante de las apelaciones de sus oficiales, no en quanto gobernador salvo como virrey, segun que sus altezas conoscen de sus mesmos oficiales, lo qual demostraron claro ser ansi su voluntad diziendo "los oficiales que pusieredes como los que nos ponemos", y esto no se puede dezir mandado ni ordenado sin mucha prudencia, porque seyendo ellos tan sapientissimos principes, pues ya constituyan grado o audiencia para la primera o segunda instancia, que son los oficiales que el amirante avia de criar en quanto gobernador, luego quisieron proveer que él conosiese en grado de apelación en lugar de su misma persona, pues veyan que era difficil venir ante ellos de tan luengas tierras, la qual provision hizieron en el almirante raziendole su virrey y, como gratissimos y justos principes, colocandole en aquellas tierras de que por su causa adquerian señorío en el mas preheminento gracto que ellos oviesen, pues que mas verdaderamente podria el almirante por su parte dezir que es y fuera razon criar en las tales tierras que el ganava, otro superior...". Loc. cit.

151. "... y que sobrel, que tiene titulo de virrey con mandamiento y despacho por el título y con el sello del Rey aya ni pueda aver quien revoque por apelación lo que él ansy despachase, salvo el mismo por via de suplicación, como lo hazen los virreyes y los de su alto consejo de S. M....". Loc. cit.

su magistratura, lo que sería signo de una conducta irracional por parte de los Monarcas al momento de capitular¹⁵², y e) si el Consejo Real había sancionado la facultad de conocer en apelación a los jueces enviados, habría sido para las resoluciones dadas por él o por sus oficiales como gobernador, pero no como virrey, sin que, además, esto mostrara que él no hubiera de presidirles como tal, quedando reducidos a las apelaciones interpuestas de los jueces ordinarios designados por los pueblos, situación que no se daba en Indias¹⁵³. Aparte de todas estas circunstancias, Colón destaca la diferencia existente entre Indias y España, pues si bien en ésta había virreyes y jueces, al designarse aquéllos ya estaban introducidos los órganos de administración de justicia, lo que no sucedía en Indias, donde esta administración había sido conferida al virrey¹⁵⁴.

152. "... por manera que pues ya sus altezas expresamente proveyeron de suficiente remedio para las apelaciones, de más de ser superfluo, es contra razón y justicia tornallo a proveer de nuevo criando los dichos Juezes de apelacion quanto mas que si en los casos de escrivania la real persona el no oviera de suplir, no fuera necesario hazerle virrey, salvo governador; es decir que fue superfluo y sin efecto el dicho cargo, lo cual es contra toda razon ni se deve pensar que en un semejable contracto con tales principes asentado oviese de ser en vano el principal articulo que fue contratado, que era la dignidad del dicho oficio de virrey...". Loc. cit.

153. Vid. el texto transcrito en la nota 42, el cual continúa: "... ni se muestra que su intencion fuere que el dicho almirante no oviese de presidir con ellos como virrey antes en el primer capitulo de la dicha sentencia dize pertencelle el dicho oficio de virrey con las fuerzas y preheminenias segund que en sus preminencias se contiene, y entendiéndose así, la dicha sentencia tenía más forma de equidad y justicia y no avria en ella repugnancia ni contradicción como la ay criandose los dichos jueves en perjuizio del dicho oficio de virrey... los dichos Jueces no han de conocer salvo de las apelaciones emanadas e ynterpuestas de los alcaldes ordinarios criados por los pueblos, los quales en aquella tierra non puede aver, y ansi los dichos Juezes ninguna cosa ternian en que exercitar el dicho cargo...". Loc. cit.

154. "... ni menos se puede dezir que do ay virreyes aca en España y asimismo juezes que el virrey no juzga con ellos porque esto no proviene por defecto de potestad del oficio de virrey, sino por la ocupación de negocios y superioridad que tiene para ordenar y mandar lo que deve hazer y en lo que guardava entender, quanto mas que no es el caso ygal, porque

El tercer punto sobre el que recae la polémica es, como se recordará, el de la delegación de facultades por parte del virrey. En la carta pregonada de 1523, el Emperador reprocha a Diego Colón el nombrar lugarteniente de virrey, que despachaba como el propio Rey, y lugartenientes de gobernador en lugares donde no solía haberlo ¹⁵⁵, lo que también hace el Fiscal en 1524 ¹⁵⁶. Verdaderamente, desde un punto de vista teórico, el virrey, que era un delegado, no debía delegar a su vez, y así lo entendió la doctrina en general, aunque conculcaciones de este principio se ofrecieron también en los territorios italianos de la Corona de Aragón ¹⁵⁷.

El cuarto punto de la polémica interesa menos a la institución virreinal, pues se refiere a la percepción de diezmos ¹⁵⁸, reclamación que el Emperador formula en base a la naturaleza contractual del sistema, pues alega que no los había exigido antes.

El quinto punto está referido a la presentación de dignidades y canongías, que el Emperador deseaba reservarse en todo caso ¹⁵⁹.

El último punto es el relativo a la provisión de oficios ¹⁶⁰, especialmente las escribanías ¹⁶¹, en las que, como se recordará, los Monarcas tuvieron siempre especial interés.

Naturalmente, en todas estas polémicas queda siempre a salvo la superioridad del poder real. Es más, incluso se justifican por este reconocimiento, toda vez que si Colón combate a los jueces de apelaciones es porque la actividad de ellos es contraria a una jurisdicción que él tiene por el Monarca ¹⁶². También queda a salvo el reconocimiento del título virreinal, como puede verse en una orden

acá se crían virreyes estando ya los jueces o consejos y chancillerías introducidas y allá en las Indias quando quisieren criar jueces ya la administración de justicia estava al almirante concedida...". Loc. cit.

155. Vid. el texto transcrito en la nota 125.

156. Loc. cit. en nota 134.

157. Vid. Jesús Lalinde, *op. cit.*, págs. 85 y ss.

158. Vid. el texto transcrito en la nota 125.

159. *Id.*, *id.*

160. *Id.* *id.*

161. Loc. cit. en nota 134.

162. "... no mirando que la jurisdicción que dicho almirante tiene es por de vuestra Alteza, e que todo lo que haze o provee lo haze en nombre e por el poder que de vuestra Alteza tiene...". Loc. cit. en nota 47.

de pago dada por el Emperador en 1525¹⁶³, extendiéndose, incluso, a las costas continentales de Paria y Veragua en 1534 y 1535. Fruto precisamente de este reconocimiento es su conclusión a través de un arbitraje a cargo del Cardenal Loaysa, Presidente del Consejo de Indias, y del Dr. Gaspar de Montoya, que establece una transacción en virtud de la cual se consigue la renuncia del indicado carácter virreinal, renuncia que no se extiende al título de almirante, siempre más indiscutido, mediante la compensación del otorgamiento de Jamaica en feudo, Veragua y una anualidad¹⁶⁴. El virreinato colombino, con más o menos interrupciones y con más o menos dificultades, había durado unos cuarenta y tres años.

En consecuencia, sobre la ejecución de la capitulación colombina pueden establecerse las siguientes conclusiones:

a) El virreinato colombino se extiende desde 1492 hasta 1535, distinguiéndose el período del Descubridor, desde 1492 hasta 1505, y el de sus sucesores, especialmente su hijo Diego, desde 1508 en adelante.

b) El primero de los períodos indicados se caracteriza por la ausencia de relieve del título virreinal, como consecuencia de que para su atribución se había partido de una ficción jurídica, como era la de considerar virreyes a los enviados especiales a Galicia para mantener el orden público en este territorio en el último cuarto del siglo xv.

c) La valoración del título virreinal corresponde a Diego Colón, conformado al parecer desde 1508 a 1510 en sustituir a Fr. Nicolás de Ovando en la gobernación y administración de justicia, pero a quien la concesión de gobernaciones a Ponce, Nicuesa y Ojeda y, sobre todo, el envío de jueces de apelaciones a la Española en 1511 impulsa a la indicada revalorización.

d) Diego Colón consigue salir triunfante del principal obstáculo que se opone al reconocimiento del título virreinal, y que es la prohibición de conceder a perpetuidad los oficios que llevaran consigo la administración de justicia, según habían proclamado las Cortes de Toledo de 1480.

e) Al oponer Colón un sistema virreinal puro, o, en su defecto,

163. 22 de octubre de 1525. AGI. IG. leg. 420, reg. 3, fol. 130.

164. Vid. *Haring*, op. cit., págs. 30-31.

un sistema virreino-senatorial al sistema gobierno-senatorial propugnado por la Monarquía, ésta ensaya una fórmula transaccional en 1511 y en 1520, dentro de cuyo período los últimos cinco años presencian la aplicación de la fórmula gobierno-senatorial castellana.

f) La fórmula transaccional, consistente en una primera apelación, a cargo del virrey, y una segunda, a cargo de los jueces de apelación del Rey, fracasó totalmente, llegándose a la ruptura de relaciones entre el Emperador y el virrey en 1523.

g) Desde entonces se abre un período polémico más agudo entre el virrey y la Corona, que es siempre el enfrentamiento de dos sistemas: a) el virreinal o virreino-senatorial, propio de los territorios de la Corona de Aragón, donde únicamente la institución virreinal ha sido efectiva, y que pretende Diego Colón, y b) el gobierno-senatorial, de honda raigambre en Castilla, no alterado ni aun por la existencia en esta Corona de un consejo de virreyes en 1520, y que propugna el Emperador.

h) A salvo siempre el respeto a la institución real y el reconocimiento del título virreinal en los Colón, la polémica conduce a la renuncia por éstos del título en 1535, mediante una compensación.

La Administración inferior a la virreinal colombina.

El ser la época de la administración colombina un período experimental y el no satisfacer aquélla, da lugar a la creación de distintas magistraturas con el objeto de superar la indicada insatisfacción, constituyendo una Administración que podría denominarse subordinada a la virreinal, pero que por el hecho de que en algunas ocasiones el vínculo de subordinación es muy sutil, si es que existe, puede llamarse con más propiedad administración inferior a la virreinal.

Los títulos o magistraturas que irrumpen en este período, y que todos ellos pueden ser castellanos, son los de gobernador, capitán, adelantado y gobernador y capitán general. El primero es coetáneo al de virrey, y, junto con el siguiente, son los que desempeñan antes un papel importante. El tercero existe pronto, pero un importante papel no parece ejercerlo hasta pasada la primera.

década del siglo XVI. El de Gobernador y Capitán general no irrumpe hasta pasada la segunda década del mismo siglo.

El título de gobernador es coetáneo al de virrey, pues, como se recordará, a Cristóbal Colón se le confiere como título básico terrestre, con la condición virreinal. Como ya se dijo, pese a deber haber solicitado con insistencia dicha condición, que igualaba su poder en tierra al que tenía en el mar como Almirante, cuando ha de reclamar su condición de magistrado terrestre habla de “la gobernación”¹⁶⁵. Como ya se ha dicho también, cuando hay que corregir la administración colombina se envían gobernadores, primero, Bobadilla, y después, Ovando, fenómeno que ya observó Haring, diciendo que desde la deposición de Colón se habían enviado gobernadores subordinados¹⁶⁶.

En 1508, antes de que Diego Colón revitalice el título virreinal, se le designa para sustituir a Ovando como gobernador por la citada R. Cédula de 21 de octubre. Con fecha 3 de mayo de 1509 se le envía una larga relación de lo que debía hacer cuando llegara a la Española como “gouernador de las indias”, ordenando a Fr. Nicolás de Ovando, comendador mayor de Alcántara, que le diera puntual noticia del modo con que había gobernado¹⁶⁷. La instrucción que se le da al “almirante y gouernador” es muy extensa, encargándole, entre otros, los siguientes asuntos: *a)* proveer de acuerdo con el tesorero Miguel de Pasamonte sobre clérigos y sacristanes; *b)* recibir la instrucción de Ovando; *c)* el informe sobre el estado sanitario y construir hospitales; *d)* procurar la conversión de los indios y el buen trato a éstos; *e)* evitar que los indios usen de sus ceremonias y conseguir que vivan en poblaciones independientes, haciendo que se les pague el verdadero salario por su trabajo y que no vendan las posesiones sin un motivo justificado, vistiéndolos además como seres racionales y sin llevar armas; *f)* cuidar del modo de extraer oro; *g)* conseguir la conformidad de todos los vecinos con las provisiones que llevaba, y obtener su obediencia “como nuestro gouernador”; *h)* conseguir que cada uno trabajara en su oficio; *i)* tomar residencia a Ovando y a sus ofi-

165. Vid nota 83.

166. Lcc. cit. en nota 88.

167. AGI, IG, leg. 418, vol. 2.º, fols. 16-17.

ciales en el término de treinta días; *j*) hacer salir a los extranjeros; *k*) evitar la población por herejes; *l*) observar mucho cuidado en la administración de las rentas, firmándose toda libranza por el escribano y no pagándose sino lo que se mandara por órdenes o cédulas; *m*) avisar en caso de estimar necesario el levantamiento de nuevas poblaciones, y *n*) construir dos fortalezas en Concepción y Santiago, si no estuvieran ya construidas¹⁶⁸. También se le encarga especialmente que llegado a la Española tome las varas de la justicia, alcaldía y alguacilazgo, y tome residencia a Ovando y sus oficiales, concluyéndola en el término de treinta días¹⁶⁹.

La gobernación que se confiere a Ovando, y en la que le sucede Diego Colón, es una gobernación superior a otras, en cuanto tiene la condición de general, para la que no se precisa este calificativo especial en cuanto ya es bastante el que se denomine "gobernación de las Indias". Por ello, cuando a Diego Nicuesa se le nombra Gobernador de Veragua en 9 de mayo de 1508, se reserva la apelación de sus resoluciones a la Española¹⁷⁰, siendo, por tanto, un gobernador subordinado.

Lo mismo sucede con Ponce de León, al que desde Valladolid, y en 14 de agosto de 1509, a título provisional se le nombra gobernador de la isla de San Juan, con la fórmula tradicional castellana de encomendarle el gobierno y la justicia¹⁷¹, y desde Monzón, en 15 de junio de 1510, en forma definitiva, designándole también como capitán, a beneplácito, con jurisdicción civil y criminal, ejercicio de alcaldía y alguacilazgo, pero con la apelación al gobernador de La Española¹⁷².

El carácter preferentemente militar de estos Gobernadores de

168. Loc. cit., fols. 19-25.

169. Loc. cit., fol. 26v°-27.

170. Codoín AGI, tomo 32, pág. 25.

171. "... que seays nuestro gouernador de dicha ysla y tengays por nos y en nuestro nombre la gouernación y juzgado della...". AGI, IG, leg. 418, volumen 2.°, fol. 46 v.°

172. "... nuestro Capitan della por el tiempo que nuestra merced y voluntad fuere con los oficios de justicia e jurisdición civil y criminal alcaldia y alguacylazgo della quedando la apelación... para ante el nuestro gouernador que es o fuere de la ysla española...". AGI, IG, leg. 418, volumen 3.°, fol. 34.

tipo local hace que simultaneen aquel título con el de "capitán", que hemos visto se concede a Ponce de León, y al que como tal se dirige repetidamente el Rey¹⁷³. El mismo título en Tierra Firme lleva Alonso de Ojeda, y el mismo Nicuesa, ya citado, también es denominado como capitán¹⁷⁴.

El título de Gobernador no perderá nunca su interés, sobre todo, dado su carácter genérico y elástico, pues admite extensiones y limitaciones de poder, y, sobre todo, superposición de condiciones. Por ello, cuando se trata de encomendar la población del Perú a Pizarro en 1529, el Consejo de Indias se muestra conforme con que se le dé la gobernación vitalicia con título de adelantado¹⁷⁵, aconsejando la misma solución para la situación correspondiente del Capitán Diego Ordás¹⁷⁶.

El cargo de Adelantado, uno de los que están más precisados de estudio, parece no jugar un papel importante en los primeros tiempos de la Administración colombina, sirviendo más bien para que el Descubridor pueda honrar a sus familiares más cercanos. Como ya se ha dicho, en 1515, la reina D.^a Juana otorga el título a Diego Colón en La Española, islas y otras partes donde lo había sido el tío de aquél, Bartolomé¹⁷⁷, sin que se enumere atribuciones y sin que sea fácil saber qué utilidad podía tener esta concesión para aquél a quien se le intitulaba Almirante, Virrey y Gobernador, como no sea la de garantizar que no había de ser otorgado a otra persona.

173. Así, en 13 de septiembre de 1510: "nuestro capitán de la ysla de San Juan". AGI, IG, leg. 418, vol. 2.º, fol. 143 v.º. Vid. el mismo tratamiento en comunicación dada en Monzón, a 15 de junio de 1510. AGI, IG, leg. 418, vol. 3.º, fol. 35.

174. Existen diferencias entre Alonso de Ojeda, "nuestro Capitan en la tierra firme" y Diego de Nicuesa, del mismo título, sobre la gobernación del Golfo, que el Rey en Monzón, a 15 de junio de 1510 resuelve a favor del primero. AGI, IG, leg. 418, vol. 3.º, fol. 34.

175. "...y se le de la gouernacion por sus dias con otro tanto salario como se da a Pedro de los Ríos y más los mill ducados de merced cada año librado todo en las Rentas y prouechos della con con título de adelantado...". AGI, IG, 737.

176. "... que se le de la dicha gobernacion por sus dias con el mismo salario y merced que se dio al capitán pizarro". Loc cit.

177. Vid nota 116.

El título de Adelantado hay que suponer que se ha conferido para las tierras extremas, y con carácter militar, de conformidad con la evolución experimentada por la magistratura en Castilla, superponiéndose al título ya genérico de gobernador, pero en todo caso, subordinado al poder virreinal. Así, al Adelantado Diego Velázquez se le considera lugarteniente del gobernador de la isla Fernandina¹⁷⁸. Esta subordinación no quiere decir que el virrey y gobernador pueda disponer sin limitaciones sobre él, pues las resoluciones de mayor importancia las adopta directamente el Rey, sin que esto vaya contra una posible dogmática de la institución virreinal; pues también en los territorios de la Corona de Aragón, aunque el Virrey tenga superioridad sobre todos los oficios, hay algunos de ellos sobre los que de hecho no puede ejercitar muchas de sus facultades¹⁷⁹. Por ello se explica que cuando Diego Colón envía al licenciado Zuazo para tomar la residencia a Diego Velázquez, el Rey interviene indicando que el propio Zuazo está pendiente de residencia, y que Colón no podía nombrar juez de residencia en cuanto que aquella provisión le correspondía a él, sin perjuicio de que la restitución del adelantado se haga para que ejerza el gobierno y administración de justicia en la isla Fernandina por el Virrey¹⁸⁰.

El último título inferior al virreinal que aparece durante el período colombino, es el de Gobernador y Capitán General, que sobre el territorio denominado "Nueva España" y la ciudad de Temistlán, se concede desde Valladolid, en 15 de octubre de 1522, a Hernán Cortés¹⁸¹. Las atribuciones son las características de un gobernador dotado de jurisdicción civil y criminal; pudiendo administrar justicia por sí o por lugartenientes; llevando derechos junto con sus lugartenientes, alcaldes y alguaciles; haciendo salir de las tierras e islas a los elementos extraños, y ejecutando y co-

178. "Adelantado Diego Velazquez lugar theniente de nuestro governador de la isla Fernandina". AGI, IG, leg. 420, tomo II, fol. 11 v.º

179. Vid. *Lalinde*, op cit., págs. 352 y ss., en relación con los Doctores de la Audiencia.

180. "... el dicho almirante no pudo nombrar juez de rresidencia porque aquello a de ser proveido por nos". Vitoria, 15 de diciembre de 1521. AGI, IG. leg. 420, vol. 8.º, fol 333 v.º

181. Codoin AGI, tomo 26, págs. 59-65.

braudo las penas para la Cámara y el Fisco mediante inventario y ante escribano público.

El título de Capitán General debe haberle conferido un gran poder militar en una expedición en que era fundamental. La incorporación de este poder militar al que ejercía una alta magistratura civil, no era extraña ya en esta época, pues en Cataluña, desde 1512, Fernando el Católico lo había hecho con el Lugarteniente general, título oficial del virrey¹⁸².

En 1529, en la misma fecha en que el Rey encomienda a Pizarro la gobernación vitalicia del Perú, se encomienda a Cortés el descubrimiento del Mar del Sur, confiriéndole también la gobernación vitalicia de lo que descubriera, con los alguacilazgos¹⁸³. No se menciona el título de Capitán General, que no debía haber perdido, por cuanto lo que debe interesar es la magistratura oficial que había de recibir en los nuevos descubrimientos.

Por lo que se refiere a la subordinación de Hernán Cortés al poder virreinal, Pérez Bustamante ha señalado que aquél era Capitán General, pero que el Virrey podía conferir comisiones propias de dicho cargo a otra persona que no fuera el Marqués del Valle¹⁸⁴.

La Administración independiente de la virreinal colombina en Castilla del Oro.

Así como las magistraturas anteriores constituyen una Administración inferior a la virreinal colombina, y aún subordinada a ésta, hay otra que escapa a esta condición, y que es la constituida en los territorios denominados de "Castilla del Oro".

Desde Valladolid, a 27 de julio de 1513, se nombra a Pedrarias Dávila gobernador y capitán general de toda la tripulación y navios de que constaba la armada organizada para la conquista, y de

182. Vid. *Lalinde*, op. cit., págs. 103 y ss.

183. "... y que se le de la gouernacion de lo que descubriere con los alguaziladgos por su vida...".

184. Ciriaco Pérez Bustamante, "Don Antonio de Mendoza. Primer Virrey de la Nueva España" (1535-1550). Santiago, 1928, cap. III.

los territorios de la citada Castilla del Oro¹⁸⁵. La incorporación del título de Capitán General a la magistratura civil más importante se da sólo un año después de que aparezca la citada fórmula en la Corona de Aragón, Cataluña al menos, y está justificada puesto que se trata de una expedición guerrera.

Las atribuciones que se confieren a Pedrarias no exceden en principio de las de un gobernador, pues se le dota de jurisdicción civil y criminal, se le permite usar del oficio por lugarteniente, y hasta el señalar una apelación ante el Consejo de Castilla en los asuntos superiores a 600 pesos no implica que haya de considerársele una facultad de apelación en las causas menores, pues probablemente se consideraba que en éstas sólo cabía una instancia. Sin embargo, se le permite hacer "asientos", repartir heredades y dictar ordenanzas generales en toda la gobernación con imposición de penas, lo cual implica, especialmente el poder ordenancístico últimamente citado, una condición superior, pero sobre todo se le permite percibir derechos y costas anejas al oficio de Capitán y Gobernador, en la forma que hasta entonces lo había hecho el Almirante, Virrey y Gobernador de La Española¹⁸⁶. La equiparación a Diego Colón se confirma al excluir la provincia de Veragua, cuya gobernación se entendía pertenecer a aquél por haberlo descubierto su propio padre¹⁸⁷.

Pedrarias Dávila aparece, pues, como Gobernador y Capitán General de Castilla del Oro en situación de total independencia del virrey. Según Haring, la sentencia del Consejo Real, que aparentemente había sido favorable a Diego Colón, le había escamoteado la Tierra Firme, de forma que Pedrarias Dávila, en junio

185. "... tengais por Nos e en Nuestro nombre, la Governacion e Capitanía general de toda la gente en navios que agora van en la dicha Armada; e asi mesmo de la que está o estoviere o fuera de aqui adelante a la dicha tierra de Castilla del Oro...". Codoín AGI, tomo 39, págs. 271-279.

186. "... al dicho oficio de Capitan e Gobernador... segund e de la forma e manera que fasta aqui se han llevado y llevasen por el Almirante, Visorey e Gobernador de la dicha Isla Española". Loc. cit.

187. "... con tanto que non se entienda ni comprenda en ella la provincia de Veragua, cuya Governacion pertencece al Almirante don Diego Colón por lo haber descubierto el Almirante su Padre por su persona". Loc. cit., pág. 273.

de 1514, fue al itismo de Panamá como capitán general y gobernador independiente del virrey Diego Colón, aún cuando el itismo siempre había recibido órdenes de Santo Domingo ¹⁸⁸.

Esta posición de independencia se hace patente en 1514 con la atribución a Pedrarias de un título que no había aparecido antes en Indias ni tenía tradición en Castilla, y que es el de "Lugarteniente general". El Lugarteniente general es durante la Edad Media en la Corona de Aragón un personaje de la familia real, bien sea el cónyuge, bien sea el hermano del Rey, que ocupa el lugar de éste durante su ausencia en los territorios núcleo, es decir, en los ibéricos. En el siglo xv, y como consecuencia del absentismo de Alfonso V, el Magnánimo, hay momento en que se llega a más de una Lugartenencia general, pues en un territorio actúa su cónyuge la Reina María, y en otro, su hermano, el futuro Juan II, nombrándose, incluso, Lugarteniente general a algún personaje de fuera de la familia real, como sucede con Galcerán de Requesens, en Cataluña ¹⁸⁹. Con Fernando el Católico, la Lugartenencia general del tipo de la ejercida por Requesens, es decir, la atribuida a un miembro que no es de la familia real y que está designado no para toda la Corona o parte alícuota, sino sobre uno de los territorios, se institucionaliza y deviene permanente, sin que por ello no deje de producirse la otra también. Al "particularizarse" aquella Lugartenencia general viene a encontrarse en el camino con el virreinato, con el cual se identifica ¹⁹⁰.

Sin embargo, una vez producida la identificación hay áreas filológicas, es decir, territorios donde predomina una u otra denominación, ya que los núcleos, es decir, los ibéricos, mantienen el tradicional de "Lugarteniente general" ¹⁹¹, en tanto los periféricos, especialmente los italianos, oponen resistencia a ese título, como muy claramente puede observarse en Cerdeña ¹⁹².

188. HARING, op cit., págs. 20-21.

189. Vid. JESÚS LALINDE, op. cit. en nota 22, págs. 111 y ss.

190. Sobre la institucionalización, vid LALINDE, op. cit. en nota 28, páginas 60 y ss, y sobre el proceso de identificación la misma obra y la citada en nota 22, pág. 167.

191. Vid. LALINDE, op cit. en nota 28, pág. 71.

192. Vid. JUAN DEXART, "*Capitula sive acta Curiarum Regni Sardiniae*", Cagliari, lib. III, tit. I, cap. IV. En el parlamento sardo de Juan

En Indias, Cristóbal Colón, que debió tener presente los modelos periféricos, pues además vivió en un momento en el que la identificación no se había producido y no podía aspirar a transplantar la estructura central catalanoaragonesa, introdujo el título virreinal. Cuando en 1514 se denomina "Lugarteniente general" a Pedrarias, hay que suponer que el Rey ha querido atribuirle un título del mismo rango que el colombino, pero sin que fuera el mismo, para que no existieran dos virreyes ni se provocara la reacción de los sucesores del Descubridor.

Que no se trata de una titulación atribuida caprichosamente lo demuestra el que el Rey, desde Valladolid y a 23 de septiembre de 1514, ordena que Vasco Núñez de Balboa obedezca al Lugarteniente general, como lo haría con su propia persona, y dice a los oficiales que su voluntad es que exista una sola cabeza para que todos obedezcan a ésta como si se lo mandara él en persona, subrayando que la Gobernación está subordinada al citado Lugarteniente general¹⁹³. Como se recordará, lo que caracteriza a la Lugartenencia general y al virreinato, en cuanto éste es una forma de lugartenencia que llega a identificarse con aquélla, es, precisamente, el que toda su actuación se entiende como procedente de la misma persona del Rey, puesto que ocupa el lugar de éste, del que es un "alter ego".

Cuatro días más tarde, es decir, en 27 de septiembre, el Mo-

Duay y de Fernando Girón de Rebolledo, el estamento militar dice que en las gracias no se hace mención de "Locutenant general", sino de Virrey, "per raho que tal offici no era en consuetut en lo dit Regne". "El rey aprueba que para que el Lugarteniente general del momento y sus sucesores no pudieran hacer acto contrario, fuera comprendido donde se hiciera mención de Virrey. DEXART afirma que sólo se hacía mención de "Proreges", "propterea quod Governatores Regni, Proreges simpliciter, et non Locumtenentes compellari consueverunt", y añade que "Verum quia recen-ter inductum fuerat, Proreges simul Locutenentes Generales nominari...". Algo parecido sucede con el Parlamento de don ANTONIO CARDONA, aclarando DEXART (loc. cit., cap. V), que entonces se acostumbraba a llamar "cuni titulo, simul, et exercitio Capitanei Generalis".

193. "... e quel dicho Vasco Nuñez contente e agrade e sirva al dicho Nuestro Logar-Theniente Xeneral, como lo faria con nuextra mesma persona... para que todos sigan lo que aquel ordenare e mandere como si yo en persona mandase...". Codoin AGI, tomo 37, pág. 288

narca comunica a Pedrarias, a quien le intitula "Lugarteniente general de Castilla del Oro", que ha nombrado a Núñez de Balboa Adelantado de la Costa del Sur y de la Gobernación de Panamá y Coyba, y que es su voluntad que en los mencionados lugares todos los en ellos residentes le obedezcan y reconozcan como a su propia persona ¹⁹⁴, con lo que se ratifica el aludido carácter. Cuando al año siguiente Núñez de Balboa quiere informar directamente al Rey, éste prefiere que lo haga el Lugarteniente general ¹⁹⁵.

La posición de Pedrarias Dávila es muy elevada, como corresponde a su intitulación. Incluso problema que atañe a La Española, como es el de la fianza de los oficiales de esta Gobernación, se encarga a la Audiencia que reside en la isla y a él, como Lugarteniente general de Castilla del Oro ¹⁹⁶. El título es conocido y reconocido por todos, como puede verse en la relación que en 1517 hace el Licenciado Espinosa ¹⁹⁷, y aún el propio Rey lo hace en 1524, cinco años después de haberle sustituido ¹⁹⁸.

No desvirtúa esto, sino antes bien, lo confirma, los ataques de Antonio Herrera, cronista oficial y suegro de Núñez de Balboa, que dio lugar a un proceso incoado por el Conde de Puñonrostro, nieto de Pedrarias Dávila, para vindicar de éste la memoria ante la acusación formulada por Herrera de que hubiera mandado cortar la cabeza de su yerno. Herrera habla de un autor según el cual, el territorio del Darien se concedió a Pedrarias por favor, sin que el Rey se fiara de él por conocerle, por lo que le ordenó que gobernara conjuntamente con el Obispo y los oficiales reales,

194. "... Nuestro Logar Theniente Xeneral de Castilla del Oro... Mi voluntad es, quen esas partes, todos los quen ellas resydieren vos obedezcan e reconozcan como a Nuestra Persona". Codoin AGI, tomo 37, pág. 194.

195. Aranda, 2 de agosto de 1515. Loc. cit., pág. 294.

196. AGI, IG, leg. 420, reg. 2, fols. 62-63.

197. El Licenciado ESPINOSA habla del viaje hecho "por mandato del señor Logar-Theniente Xeneral". Codoin AGI, tomo 37, pág. 7.

198. "Por quanto por parte de vos, PEDRARIAS DÁVILA, nuestro Logar-Teniente Xeneral de Castilla del Oro, mes fecha relación que despues que por nuestro mandado fuysteis a esa dicha tierra con el cargo de la Gobernación della...". Vitoria, 20 de febrero de 1524. Codoin AGI, tomo 37, página 301.

haciéndole prestar juramento de cumplir las instrucciones, lo que no se hizo con los sucesores Lope de Sosa, Pero de los Ríos y Francisco de Barrionuevo¹⁹⁹, pero, aparte de que reconoce que luego gobernó sólo²⁰⁰, el ordenarle que gobernara con el asesoramiento de la autoridad eclesiástica y la colaboración de los oficiales reales no implica nada de particular. El mismo Herrera nos da noticia de que el Conde de Puñonrostro no quiso ser residenciado²⁰¹, lo que encaja bien con las pretensiones virreinales de siempre, que, posiblemente, llegaron a ser una realidad, pues la sentencia pronunciada por el Consejo de Indias en 1530, en la residencia tomada a Pedrarias por el Licenciado Juan de Salmerón, consta que se exigió por el cargo de Gobernador de Castilla del Oro²⁰², lo que puede significar que no se extendió a lo realizado como Lugarteniente general.

La Lugartenencia general de Castilla del Oro no concluyó con Pedrarias. La Real Cédula de 3 de marzo de 1519 nombra para sucederle y residenciarlo a Lope de Sosa, intitulándole unas veces “governador e Capitan General” y otras, “lugar theniente e capitan general, e governador”. Se le concede jurisdicción civil y criminal por mar y tierra, llevar derechos, hacer repartimientos, dictar ordenanzas generales en toda la gobernación y particularmente en cada pueblo con su consiguiente ejecución, ordenar la extracción del oro, la policía y gobernación, desterrar y ejecutar las penas de cámara con su entrega al tesorero general. Se establece apelación

199. “Ay un abtor que disce “quel oficio del Darien, se dio a PEDRARIAS por favor; como el Rey le conoscia, non fio el cargo dél, e por esto le mando que gobernare en compañía del Obispo e de los Ofyciales reales” e disce la verdad que ansi paresce por el veinte e quatro capitulo de su Instrucción...”. Papel del cronista ANTONIO HERRERA, sin fecha, en Codoin AGI, tomo 37, pág. 200.

200. Loc. cit., pág. 245.

201. “E si de diese logar a su pretension, lo mesmo querran Zúñigas, Sandoval, Matríques, Guzmanes, Ayalas e Mendozas e otros muchos non inferiores al Conde de Puñonrostro; que abiendo sido Visorreyes e Gobernadores, an sido resydenciados”. Información de don Antonio Herrera, sin fecha. Codoin AGI, tomo 37, pág. 254.

202. “... del tiempo que tobysteis cargo de Nuestro Gobernador de la dicha Castilla del Oro...”. Madrid, 9 de junio de 1530. Codoin AGI, tomo 37, págs. 231-234.

ai Consejo de Castilla en cantidades superiores a 600 pesos²⁰³. Es decir, el poder es en un todo similar al de Pedrarias²⁰⁴, y como a él se le reconoce siempre el título de "lugarteniente general", además del genérico de "gobernador"²⁰⁵.

Finalmente, también cuando en 1526 se da la instrucción para Pedro de los Ríos, se le intitula igualmente, y además expresamente se le indica que los términos de su gobernación y los límites de su poder se entienden en las mismas condiciones que se empleó para Pedrarias, en cuyo lugar se le nombra²⁰⁶.

En definitiva, al margen de la administración virreinal colombiana, y desde 1513, se desarrolla en Castilla del Oro otra administración del mismo rango, para la cual se utiliza otro término extraído de la Corona de Aragón, esta vez de los territorios ibéricos, que es el de la Lugartenencia general, y que por aquella época se había identificado con el de virreinato. Con ello, formalmente, se había orillado el inconveniente de atribuir el título virreinal a otra persona que no fuera uno de los sucesores del descubridor de América.

III

LA INSTAURACIÓN DEL SISTEMA VIRREINO-SENATORIAL EN INDIAS.

El desarrollo de la institución senatorial al margen de la administración colombina.

Como se recordará, uno de los motivos que impulsaron a Diego Colón a revalorizar el título virreinal solicitado por su padre, fue

203. Vid. PABLO ALVAREZ RUBIANO, "*Pedrarias Davila*", Madrid, 1964, página 469.

204. Loc. cit. en nota 185.

205. "Nuestro logartheniente general e gouernador de castilla del oro".. 1519. AGI, IG,, leg. 420, reg. 8, fol. 65 v.º

206. "... los terminos de vuestra gobernacion se entienden ser en los mismos terminos y limites contenidos en los poderes e instrucciones que se dieron a Pedro de Arias Dávila, en cuyo lugar vos subcedais..." Codoin AGI, tomo 23, págs. 384 y ss.

el envío de jueces de apelaciones a la Española, y las fórmulas que los Reyes impusieron a título transaccional otorgaron gran importancia a estos órganos, que, en todo caso, fueron magistraturas de segundas apelaciones, por encima de las primeras, correspondientes al virrey y a sus oficiales.

Puede afirmarse que la institución senatorial experimentó un notable desarrollo en Indias, pese a la oposición colombina y como consecuencia de su auge, tanto en Castilla, donde era el elemento fundamental del sistema, como en los territorios de la Corona de Aragón, donde se hallaba subordinada al Virrey.

Su organización satisface el principio castellano de la separación entre las funciones de gobierno y justicia, de las que absorbe esta última, siendo excluida totalmente de la primera, como puede observarse en la regulación de la Audiencia de Santo Domingo a partir de 1526²⁰⁷.

La constitución con arreglo a principios castellanos queda patentizada, además, en el señalamiento expreso del modelo. La Audiencia de Méjico²⁰⁸, creada por carta real dada en Burgos a 13 de diciembre de 1527, en Tenuxtitlan, por ser éste el centro del territorio²⁰⁹, se configura como una audiencia y chancillería real ante la que debían interponerse las apelaciones en la forma que se

207. Rec. Indias, II, 15, 2, al regular la Audiencia de Santo Domingo, con un Presidente que sea Gobernador y Capitán General, dice a éste "... ordene lo que fuere conveniente en las causas militares, y tocantes al buen gobierno y defensa de la dicha Isla... provea las Gobernaciones, y demás oficios... entretanto que Nos lo proveyeremos... provea todas las demás cosas que fueren de gobierno, y los Oidores de la dicha Audiencia no intervengan en ellas, ni el Presidente en las de justicia, y todos firmen lo que proveyeren sentenciaren y despacharen los Oidores". La legislación recopilada arranca del Emperador, en Granada a 14 de septiembre de 1526, debiendo ser la Presidencia posterior a esta fecha, siendo lo genuino la separación entre gobierno y justicia.

208. Rec. Indias, II, 15, 3, arrancando de disposición dada en Burgos, en 29 de noviembre de 1527, con establecimiento de Virrey, Gobernador y Capitán General, como Presidente, que, naturalmente, es posterior a la fecha citada de arranque.

209. "... por ser el comedio de dichas provincias...". Puga, "Cedula-rio", fol. 145.

hacía en las audiencias de Valladolid y Granada²¹⁰. También al crearse la Audiencias de las Charcas, el decreto real es de conformidad, siempre que se ejecute como se hacía en Valladolid y Granada²¹¹.

Como queda dicho, la administración de justicia se confiere plenamente a estas Audiencias. Desde Madrid, a 5 de abril de 1528, el Rey ordena que los oidores lleven varas de justicia y puedan conocer de todas las causas civiles y criminales en primera instancia o en apelación²¹², y en las Ordenanzas dadas para la misma Audiencia de Méjico en Madrid, a 20 de abril del mismo año, se la confiere el conocimiento de las apelaciones formuladas contra los gobernadores y sus alcaldes mayores, así como la primera instancia dentro de un radio de cinco leguas, y en los casos de corte. Su actuación es soberana en lo criminal, donde no cabe la apelación, que es posible, sin embargo, en lo civil, y ante el Consejo de Indias. Como de costumbre, el conocimiento de todos los pleitos y causas civiles y criminales se confiere con el modelo de los oidores de las Audiencias de Valladolid y Granada, y de los Alcaldes de las chancillerías, en lo criminal²¹³.

Estas Audiencias, integradas por un número determinado de oidores, tienen a su frente un Presidente, a cuyo cargo corresponde la dirección política del órgano, es decir, la regulación de su marcha y el control de la misma. Este presidente puede ser letrado, o no serlo, pero en este último supuesto no tiene voto, es decir, su actuación se reduce a la estrictamente política ya señalada. Por otro lado, si es Letrado, su calidad de Presidente no le confiere un papel preponderante, pues su voto no vale más que el de los oidores, computándose como una unidad, y habiéndose de plegar a

210. "... una nuestra audiencia y chancilleria real... y assimesmo mandemos que vengan las apelaciones que de vos los dichos Governadores y justicias se interpusieren en la dicha nuestra Audiencia real, según y como vienen en estos nuestros reynos a las nuestras audiencias de Valladolid y Granada". Loc. cit.

211. "Parece bien conque se de orden en la diuision de la provincia, como se haze entre Valladolid y Granada".

212. Puga, "*Cedulario*", fol. 15.

213. Loc. cit., fols. 27 v.º- 33 v.º

la mayoría, aunque ésta opine en su contra²¹⁴. Esta condición casi fungible del Presidente da origen lógicamente a que por Real Cédula dada en Madrid en 4 de agosto de 1530, se determine la sustitución automática del Presidente enfermo o fallecido por el oidor más antiguo²¹⁵.

La Presidencia puede encomendarse, por tanto, a cualquier persona, en el sentido de no exigirse la condición letrada. Se busca para ella personas de cierta condición o dignidad, como pueda observarse en las Ordenanzas de la segunda Audiencia de Méjico, dadas en 1530, en las que se designa al Padre D. Sebastián Ramírez, Obispo de Santo Domingo y la Concepción²¹⁶. En consecuencia, nada tiene de particular que en ocasiones esa Presidencia se confiera al propio Gobernador del distrito, que es lo que sucedió en las primeras ordenanzas de la Audiencia ya citada, de 1528, en las que la persona designada fue D. Nuño de Guzmán, gobernador de la provincia de Panuco²¹⁷. Sin embargo, con ello se sienta un precedente de que una misma autoridad ejerza íntegramente el gobierno y dirija la política judicial, prefigurando así el régimen virreino-sinodal en una de sus modalidades, pues bastará para ello sustituir el gobernador por el virrey.

Naturalmente, esta intervención del Gobernador en la Audiencia lleva consigo como contrapartida la intervención de la Audiencia en el Gobernador. Precisamente a aquel órgano se le encomienda proveer de teniente de Gobernador cuando Nuño Guzmán hubiera de regresar a España²¹⁸.

Por otro lado, el desarrollo de la institución senatorial sobrepasa el de cualquier otra magistratura, como puede observarse en 1536, año en el que ante el inconveniente de acudir a la Española desde Castilla del Oro, el Consejo Real propone el envío de tres letrados que residan en Panamá, para sustituir al gobernador que allí solía haber, los cuales conocieran de la apelación de agravios y querellas del Perú, Nueva Toledo, Nicaragua y otras provincias situadas en

214. Vid. las Ordenanzas citadas en la nota anterior.

215. Loc. cit., fol 51 v.º

216. "... conforme a la prouision, que para ello le auemos mandado dar". Loc. cit., fols. 56 v.º-58.

217. Loc. cit. en nota 213.

218. Loc. cit., fol. 45.

el mar del Norte, de forma que uno de sus jueces pudiera visitar y tomar la residencia a los gobernadores de aquellas provincias, castigar los levantamientos y pacificar las diferencias existentes entre gobernadores sobre límites de gobernaciones²¹⁹. Aunque pudieran mediar razones crematísticas, ya que el Consejo esgrimió el argumento de que el gasto de los tres letrados podía satisfacerse con sólo el salario del gobernador, que era de 2.000 ducados más el de uno de los oidores de la Española, no hay duda que se confiaba en que la institución senatorial pudiera sustituir a veces a la institución gubernatorial en la específica unión de ésta, incluso en territorios que, como el de Castilla del Oro, eran de tradición, más que gubernatorial, virreinal.

La insuficiencia del sistema gobierno-senatorial para compensar el fracaso de la administración colombina.

Séale o no imputable, históricamente, es decir, como hecho objetivo, hay que proclamar el fracaso de la administración colombina. Ahora bien, hay que proclamar asimismo que los esfuerzos hechos para compensar ese fracaso con la aplicación del sistema gobierno-senatorial, especialmente durante la década que va desde 1525 hasta 1535, no fueron fructíferos. Pérez Bustamante ha destacado el desorden en Méjico durante la desgraciada expedición de Cortés a las Hibueras, y como el Obispo de Méjico, Fr. Juan de Zumárraga, propuso el nombramiento de una persona de prestigio, que ostentando el título de Virrey, pusiera freno a las usurpaciones y ambiciones²²⁰.

219. "... que tress letrados, con las qualidades que para semejante negocio conuienen Residan en la dicha provincia de Castilla del Oro, en aquella cibdad de Panama que es en la mar del Sur los quales esten en lugar del gouernador que suele allí hauer". Consulta de 27 de enero de 1536.

220. Establecida la primera Audiencia, se distinguieron los atropellos y odios a Cortés por parte de su presidente Nuño de Guzmán, con intervención favorable del Obispo de Méjico, Fr. Juan de Zumárraga y nombramiento de la segunda Audiencia. Propuesto el nombramiento de Virrey, fueron excesivas las peticiones del Conde de Oropesa y del Mariscal de Fromista. Nueva España aparecía sin definir, incluyendo Guatemala e Hibueras al sur, el territorio de Florida y Nueva Galicia. Vid PÉREZ BUSTA-

Durante esos años, son numerosas las peticiones de modificación del sistema administrativo. Como consecuencia de una cédula del Emperador, remitida desde Génova, se reúne todo el Consejo de Indias y el de Hacienda en 1529, estimando la conveniencia de enviar un caballero sensato y prudente, que, a ser posible, tuviera patrimonio en España, no reteniéndoles para ello sino las excesivas pretensiones del Conde de Oropesa, Marisc. de Fromesta y don Antonio de Mendoza, hijo del Marqués de Mondéjar²²¹.

Quizá en el mismo año de 1529, al Mariscal de Fromesta se le ha ofrecido nombrarle Presidente de la Audiencia de Nueva España, con 3.000 ducados de salario y otros 3.000 de ayuda de costa, lo mismo que a D. Antonio de Mendoza. Lo más interesante en relación a este cargo, al que parece dotársele con un 50 por 100 más del que se dotaba al Lugarteniente general en Cataluña²²², es que se le atribuye otra denominación extraída de la Administración de la Corona de Aragón, y que es la de "Reformador"²²³. "Reformador" es uno de los varios títulos con que se ha conocido a los "comisarios" del Rey durante la Edad Media, siendo más o menos equivalente a los de "lugarteniente", virrey, etc.²²⁴. Su arraigo fundamental ha tenido lugar en Mallorca, donde esta condición en el "gobernador" o "portant veus" de la Gobernación general le ha permitido ostentar un gran poder ordenancístico²²⁵.

Este mismo título es el que solicita otro de los candidatos para tan importante situación, que es Gómez de Benavides, que pide, aparte de que se le haga provisión de Presidente de la Audiencia, el que se le haga provisión de "Reformador de la Nueva

MANTE, "D. Antonio...", cap. II. Como destacó VICENS VIVES, cit. por RADAELLI (op. cit., pág. 41), la experiencia del primer virreinato no fue feliz, abandonándose de 1499 a 1527, e intentándose en su lugar varias fórmulas, como gobiernos particulares, adelantamientos, etc..

221. "... han pedido cosas tan desaforadas...". AGI, IG, 737. El documento está fechado en 10 de diciembre de 1529.

222. En la época del Emperador, el Lugarteniente general en Cataluña, recibe 2.000 ducados de remuneración y otros 2.000 de ayuda de costa. Vid LALINDE, op. cit. en nota 28, págs. 238 y ss.

223. AGI, IG, 737.

224. Vid. LALINDE, op. cit. en nota 22, pág. 127.

225. Vid LALINDE, op. cit., en nota 25, págs. 421 y ss.

España, con poderes suficientes para todo lo que correspondiera al buen gobierno y situación de las provincias ²²⁶.

Es claro que si en los años finales de la tercera década del siglo XVI, el título manejado es el de "Reformador", y éste es equivalente al de "Virrey", hay que suponer que su origen es el mismo que dio lugar a la atribución de la denominación de "Lugarteniente general" a Pedrarias Dávila en Castilla del Oro. La administración catalanoaragonesa surte de denominaciones que tienen un mismo contenido, pero que evitan las reclamaciones colombinas o contribuyen a hacerlas menos justificadas.

En todo caso, esta tendencia constante a la designación de magistraturas importantes con poderes reforzados, demuestra el aludido fracaso de la fórmula gobierno-senatorial, que se refleja en Matienzo, al señalar éste como gran inconveniente el que a una comunidad bien provista de leyes no correspondieran buenos y suficientes gobernadores ²²⁷. En una Relación anónima sobre asuntos de Indias, dada en Granada en 1526, se representa al Monarca la conveniencia de nombrar tres o cuatro gobernadores, dado que los territorios eran muy extensos, y se señalaba que si se nombraba a uno solo se precisaría después mucho poder para destituirle si no resultaba ser como debía ²²⁸. Este es el único incon-

226. "... que se haga provisyon de Reformador de la nueva España con poderes bastantes para las cosas que tocaren a la buena governacion y estado de aquellas provincias...". Además, se pedía que los oficiales de hacienda y justicia fueran residenciados allí; que se buscaran las personas convenientes para los cargos de justicia y que los oficios de justicia y hacienda que vacaren, los pudiera proveer y confirmar el Virrey como viera que cumplía al servicio de S. M.; navíos para el viaje; 30.000 ducados cada año, etc. AGI, IG, 737.

227. "El gobierno de españoles es mas importante... y es muy gran inconveniente el que a la rrepublica bien proveyda de leyes no pone buenos y bastantes gobernadores...". MATIENZO, "Gobierno...", part. II, cap. 1, número 1.

228. "Lo primero que tengo por principal es que V. S. M. haga tres o quatro gouernadores porque la tierra es muy larga y para ser bien regida los habien menester...". Una nota al margen dice: "en esto se ha proveydo un gouernador en panuco y otro en las higueras y se platica venida la informacion de luy's ponce hazer mas gouernadores y repartirles la tierra". AGI, Patronato (en adelante citado "Patr.º"), leg. 170, ramo 26.

veniente que podía ofrecer la referida creación de una magistratura fuerte, que impusiera el orden y coordinara la actuación de los diversos gobernadores esparcidos por los distritos.

El establecimiento de la institución virreinal no capitulada.

Como ya señalaron Muro y Sánchez Pedrote, un motivo del retraso del establecimiento del virreinato hubo de ser el pleito con la familia Colón²²⁹. Como se ha expuesto, el título virreinal de los Colón obligó a denominar "Lugarteniente general" al virrey de Castilla del Oro, y a hablar de "Reformador" cuando se trataba de establecer un virrey en Nueva España.

En 1535, al obstáculo se da ya por superado, y se procede al nombramiento del primer virrey de Nueva España, en la persona de don Antonio de Mendoza, extendiéndose el privilegio en Barcelona, y en 17 de abril. Se le nombra Virrey y Presidente de la Audiencia, otorgándole 3.000 ducados anuales por cada cargo, más 2.000 para el sostenimiento de la guardia personal, consistente en diez escuderos de a caballo y 20 alabarderos de a pie, con alabardas, mandados por un capitán²³⁰. Respecto a esta guardia, la equiparación con los virreinos ibéricos parece absoluta, pues el Emperador atribuyó 30 alabarderos al Marqués de Lombay, y futuro San Francisco de Borja, cuando lo nombró virrey de Cataluña²³¹. La remuneración, mucho más fuerte, refleja la compensación que había que conceder para el ejercicio de un cargo tan distante.

Las peticiones de Antonio de Mendoza, como las del Mariscal de Fromesta y de Gómez de Benavides, eran "desaforadas", como se las calificó por los Consejos de Indias y Hacienda. En el orden administrativo solicitó la facultad de proveer los alcaldes en las fortalezas y los oidores y el tesorero y el contador. En el orden económico solicitó una remuneración de 16.000 ducados, que si era modesta en relación a la de Gómez de Benavides, que pidió el doble, era muy superior a la que había de concedérsele, pero además solicitó exención de almojarifazgo, lo que era tanto como una pa-

229. Cfr. RADAELLI, op. cit., pág. 41.

230. PÉREZ BUSTAMANTE, op. cit., cap. III.

231. Vid. LALINDE, op. cit. en nota 28, págs 225 y ss.

tente de contrabando, amén de navio y vituallas para el viaje. Aparte de esto pidió importantes privilegios personales, tales como la facultad de renunciar a su encomienda en favor de su hijo en determinadas condiciones, así como sus cargos en España, recibir a su hija como dama del Rey y la prioridad en el conocimiento de una causa que tenía pendiente con su hermano el Marqués de Mondéjar, curioso privilegio procesal²³². No cabe la menor duda que la Corte había ofrecido ser generosa con el Virrey designado, pues así se expresaba claramente el indicado Mendoza²³³.

Sin embargo, pese a estos ofrecimientos de la Corte y a las peticiones de los candidatos, la nueva institución virreinal de Nueva España, a diferencia de la colombina, no es una institución capitulada. Ofrecimientos y peticiones actúan como simples "motivos" psicológicos, pero sin trascendencia jurídica, es decir, sin llegar a constituir "causa" de un negocio jurídico. El Virrey es, entonces, una magistratura más de la administración territorial, que se designa libremente por el Rey en el aspecto jurídico.

Ocho años más tarde, la institución virreinal se establece en el Perú. De hecho, Francisco de Pizarro ha sido un virrey, en cuanto su poder ha debido ser omnímodo. Cuando en el Consejo de Indias se redactan relaciones sobre salarios y ayudas de costa de los virreyes y gobernadores del Perú se principia por él²³⁴, aunque también suele distinguirse que su título fue el de Gobernador, desde sus principios en 1529, y que el mismo título fue el concedido a su sucesor, Cristóbal Vaca de Castro, en 1540, en tanto que el título de virrey fue conferido por primera vez a Blasco Núñez Vela, en 1543²³⁵.

232. AGI, IG, 737.

233. "... y aunque tengo por el principal punto ver los poderes e instituciones para ver si podre scriuir en esto a Su Magestad como deseo no ynsysto en ello pues, V. S. me a dicho que seran tan bastantes y copiosos como se rrequieren para tan grand negocio". Loc. cit.

234. Así, en una relación de salarios y ayudas de costa "que sean señalado a los visorreyes y gouernadores del Perú". Borrador del Consejo, en AGI, IG, leg. 855.

235. "Relacion de los Virreyes que ha hauido en las Provincias del Peru desde su descubrimiento: 1. El Marqués don Francisco Piçarro con titulo de Governador el año de 1529; 2. Sucediele el ldo. Cristoual Baca

Naturalmente, para el caso del Perú no puede aplicarse en la misma medida el razonamiento que se ha utilizado en el de Nueva España, de que el título virreinal no se concediera con anterioridad por el obstáculo que representaba la familia Colón. Seguramente es válido también para la época de Pizarro, lo que sucede es que no fue el único, y que, especialmente, para el período 1535-1543 debió añadirse el de que el convencimiento de su necesidad se abrió paso más tarde en relación al de Nueva España. Se sintió, sin embargo, vivamente, como puede verse en Matienzo, el cual proclama paladinamente el fracaso o la insuficiencia del sistema gobierno-senatorial en el Perú y la necesidad de la institución virreinal. Según el jurista, pese a haberse provisto gente importante y letrados, ninguno de ellos había conseguido una eficaz organización del gobierno, precisándose que hubiera un virrey y que fuera persona de gran dignidad para ser temido y respetado, que es lo que necesitaba el territorio²³⁶. Recogiendo este estado de opinión, las Leyes Nuevas establecieron que residiera un Virrey en las Provincias del Perú²³⁷.

Hubo, pues, un período de gestación largo de la institución virreinal, cuyo apogeo se alcanzó en la década de 1525 a 1535. La Corte tenía frente a sí el modelo que había elaborado para regir los territorios de la Corona de Aragón, el cual ofrecía algunos inconvenientes que podían limarse en Indias, pero el título que reivindicaba la familia Colón era un obstáculo de importancia. Cuando desapareció éste, no se dudó ya en crear la institución

de Castro con el mismo título año de 1540; 3. Sucedióle Blasco Nuñez Vela, con título de Virrey, año de 1543, etc.". Redactado en 1667. AGI, IG, leg. 512, reg. 2.

236. "... y aunque en el Peru se han proveydo gente tan principal y letrados, que no ha avido ninguno que haya dado asiento en el gobierno de aquella tierra, y así parece que aya virrey en aquel Reyno, que sea señor de título porque sea mas temido y rreverenciado, que es la cosa que los de aquella tierra han mas menester". MATIENZO, *op. cit.*, part. II, cap. I. Vid. ERNESTO SCHAEFFER, "El Consejo Real y Supremo de las Indias", tomo II, Sevilla, 1947, pág. 3: "y en ambos (Nueva España y Perú) fueron razones prácticas de administración las que causaron la introducción de la autoridad virreinal".

237. "Reside en las provincias del Perú un Virrey. Cap. X de las leyes nuevas." *Copilata*, lib. II, tit. III, núm. 3.

en Nueva España, que se iba a crear de todas maneras, sino en atribuirle el propio título de Virrey, en lugar de denominarla "Reformador" u otro similar, como se pensaba hacer. Sólo unos años más tarde se creaba el segundo virreinato, el del Perú, ante el convencimiento de que también aquí la fórmula gobierno-senatorial era impotente para el mantenimiento del orden.

Esta instauración de la institución virreinal no capitulada tuvo lugar en pleno auge de la misma en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón²³⁸ y, en general, en todos aquellos donde no era posible el gobierno inmediato y directo por el Rey, pues hasta en los lugares donde la institución no arraigó nunca, como en Milán, el gobernador fue configurado en forma cercana al virrey²³⁹. No fue, pues el establecimiento de un sistema nuevo e independiente del que regía en España, sino la aplicación de la institución utilizada por los Monarcas en aquellos territorios donde no residían en una forma permanente, y en donde, en consecuencia, no bastaban los simples agentes del poder real, sino que se precisaba de unas magistraturas potentes que, representando la persona del Rey, pudieran mantener el orden público en debida forma y cuidar de la ejecución de las órdenes de la Corte. Que al aplicar la institución ésta tuviera determinadas peculiaridades e integrara, incluso, distintas fórmulas era lógico, pero estas peculiaridades no rompieron en ningún momento la unidad de administración que, dentro de su variedad, caracterizó a la Monarquía universal española.

El establecimiento del sistema virreino-senatorial.

En cuanto que a partir de 1535 en Nueva España, y de 1543, en Perú, la administración indiana va a descansar en la institución del virrey y en la de la Audiencia, puede hablarse de la instaura-

238. Vid. LALINDE, op. cit., cap. IV.

239. Vid. MORONGIÚ, op. cit., págs. 310 y ss., donde se destaca que mientras Carlos a instancias locales limita con el Senado el poder del Gobernador en Worms, año 1545, su hijo, Felipe II, quiere que el Senado obedezca al Gobernador como al mismo soberano. Según el historiador italiano, los juristas comparan al gobernador milanés con un procónsul, y su poder deriva de la ley, pero también, quizá en primer lugar, de la delegación del soberano.

ción de un sistema virreino-senatorial en Indias, sobre todo en aquellos casos en que el Virrey es al mismo tiempo Presidente de la Audiencia. Como ha destacado Rubio Mañé para Nueva España, pero que también es aplicable al Perú, la vinculación de un cargo a otro tiene lugar en 1567, pero sin que esto signifique que con anterioridad no hubieran coincidido ²⁴⁰. En efecto, Antonio de Mendoza, como se sabe el primer virrey del citado virreinato, recibe las dos titulaciones, aunque por separado, incluso sin aludirse a la condición de virrey en la que se le da como Presidente de la Audiencia ²⁴¹.

Como más adelante se dirá, el sistema dista mucho de ser puro, pero de una manera o de otra, el Virrey pasa prácticamente a presidir la Audiencia, con voto en la administración de justicia si tiene la condición de letrado, y, en todo caso, con pleno poder en los asuntos de gobierno, en los que la Audiencia tiene un papel meramente asesor o consultor, cuando el virrey lo quiere ²⁴². Esto es predicable también para el Perú, pues en 1551 parece consagrado su papel de Presidente de la Audiencia. En una Consulta del Consejo de Indias en 22 de abril del citado año se expone la conveniencia de fundar una Audiencia en la Villa de la Plata, que estaba en las Charcas, cerca de las minas de Potosí, con independencia de la existente en la Ciudad de los Reyes, y subordinándola a la administración virreinal del Perú, se declara que si el Virrey residiera allí algún tiempo debía presidirla como había de hacerlo cuando se encontraba en la otra, presidiendo en su ausencia el oidor más antiguo, y entendiéndose ello en lo relativo a la administración de justicia, pues al gobierno pertenecía exclusivamente al indicado Virrey en todo el distrito de las dos audiencias ²⁴³.

240. RUBIO MAÑÉ, "Introducción...", págs. 24 y ss. La disposición de 1567, está fechada en 15 de febrero, y es recogida en Rec. Indias, II, 16, 1.

241. PUGA, "Cedulario", fol. 99.

242. "... y en las cosas de governacion que el quisiere comunicar con vosotros, siempre le aconsejareys, y avisareys como personas que tienen experiencia en las cosas dessa tierra". Loc. cit., fol. 99 v.º

243. "... y esté devaxo de la governacion del Virrey que fuere en el Perú y si algund tiempo con ellos ressiere presida como lo ha de hazer quando estuviere en la de los Reyes y en su ausencia presida el oidor más antiguo. Esto en las cosas de justicia y administración della que en las de

Una muestra temprana de la utilización de la Audiencia por el Virrey de Nueva España la tenemos en 1536, en cuanto éste es autorizado por el Monarca, desde Madrid y a 27 de mayo, para nombrar un oidor que pudiera entrar en el cabildo de Méjico y tener voz y voto en él, a causa de las diferencias que existían en la elección de los dos alcaldes ordinarios²⁴⁴. En el Perú, el artículo 33 de las Instrucciones dadas al Marqués de Mancera le encomienda entender con toda puntualidad y veracidad sobre la forma de administrar y ejecutar justicia en toda la Audiencia del distrito y la Paz, así como sobre la forma de proceder de los gobernadores y corregidores, informando secretamente y avisándole en carta aparte y autógrafa, a fin de poder premiar y castigar²⁴⁵.

Las quejas de los oidores contra el Virrey de Nueva España en 1573, en el sentido de que éste les hacía ir a su palacio los viernes y votar en su presencia, así como de que quería ver las cartas que les escribía el Rey²⁴⁶, son ilustrativas de una fuerte intervención. Si en ello podía haber extralimitación, no parece lo mismo cuando en el citado año por mandato del Rey represente a los alcaldes "en acuerdo", por haber remitido al Consejo de Indias el proceso entre el fiscal y Francisco del Pulgar contra el capitán Felipe de Salcedo²⁴⁷.

la gobernanación ha de entender solo el Virrey como agora lo haze en todo el distrito de ambas audiencias". AGI, IG, 737.

244. PUGA "Cedulario", fol. 110 v.º

245. "... en carta aparte de vuestra Propia letra...".

246. Según el Virrey los alcaldes del crimen se habían quejado de que les hiciera venir a su aposento los viernes y votar en su presencia, cuando la verdad era que los Acuerdos, desde que se había fundado la Audiencia se había celebrado en el aposento del Presidente, sin pieza señalada para ellos. El Virrey opina que no hace fuerza con ello, y añade: "y el asistir yo algunas vezes a los acuerdos de los alcaldes ya V. M. sabe que no es obligación del presidente sino cosa voluntaria y aora podre menos Hacerlo, pues no aura lugar ni ora cierta. Respecto a unos agravios de querer ver las cartas que el Rey escribía a los alcaldes, el Virrey lo justifica diciendo que había oído a uno que el presidente de los oidores, no lo era de los alcaldes, y quiso saber si estas cartas se lo aclaraban. Carta de don Martín Enríquez al Rey, en 7 de octubre de 1573. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

247. 10 de octubre de 1573, en loc. cit.

Si el Virrey no letrado no vota en justicia, está, sin embargo, en condiciones de dar el juez, como lo hacían los antiguos magistrados romanos. Cuando el Dr. Zamora, alcalde de corte, plantea litigio a Lope Machorro, maestro de una nave, e intenta que se vea en la Audiencia, el Virrey de Nueva España lo envía a un alcalde ordinario, con apelación al Consejo de Indias²⁴⁸. En la Audiencia, si asiste a la Sala, determina qué pleitos se han de ver²⁴⁹. La designación de jueces en causas y pleitos llega, incluso, a consagrarse legislativamente, en 28 de marzo de 1620²⁵⁰, y en este mismo año, en 5 de septiembre, se faculta a ambos virreyes, el de Lima y el de Méjico, para proceder de oficio o a petición de parte contra los oidores, alcaldes y fiscal de la Audiencia, que hubieran incurrido en delito, con la única limitación de que si pueden proceder y prender, no pueden privar ni suspender de la plaza, sin previa consulta al Consejo²⁵¹, lo que estaba en relación con otra disposición de 1605, que facultaba a los Presidentes de las Audiencias para conocer con los Alcaldes ordinarios de las causas criminales de Oidores y Fiscales²⁵².

Finalmente, dentro de las características de un sistema virreino-senatorial, debe destacarse que en 1631 se consagra legislativamente el que corresponde a los Virreyes y Presidentes de Audiencia el declarar si una materia corresponde a justicia o a gobierno²⁵³.

248. Año 1581. AGI, Méjico, leg. 20.

249. Sólo si el Virrey no va a la Sala, y antes que la Audiencia se sienta en estrados, dice que pleitos se han de ver, hay que guardarlo. En otro caso corresponde al Oidor más antiguo. Vid. Cédula dada en Madrid, 17 de enero de 1593, en DIEGO DE ENCINAS, "*Cedulario indiano*", reproducción facsimil de la edición de 1596, estudio e índices, por ALFONSO GARCÍA GALLO, Madrid, 1946, tomo II, pág. 15.

250. Rec. Indias, II, 15, 62.

251. Rec. Indias, II, 16, 44.

252. Rec. Indias, II, 16, 43.

253. Rec. Indias, II, 15, 38.

IV

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA VIRREINO-SENATORIAL INDIANO

La unidad de principios en el derecho administrativo hispánico con la Casa de Austria.

Como se ha indicado anteriormente, el sistema indiano de administración instaurado en la cuarta década del siglo XVI puede calificarse de virreino-senatorial, en cuanto reposa sobre las figuras del Virrey y de la Audiencia, también llamada Senado en la época por parte de los juristas, pero distando mucho de ser puro. Claro está que toda esta terminología es convencional y, en consecuencia, no deja de estar afectado de cierto relativismo el concepto de pureza en el sistema, pero puede entenderse como tal la comunión perfecta de ambos órganos, de forma que casi pueda decirse que constituyan uno solo.

El sistema virreino-senatorial viene a ser el reflejo absoluto, en lo territorial, del que constituye en lo central el Rey con su Consejo, en el que el primero gobierna asesorándose del segundo, y administra justicia deliberando con el mismo. El Virrey es la encarnación del Rey, su "otro yo", actuando, por tanto, como lo haría el último, y utilizando para ello la Audiencia, que es para él lo que el Consejo para el Rey. No debe pensarse en un plano de coordinación, sino de subordinación de la Audiencia al Virrey, lo que no quiere decir que éste pueda prescindir de ella u ordenarla despóticamente, pues en la esencia del sistema está la colaboración. Si se quiere, puede decirse que en relación con el Rey y el Virrey nos encontramos ante uno de los múltiples casos de autolimitación del poder político, que es lo que permite el desarrollo de un orden jurídico.

Si la subordinación de la Audiencia al Virrey no se produce, es decir, si en el plano territorial no se ofrece el fiel reflejo de lo que ha de suceder en el plano central, pues no es concebible la independización del Consejo respecto del Rey, la pureza se pierde, y el sistema vienen a configurarse con arreglo a un criterio gubernamental-senatorial, en el que las funciones aparecen divididas y los poderes.

también. El Virrey deviene un gobernador, aunque dotado de un poder más intenso, y la Audiencia resulta un órgano autónomo. Naturalmente, el sistema virreino-senatorial puede ser bastardeado en mayor o menor medida, y caben distintas gradaciones. Hallar, por otra parte, un sistema puro del tipo que sea es difícil, sobre todo históricamente, pues dada la mutación constante, sólo en un momento fugaz podremos encontrar la pureza del sistema.

Como se indicó al estudiar los sistemas administrativos hispánicos a fines del siglo xv, la fórmula gobierno-senatorial es la característica castellana, en tanto que la Corona de Aragón se decanta entonces hacia un sistema virreino-senatorial, que puede considerarse definitivamente establecido en el siglo xvi. Sin embargo, no debe olvidarse que ya desde la época de los Reyes Católicos, y especialmente en la de sus sucesores, la Corona de Aragón se dirige desde tierras castellanas, y que, en consecuencia, sería pecar de simplismo calificar de espiritualmente catalanoaragonesa toda institución que se desarrolle en la citada Corona y tal como se desarrolle. Tampoco puede desconocerse la influencia catalanoaragonesa en Castilla, y prueba de ello puede ser esta extraña institución virreinal del año 1520, a la que se ha aludido, si bien esa influencia es mínima por lo que se refiere a los territorios castellanos ibéricos, a diferencia de la sucedido con los territorios castellanos indianos, como lo muestran esos títulos de virrey, lugarteniente general, reformador, etc., cuyo origen está indudablemente en la Corona de Aragón.

El sistema virreino-senatorial de la Corona de Aragón es debido, en primer lugar, a una trayectoria histórica de aquélla, pero, en segundo lugar, a un moldeamiento ejercido por unos monarcas que tienen su Corte en Castilla, y en los que los principios castellanos tienen que ejercer notoria influencia²⁵⁴. La administración indiana, en su armazón, y aunque pueda parecer paradójico a primera vista, tiene que ser más similar a la catalanoaragonesa por pertenecer a Castilla. La paradoja se deshace si se piensa que la Corona de Aragón e Indias se encuentran en una situación de similitud, que es la lejanía del Rey. Si éste hubiera podido resi-

254. Vid. LALINDE, "La institución...", págs. 147 y ss.

dir en Indias, es muy probable o casi seguro que hubiera empleado una fórmula gobierno-senatorial, pero al estar lejos tuvo que adoptar la fórmula virreino-senatorial que aplicaba en la Corona de Aragón, donde tampoco se encontraba presente, lo mismo que la aplicó en Castilla en 1520, cuando también hubo de estar ausente, debiendo tenerse presente que la ausencia no está referida exclusivamente al Rey, sino a su Corte y a los órganos que le rodean.

Ahora bien, si el sistema a emplear ha de ser el virreino-senatorial, y el Monarca está inmerso en una administración que se ajusta tradicionalmente a una fórmula gobierno-senatorial, no tiene nada de particular que moldee el primero con arreglo a los principios de la segunda. Sin embargo, también será probable que no los aplique en la misma medida en un lugar que en otro, bien porque no pueda, bien porque no le parezca conveniente, y aquí es donde estará la diferencia entre el sistema virreino-senatorial indiano y el sistema o sistemas aplicados en los distintos territorios de la Corona de Aragón. Esta Corona es una realidad histórica, constituida por un conglomerado de normas, privilegios, costumbres, etc., que no siempre permitirán la aplicación libre de los principios, en tanto Indias es una realidad ahistórica y meramente geográfica, desde el punto de vista europeo, que no opone más obstáculos que los de una Capitulación concebida cuando dicha realidad era todavía nonnata, y que una vez superada deja un campo expedito.

Es un error manifiesto pensar que en Indias se está desarrollando una administración que no tiene ninguna relación con la de los demás territorios de la Monarquía. Esta es una, y una es también su política administrativa, lo que no obsta para que ésta se plasme en formas diversas al incidir en campos también diversos. Piénsese simplemente en que Cataluña cuenta con una Audiencia integrada por doctores catalanes y pagados por la Diputación catalana, en tanto que una Audiencia indiana está compuesta de licenciados o doctores castellanos, pagados por la Tesorería castellana. Ante esta situación distinta, aunque los principios inspiradores de la Administración sean los mismos, las instituciones reales, en este caso el Virrey, tendrán que diferenciarse en cuanto a matiz. En Cataluña, frente al exterior, el Monarca tendrá que

acentuar en la medida de lo posible el poder del Virrey, pues bastantes limitaciones surgirán para ambos como consecuencia de las normas y privilegios del territorio, a los que los Doctores, por más que su fidelidad a la Corona sea mucha, y lo fue, no pueden permanecer sordos. Si en Indias no pueden proceder limitaciones del territorio, el Monarca no tendrá que acentuar, el poder del Virrey, sino antes bien limitarle con el poder de una Audiencia, que está integrada también por hombres suyos. En los dos casos, los principios serán únicos, y sólo divergerán en su aplicación.

Es un error también frecuente el de pensar que la distancia ha moldeado decisivamente la institución virreinal indiana. Negar la influencia de este factor geográfico sería ilógico, pero supervalorarlo también lo es. Según lo dicho anteriormente, es muy probable que el Monarca necesite un virrey más potente en Cataluña, o en Aragón, o en Sicilia, donde la acción regia tiene que superar unos obstáculos normativos y de privilegios, que en Indias, donde esos obstáculos normativos no existen, y no ya sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino aún en el poder gubernativo, pues el bandidaje catalán, por ejemplo, no es problema más fácil de resolver que el dominar las sublevaciones indias. Lo que sucede es que ante los ojos de los administrados, la figura del Virrey indiano se agiganta más, porque no tiene ocasión de ver ninguna figura superior a él, en tanto que en los territorios de la Corona de Aragón, si la entrada de los Virreyes es majestuosa, aún lo es más la visita del Rey o de algún Infante. Esto no significa negar en absoluto el valor de la distancia, pues es comprensible que el Virrey indiano tuviera que actuar por sí en casos en los que sus colegas ibéricos o mediterráneos podían acudir en consulta o solicitar la ayuda de sus superiores.

Todo esto, hay que repetirlo una vez más, viene a ser dicho porque al exponer la administración indiana hay que partir de una unidad general de la administración hispánica, que se sirve en la Corona de Aragón y en Indias de unos sistemas virreino-senatoriales, que moldea, sin embargo, con arreglo a la tradicio-

nal fórmula gobierno-senatorial castellana, si bien este moldeamiento se deja sentir con más fuerza en Indias, como consecuencia de que allí la Monarquía no tiene que superar los obstáculos procedentes de una complicada red normativa preexistente.

La configuración del sistema virreino-senatorial indiano con arreglo al criterio gobierno-senatorial en los siglos XVI y XVII.

El moldeamiento del sistema virreino-senatorial por un criterio gobierno-senatorial se refleja en dos fenómenos: *a)* la separación de las funciones de gobierno y justicia, con atribución individualizada a los miembros del sistema, Virrey y Audiencia, y *b)* la independización político-jurídica de los miembros de la Audiencia en relación al Virrey. De los dos, el primero es más importante, pues es estrictamente jurídico-administrativo, en tanto el segundo se sale a veces del campo estricto del Derecho, y, además, es una consecuencia del primero.

Con respecto a éste, ya se indicó que la institución nace en Nueva España y en 1535, otorgándose a D. Antonio de Mendoza los títulos de Virrey y Presidente de la Audiencia por separado, y, además, negándosele el voto en la última por no ser letrado²⁵⁵.

El otorgamiento de los títulos por separado es significativo, en cuanto que el Virrey no es un Presidente nato, y, en consecuencia, nada hay que impida el que la Presidencia de la Audiencia se provea en persona diferente. De hecho hay una vinculación, como se desprende del caso citado en el Perú en 1551, de no parecer dudarse en que el Virrey presida las Audiencias sufragáneas cuando se encuentra en ellas, de la misma forma que lo hace en la que pudiéramos denominar metropolitana²⁵⁶, criterio que parece confirmarse en el siglo siguiente, en el que habiéndose encargado en 1614 al Príncipe de Esquilache, virrey del Perú, el visitar las

255. Loc. cit. en nota 241. El título, expedido en Barcelona, 17 de abril de 1535, está inserto en PÉREZ BUSTAMANTE, op. cit., págs. 141-142, diciendo, entre otros extremos: "e porque vos no soys letrado no aveys de tener voto en las cosas de justicia".

256. Vid. nota 243.

ciudades de la Plata y S. Francisco de Quito, así como también Panamá, en Tierra Firme, se le autoriza expresamente a entrar en las Audiencias y asistir en ellas, juntamente con los Presidentes y Oidores, ocupando un lugar preeminente como Virrey²⁵⁷.

Sin embargo, aunque de hecho se haya producido la vinculación en época temprana, y de derecho en 1567, no parece que haya pasado de una especie de emisión personal. En la misma fecha últimamente citada de 1615, cuando se provee a D. Francisco de Borja como virrey, gobernador y capitán general de las provincias del Perú, se agrega que es la voluntad real que juntamente con los citados cargos posea el de Presidente de la Audiencia sita en la ciudad de los Reyes, presidiendo y asistiendo con los oidores para proveer todo lo necesario al servicio de Dios y a la buena administración de la justicia²⁵⁸, es decir, en todo caso, y aún cuando no se libren títulos por separado, la Presidencia de la Audiencia no se entiende radicada en el Virrey, sino que es una magistratura que se le concede expresamente para que la una a los otros cargos de que ha sido provisto.

En esto ya se observa como la pureza del sistema virreinosenatorial indiano es mucho menor de la existente en los territorios ibéricos y mediterráneos, donde teóricamente la administración de justicia corresponde al Virrey, que la ejerce a través de la Audiencia, que en este sentido es un apéndice suyo, y como tal la preside en virtud de su propio título sin necesitar otro complementario. La razón de esta diferencia, sin embargo, no es muy difícil de explicar. En Cataluña, por ejemplo, el conocimiento de las causas de apelación por parte del Rey está condicionado a su presencia en el Principado, de forma que aquél está interesado en que su representante personal, único que, por otra parte, puede administrar justicia en su nombre, presida el cónclave de los doctores

257. San Lorenzo, 7 de septiembre de 1614, AGI, IG, leg. 512, reg. 1, folios 12 v.º-13.

258. "... y es mi voluntad que juntamente con los dichos cargos tengáis el de Presidente de mi Real Audiencia que resside en la ciudad de los Reyes de las dichas prouincias... hagáis y probeais todas las cossas necessarias assi al seruicio de Dios, como a la buena administracion de la justicia y las demás al dicho officio anexas y pertenecientes...". AGI, IG, legajo 512, reg. 1, fol. 3.

catalanes que han de integrar la Audiencia²⁵⁹. Algo parecido sucede en Mallorca, donde al no encontrarse el Rey personalmente, que es el que puede ejercer la administración de justicia conforme al modelo medieval, nombra un Lugarteniente general, que actúa con dos jurisperitos, de los que uno es Regente de la Cancillería, y otro, Abogado del Fisco y Patrimonio, los cuales entienden indistintamente en las causas civiles y criminales, salvo en el caso de suplicación o apelación, en que el Lugarteniente se aconseja con otro doctor, "vice et loco Regentis Cancellariam", o en lugar de aquél que aconsejó en la primera instancia. Cuando por Pragmática de 11 de mayo de 1571 se procede a la nueva Ordenación de la Audiencia, dotándola de seis jurisperitos, de los que uno es Regente de la Cancillería, y el otro, Abogado Fiscal, como en la antigua, la Presidencia se encomienda lógicamente al Lugarteniente general, o al que estuviera nombrado para la gobernación del Reino cuando aquél estuviera impedido, o, en último lugar, el Procurador real²⁶⁰. También en Cerdeña, el Virrey es presidente de derecho²⁶¹.

El indicado fenómeno de separación de las funciones de gobierno y justicia, manifestado en el otorgamiento de títulos por separado, se acentúa porque como se ha dicho en el caso del Virrey Mendoza, no se otorga voto dentro de la Audiencia al Virrey cuando no tiene la condición de letrado, y hay que destacar que, normalmente, para Virrey se buscan hombres de capa y espada. Este es un criterio tenazmente mantenido, en el que no habrá excepciones. En el artículo 24 de la Instrucción general a los Virreyes de Nueva España, se les advierte que no tienen voto y que cumplan esta prohibición, firmando en el lugar donde lo hacían los Presidentes de las Audiencias de Castilla, y cuidando de que los oidores administraran justicia sin pasiones, entre ellos, y una ley

259. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 392 y ss.

260. Vid. JUAN DAMETO, VICENTE MUT y JERÓNIMO ALEMANY, *Historia General del Reino de Mallorca*, continuada por D. MIGUEL MORALES y JOAQUÍN M.^º BOVER, Palma, 1840, tomo I, pág. 90. La pragmática está inserta en ANTONIO MOLL, *Ordinacions y sumari dels privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca*, Mallorca, 1663, págs. 154-168.

261. Vid. MARONGIÚ, op. cit., págs. 393 y ss.

recopilada de 22 de julio de 1595 consagra legislativamente este criterio para Lima y Méjico, quedando la administración de justicia a los Oidores, en la forma que lo hacían en las Audiencias y Chancillerías de Valladolid y Granada, firmando los Virreyes en el lugar de los Presidentes de las Audiencias de los Reinos de Castilla²⁶². En la práctica esto se traduce en la independencia de la Audiencia en materia de justicia, y en órdenes a los Virreyes de no entrometerse. En 1575, veinte años antes de la referida consagración legislativa, se le indica al Virrey del Perú que el mandar a la Audiencia está reservado al Rey²⁶³. En otra ley recopilada, ésta de 16 de abril de 1618, se ordena al Virrey que deje proveer en justicia al oidor más antiguo, sin votar ni mostrar inclinación²⁶⁴, repitiéndose en 13 de septiembre de 1623 que deje proceder a la Audiencia en materias de justicia²⁶⁵.

En esta ausencia de voto, complementaria de la falta de condición de Presidente nato de la Audiencia en el Virrey, puede observarse también la gradación inferior que como sistema virreino-senatorial representa el indiano en relación a los ibéricos y mediterráneos.

En estos territorios, y en algún período, los Virreyes tienen voto en la Audiencia, con independencia de su carácter letrado, y, sobre todo, tienen la facultad de decidir la paridad, es decir, que en caso de igualdad de votos entre los integrantes del órgano judicial, la resolución se resuelve conforme al parecer por el que haya votado el Virrey. La diferencia ya la observó Solórzano Pereira, quien destacó la decisión en paridad en Nápoles, Sicilia y Cataluña, indicando que, sin embargo, esto no lo había visto practicar en Indias, salvo en las visitas generales de las cárceles, que se hacían en vísperas de Pascuas, pues entonces, habiendo disconformidad entre los oidores sobre la liberación de algún preso, decidían los Virreyes con su parecer²⁶⁶. A los ejemplos ci-

262. Rec. Indias, II, 15, 32.

263. "... y porque el mandar a la Audiencia está reseruado a Nos...". Carta al Virrey del Perú, de 27 de febrero de 1575, en ENCINAS, op. cit., folio 240.

264. Rec. Indias, III, 3, 37.

265. Rec. Indias, III, 3, 36.

266. "Pero esto en las Indias no se ha recibido, ni lo vi practicar, sino.

tados por Solórzano podría añadirse el de Cerdeña, según lo dispuesto en la Pragmática de 3 de marzo de 1573, instituyendo la Audiencia ²⁶⁷.

Sin embargo, no se crea que en estos territorios no se halla presente la citada influencia de la fórmula gubernosensorial, de conformidad con lo que se ha indicado en el epígrafe anterior al actual, sino que lo que sucede es que las bases de partida difieren mucho. En Cataluña, en 1493 se somete al Lugarteniente general al voto mayoritario de la Audiencia, mientras que anteriormente la intervención de esta tenía carácter meramente consultivo; en 1564 no pueden interrumpir las votaciones y dejarlas para otra Audiencia y en 1599 concluyen por no tener voto, quedando a salvo la decisión, en paridad, pero con consulta de otros doctores ²⁶⁸. En Mallorca, que sirvió de ejemplo para Cataluña, en la ya citada Pragmática de 11 de mayo de 1571 ordenando la Audiencia ²⁶⁹, ya se destaca que el verdadero ejercicio y administración de justicia corresponderá al Regente de la Cancillería, y en su defecto al Consejero más antiguo ²⁷⁰; se prohíbe la interrupción de las causas, aunque el Lugarteniente general mande otra cosa, prohibiéndose a éste interrumpir las votaciones, mostrar su voto, o hacer algo que coartara la libertad de los Consejeros; se consagra la sumisión al voto mayoritario, y si hay paridad, la decisión se atribuye al Vicecanciller o al Regente de la Cancillería, aunque presidiera la sesión el Lugarteniente general ²⁷¹. De lo expuesto no tiene que sorprender que la Pragmática suscitara dudas sobre si verdaderamente

en las visitas generales de las Cárceles, que se hacen en las Vísperas de las Paschas, en las cuales se hallan los Virreyes con los Oidores y estando estos discordes sobre la soltura de algún preso, hace mayor parte aquella a quien ellos se arriman". JUAN SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, corregida e ilustrada con notas por el licenciado don Francisco Ramiro de Valenzuela. Nueva edición en Madrid-Buenos Aires, s. f., lib. V, cap. XIII, números 20-21.

267. Vid. DEXART, op. cit., lib. III, tit. V.º, cap. V.º.

268. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 395-397.

269. Vid. nota 260.

270. "Quo vero ad exercitium et administrationem iustitiae, dictus Regens Cancellariam; qui ad praesens est, vel qui in futurum erit".

271. "... etiam si praesideat in dicta Regia Audiencia noster Locumtenens Generalis".

el Lugarteniente general tenía voto, pues unas veces parecía afirmarlo y otras negarlo, pero una "Declaratio dubiorum", dada en 26 de abril de 1572, aclaró que la Pragmática no concedía voto al Lugarteniente general, sino solamente la presidencia y asistencia a las sesiones, tanto civiles como criminales, insistiéndose en que lo que la ley quería es que el Lugarteniente no intimidara a los Consejeros ni les impulsara a alguna resolución por complacerle a él ²⁷².

Si de Mallorca pasamos a Cerdeña, aunque de derecho el Virrey sea el Presidente de la Audiencia, los poderes del Regente de la Cancillería, precisados en el Parlamento de 1582, le otorgan una mayor autoridad jurisdiccional, y es el que preside realmente la Audiencia, que se crea en 1594 ²⁷³. Quizá no es muy distinto el panorama en Navarra, donde el Virrey, cuando ha de multar a naturales o vecinos del Reino, los remite al Consejo, para que allí los oidores reales sean los que les castiguen o multen según el delito ²⁷⁴.

272. "Sancimus, et declaramus, quod per dictam Regiam Pragmaticam non datur votum Locumten. General. sed sola praesidentia, assistentia, et interessentia in conciliis tam civilibus, quam criminalibus. Et quod habeat concludere non infert votum neque ex eo quod dicitur quod Locumtenens Generalis intentum aut votum suum non aperiat, datur ei votum; sed imponitur ei lex ne consiliarii intellecto animi sui voto intimidentur, vel ad complacendum eidem impellantur".

273. Vid. nota 261. El Regente de la Cancillería fue creado por Fernando el Católico. Vid. MARONGIÚ, op. cit., págs. 393 y ss., que destaca que cuando el Rey estaba fuera de Cagliari, el Regente ejercitaba una vis maioris imperio".

274. "Atento que los naturales de este Reyno conforme las leyes, que les tenemos juradas, no pueden ser juzgados, sino por los Alcaldes de nuestra Corte y oidores de nuestro Consejo, se ordena por ley a contemplación de los tres Estados, que siempre que se ofreciere ocasión de multar a cualesquiera naturales, o vecinos de este dicho nuestro Reyno, el Virrey, que es, o será, los remita a dicha Corte, o Consejo, para que les castiguen, o multen a los tales delinquentes, según la calidad del delito, o causa que se ofreciere conforme a las leyes y fueros del dicho Reyno, y no agan prisiones, castigos, ni procedimientos de Justicia". Licenciado ANTONIO CHAVIER, *Fueros del Reyno de Navarra desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla y Recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año de 1685*. Pamplona, 1686, lib. I, tit. VI, ley 16.

Como puede verse, son todos, o casi todos, los territorios que caminan a un sistema virreinosenatorial moldeado por la fórmula gubernosenatorial, de forma que, a veces, la verdadera diferencia entre ellos es meramente histórica. Desde mediados del siglo XVI, y sobre todo en el siglo XVII, un virrey catalán, mallorquín o sardo no interviene en la administración de justicia en mucha mayor medida que lo hace un virrey indiano. La diferencia está en que éste ha nacido en esa situación, mientras los otros han llegado a ella tras un proceso lento. En todos los casos ha sido factor decisivo la Monarquía austríaca, inspirada en unos principios administrativos castellanos, aunque también sería demasiado simplista atribuir a éstos exclusivamente la evolución. La evolución fue muy compleja e intervinieron muchos factores, que unas veces sumaron sus fuerzas, mientras otras frenaron los impulsos. A título de ejemplo, debe señalarse los intereses profesionales de la clase togada, a quienes la independencia del poder judicial les favorecía, y a quienes se ha debido en muchas ocasiones cambios o mutaciones que un examen superficial podría atribuir al impulso castellano o de la Corte²⁷⁵.

La casi exclusión del virrey en la administración de justicia se compensa en cierta manera con la casi exclusividad que se le otorga en materia de gobierno. Legislativamente queda consagrada la atribución del gobierno al Virrey de Nueva España, sobre la base de comunicar con la Audiencia sólo lo importante²⁷⁶, y a los oidores se les encomienda ocuparse de las cuestiones de justicia, sin entrometerse en las de gobierno²⁷⁷. En el artículo 71 de las

275. Vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 153 y ss.

276. "El Virrey de Nueva España tenga el gobierno de ella comunicando lo importancia con la Audiencia". Copulata, libr. II, tit. II, ap. 3.

277. "Los oidores de la Nueva España traten las cosas de justicia sin entrometerse en las de gobierno". *Loc. cit.*, ap. 22. Vid. *Rec Indias*, II, 1, 10, donde se especifica que cuando las Reales Cédulas hablan en particular con los Virreyes sólo a ellos entiende su cumplimiento y si es con Virreyes y Audiencia, a todos, no siendo el Virrey o el Presidente más que un voto, "y no por esto se contravenga el gobierno superior, que regularmente cometemos a los Virreyes y Presidentes". Esta legislación arranca de 6 de octubre de 1578. Vid. en *loc. cit.*, ley 11, que especifica que si se trata de negocios de gobierno, aunque vayan dirigidas las Reales Cédulas a Presidente

Instrucciones al Marqués de Mancera, virrey de Nueva España, se le encomienda entender él solo de la materia de gobierno, y aunque se le prescribe comunicarlo con los oidores, se le otorga libertad absoluta para seguir el parecer que quisiere²⁷⁸.

Esta superioridad absoluta del Virrey en materia de gobierno no se da solamente en relación a las Audiencias centrales de los virreinos, sino sobre todas, en general. En 6 de febrero de 1571 se dicta la Real Cédula ordenando a Panamá obedecer al Virrey del Perú en materia de gobierno, guerra y hacienda²⁷⁹. Cuando por Cédula dada en Madrid a 18 de mayo de 1572 se envía el sello real a la Audiencia de Nueva Galicia, con lo que se suprime el recurso en justicia a la Audiencia de Méjico, lo relativo a guerra y gobierno se deja sometido al Virrey de Nueva España²⁸⁰, y un complemento de la misma en 16 de junio señala que sólo el Virrey Enríquez provea a lo tocante a la gobernación, independientemente de que si alguien se sintiera agraviado y el negocio se convierta en justicia se fuera a la Audiencia de Méjico, donde se encontraba el Virrey, y no a ninguna otra²⁸¹. Una Cédula dada en San Lorenzo

y Oidores entiende el Virrey y Presidente, siendo esta disposición de 16 de mayo de 1571.

278. "En las cosas que tocaren a la gobernación de esa tierra entenderéis uos solo...", comunicando con los oidores, "y seguiréis lo que después de comunicado con ellos os pareciere". ENCINAS, *ob. cit.*, tomo I, fol. 242. Así hay que interpretar Rec. Indias, III, 3, 45, que recoge disposición de 18 de diciembre de 1553, en la que se dice: "Es nuestra voluntad que los Virreyes solos provean y determinen en las materias de gobierno de su jurisdicción", pero conviniendo que comuniquen con el Acuerdo de Oidores "las que tuvieren... por más ardúas e importantes para resolver con mejor acierto".

279. ENCINAS, *op. cit.*, tomo I, fol. 251. Los antecedentes están en la cédula de 15 de febrero de 1567, en que al Licenciado Castro, Presidente de la Audiencia de los Reyes, se atribuye el gobierno del distrito de las Audiencias de Reyes, Charcas y Quito, con provisión de oficios. Vid. ENCINAS, *opúsculo citado*, tomo I, fol. 245.

280. ENCINAS, *op. cit.*, tomo I, fol. 242.

281. *Loc. cit.*, pág. 244. Vid. también la Cédula dada en San Lorenzo, en 11 de junio de 1572, y dirigida a D. Martín Enríquez: "... por agora entre tanto que por nos otra cosa se prouee, vos solo tengays el gouierno de todos los dichos distritos de essa audiencia y de la prouincia de la nueua Galicia en todo lo que se ofreciere". Manda al Presidente y oidores de Nueva

en 22 de junio de 1591 torna el gobierno a la Audiencia de Nueva Galicia, dadas las diferencias habidas desde el Virrey Marqués de Villamanrique, pero parece permitirse a esta autoridad el nombrar un lugarteniente, con la sola limitación de que los casos de justicia fueran a la Audiencia, y allí se conocieran las apelaciones que se interpusieran²⁸². Queda con ello superada una actitud algo anormal en el Monarca, que es la reflejada en el capítulo de una carta dirigida en 21 de abril de 1574 al Dr. Orozco, Presidente de la Audiencia de Nueva Galicia, en la que refiriéndose al sentimiento de la tierra por la cédula que había ordenado que el gobierno lo tuviera el Virrey de Nueva España, manifiesta que lo poseerá él sólo, y la Audiencia en su ausencia, quedándole únicamente reservado al Virrey la administración de la guerra y la gratificación de servicios²⁸³.

Reflejando la misma exclusividad del gobierno en el Virrey, una Cédula de 29 de junio de 1588, dirigida al Presidente y oidores de la Audiencia de Guadalajara, les ordena el mantener una buena correspondencia con el Virrey de Nueva España en lo que se refiriera a gobierno, guerra y hacienda, insistiendo en que, como era sabido, estas materias le estaban encomendadas²⁸⁴. Similar era la advertencia que el Rey dirigía desde San Lorenzo, en 28 de agosto de 1591 al Presidente y oidores de la Audiencia de las Charcas²⁸⁵, todo lo cual se traducía en que los oidores habían de acatar incluso la "provisión no buena", limitándose a advertir al Virrey de su extralimitación y a informar al Rey²⁸⁶.

Galicia que no se entrometan "en el gobierno del distrito de la Audiencia". ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 241.

282. ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 243.

283. "... y que al Visorrey solamente le está reservada la gobernación de guerra, y gratificación de servicios". ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 243.

284. "...en lo que tocare a gobierno, guerra y hacienda, guardareys la orden que dire el, pues sabeys que le está cometido y es de su cargo". ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 243.

285. "... porque estando como sabeys que está a cargo del V. de essas provincias el gobierno dellas..." ENCINAS, op. cit. tomo, I. fol. 288.

286. Copulata, lib. II, tit. II, ap. 26. Vid. Rec. Indias, II, 15, 36, recogiendo la legislación desde 4 de julio de 1570, en que autoriza a los Oidores que hagan prevenciones y requerimientos cuando el Virrey se excede, pero "sin demostración, ni publicidad", cumpliendo las órdenes "no siendo

En consecuencia, si el Virrey debe abstenerse de intervenir en la administración de justicia²⁸⁷, puede actuar por sí en materia de gobierno. Alguna vez hay alguna pretensión en contrario, como es la del Licenciado Tello de Sandoval, visitador de D. Antonio de Mendoza, el cual, en carta al Príncipe Felipe, fechada en Méjico en 19 de septiembre de 1545, aconseja que fuera la Audiencia en conjunto la que proveyera en la gobernación, no siendo el Virrey, sino un voto²⁸⁸, pero no fue sino una pretensión en los comienzos de la institución virreinal no capitulada ante una situación concreta.

Naturalmente, la distinción entre qué materias son de gobierno, y cuáles otras de justicia, no siempre es neta, o mejor dicho, siempre hay puntos de tangencia. En 1571, los oidores de Nueva España pretenden conocer sobre un asunto de los almojarifazgos, basándose en que era negocio de justicia por haber petición de los mercaderes²⁸⁹. En 1586 se duda sobre el carácter que tiene el nombramiento de pesquisidores para contar los pueblos de indios

la materia de calidad en que notoriamente se haya de seguir de ella movimiento o inquietud en la tierra". Una Cédula dada en San Lorenzo, en 16 de julio de 1614, dirigida a los Oidores de la Audiencia de los Reyes, ante las diferencias habidas, les ordena cumplir lo dispuesto por el Virrey y avisar de ello, "con lo qual vosotros satisfareis la obligacion que teneis y al virrey se le guardara el respecto y reverencia que como a la caueza y ministro principal mio se le deue y o quiero que se le tenga..." AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 22.

287. Así se lo advierte el Rey al Príncipe de Esquilache, desde San Lorenzo, en 7 de septiembre de 1614, cuando preve la posibilidad de que tenga que ir a las ciudades de la Plata y San Francisco de Quito, y en Panamá y Tierra, entrando en las Audiencias. AGI, IG, leg. 512, ref. 1, fols. 12 v.º-13. Cuando el Virrey no actúa así, los Oidores se quejan, como hacen los de la Audiencia de los Reyes, contra Blasco Núñez de Vela en 20 de noviembre de 1546: "Que conocia él por si aparte de muchos negocios ceviles e cryminales e los sentenciaba..." Codoin AGI, tomo 42, pág. 318.

288. "Que el Abdiencia junta toda provea de la governacion y el Virrey no sea más de un voto". Vid PÉREZ BUSTAMANTE, op. cit., doc. n.º 18.

289. El Virrey Don Martín Enríquez dice al Rey en 8 de abril de 1571: "... y como tengo escripto a V. M. la cédula no me parece que es bien que todos la vean y assi no quisse mostrarsela sino que yo tenia orden de V. M. para que hiziesse cobrar los derechos de almoxarifazgo...". AGI, Méjico, leg. 19, ramo 3.

y el de personas para tomar residencia a los corregidores, pues si teóricamente era sin duda de gobierno, hubo escrúpulo en quitar esta materia a los secretarios de la Audiencia que habían intervenido en ello desde hacía mucho tiempo²⁹⁰.

Especialmente, lo que sucede en este terreno es que hay negocios que son "convertibles", es decir, que siendo una su substancia, pueden alegar o adquirir otra, como consecuencia de la vía o procedimiento seguido, en forma similar a la citada del almojarifazgo. Por ello, una Carta regia remitida a la Audiencia de Méjico en 1552, preve una revocación conjunta del Virrey y Audiencia en relación a una cuestión de gracia, en cuanto la parte se hubiera agraviado y hubiera hecho relación de la suplicación²⁹¹ y desde 18 de diciembre de 1553 se consagra legislativamente el que de cualquier auto o determinación que proveyeran los virreyes o presidentes por vía de gobierno cupiera apelación a las Audiencias²⁹², lo que aparece confirmado desde 1624 para las materias de gobierno que se redujeran a justicia entre partes²⁹³.

El segundo fenómeno que se ha señalado como caracterizador del moldeamiento del sistema virreino-senatorial con arreglo a un criterio gubernosenatorial, es el de la independización político-jurídica de los miembros de la Audiencia en relación al Virrey. Solórzano Pereira observa mucho poder en los Virreyes de Nápoles y Sicilia para suspender y nombrar a los oidores, a través de la obra de GARCÍA MASTRILLO, y destaca que en Indias, por el contrario, sólo el Rey que los nombra es el que puede removerlos, estándole ordenado a los Virreyes el no entrometerse en su jurisdicción y los consideren como compañeros suyos, dudán-

290. Vid. carta del Marqués de Villamanrique al Rey, en 23 de febrero de 1585, haciendo referencia a Cédulas de 8 de mayo y 8 de junio de 1585, en que se había hecho la referida comisión. AGI. Méjico, leg. 20.

291. ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 240. Si hubiera parecido justo, se hubiera sobrecartado, aclarándose también que en Castilla es al Consejo de Justicia al que corresponde de las Cédulas dada por Cámara, pero que por la distancia en Indias, corresponde a la Audiencia.

292. Rec. Indias, II, 15, 35.

293. Rec. Indias, II, 15, 34. Por el contrario, las "materias de gracia, y provisiones de oficios y encomiendas", se confieren a "Presidentes Gobernadores, como en los V. está dispuesto". sin recursos a la Audiencia.

cióse, incluso, de que para la determinación de algunos negocios pudieran ordenar juntar dos Salas, y entendiéndose que la justicia habian de dejarla ejercer a los Tribunales aun cuando se les diera orden de hacerla ²⁹⁴.

Es conocida la precisión de Solórzano en la materia indiana, y no era exagerada la duda sobre si el Virrey tenía facultad de reunir dos Salas para la determinación de algunos negocios ²⁹⁵, pues también aparece confirmada por otro jurista, Carrasco del Saz ²⁹⁶, pero sobre todo su observación de que el Virrey había de considerar como iguales suyos a los Oidores parece ajustarse a una realidad que un siglo más tarde describirá REVILLA-GIGEDO, diciendo que la preeminencia del Virrey sobre los oidores se reducía al lugar que ocupaba en las ceremonias públicas en las que aparecían juntas ²⁹⁷.

En la práctica, esto se traduce en lamentaciones por parte de los Virreyes y sus valedores, que contemplan menguado el poder teórico. En 1553, el licenciado Altamirano expone al Rey la conveniencia de que el poder concedido por aquél al Virrey de Nueva España sea muy claro, de forma que no pudiese existir ninguna duda, y destaca que siendo tan preeminente el cargo, convenía tu-

294. "En lo que toca a como se han de haber los Virreyes con los Oidores hallo que Mastrillo da a los de Nápoles y Sicilia mucha mano, resolviendo que pueden a su arbitrio suspenderlos y poner otros en su lugar...". En Indias pasa al contrario, pudiendo removerlos solamente el Rey, que los puso, "y a los Virreyes les está mandado que no se metan en impedir su jurisdicción, que les den su lado y los honren y traten como a colegas y compañeros suyos". SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XIII, núm. 37.

295. "... en tanto que aún se ha puesto en cuestión si pueden mandar que para la determinación de algunos negocios se junten dos Salas, y está declarado que aunque a los mismos VV. se les ordene que en ellos hagan justicia, no por eso se quiere que dexen de correr por los Tribunales adonde tocan". Op. y loc. cit.

296. FRANCISCO CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus de casibus curiae*, Madrid, 1630, dice que cuando no es grado de segunda suplicación suele darse rescripto real para que el proceso sea visto por dos, tres o cuatro salas de la Real Cancillería, y que por ello se observa por el "Vicerrex" de Lima, pese a alguna opinión de no extenderse a esto la potestad del Virrey, "quia iurisdictio est diuisa per quarteria a Rege", por salas, aludiendo al ejemplo de Nápoles, citado muchas veces por Vicente de Franquís.

297. Vid. SMITH, op. cit., pág. 155.

viera facultad para resolver algunas cosas por sí para ser respetado²⁹⁸. En 8 de febrero de 1570, el Virrey del Perú, Francisco de Toledo, se lamenta de que la mayoría de las provisiones y cédulas vinieran dirigidas a la Audiencia, como miembros elegidos por el Consejo de Indias, en lugar de serlo al Virrey, elegido por el Monarca²⁹⁹, en lo que, por cierto, se muestra curiosamente la correspondencia que existía entre órganos individuales y colegiados de las Administraciones central y territorial. En 16 de octubre de 1581, el Virrey de Nueva España se queja de que el Consejo de Indias envíe pliegos particulares al Dr. Palacio, alcalde de la Audiencia a quien hicieron oidor, y al Dr. Santiago del Riego, fiscal, a quien nombraron Alcalde³⁰⁰.

Del lado de los oidores de la Audiencia, todo esto se traduce en su intromisión en algunas materias de gobierno, bien por carácter "convertible" de éstas en negocios de justicia, bien a través de circunstancias conexas. Cuando, por ejemplo, se ordena en 1573 que un oidor o un alcalde fuera a tomar posesión del Marquesado del Valle, quitando las armas del Marqués y poniendo las reales, siendo enviados con títulos de alcalde mayor o corregidor, es el Virrey el que lo nombra en la persona del Dr. Céspedes de Cardona, en atención a los muchos hijos, pero es la Audiencia la que señala la duración del cargo, un año, y el sueldo, 2.000 ducados, lo que motiva la lamentación del Virrey M. Enríquez por la poca confianza depositada en él³⁰¹.

En definitiva, pues, la atribución separada e individualizada

298. "... y por ser el cargo de visorrey tan preeminente... que tenga alguna mano por sí en cosas, porque para la autoridad de su cargo y ser temido y acatado y acompañado parece que conuiene". Codoin H.^a Iberoamérica, tomo I, pág. 213.

299. "... y ansi todas las mas provisiones y cédulas que son del original, o del virrey y gouierno y capitán general, vienen endereçadas y despachadas para el audiencia como a miembros elegidos por los del consejo y no a la cabeça dellos que V. M. elige". AGI, Lima, 28 A.

300. "... pues está claro que es contra la Authoridad, y preeminencia, que a de tener el que aqui sirue a V. M. de V. y Presidente". AGI, Méjico, leg. 20.

301. De Martín Enríquez al Rey, en 30 de noviembre de 1573. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

de funciones, otorga a los oidores una situación de independencia frente al Virrey, que se limita a informar secretamente al Monarca sobre la actividad de aquéllos³⁰². El fenómeno es también general a toda la Monarquía, pues normalmente, el nombramiento de los componentes de las Audiencias es de reserva real, y los Virreyes no tienen ninguna intervención, salvo la influencia que puedan ejercer políticamente al elevar las ternas y otras combinaciones³⁰³. Lo único que sucede es que no es tan extremado, en cuanto como Presidentes natos de los Audiencias, los virreyes ibéricos y mediterráneos ejercen un control más riguroso de la actuación de los oidores, llegando hasta su suspensión, en lo que suelen detenerse para informar al Rey, como lo hacen los indianos³⁰⁴.

La absorción de la función militar por el Virrey.

Como se recordará, el título de Capitán General ha debido aparecer en Indias en 1522, vinculado a Hernán Cortés, que ostentaba también el título de Gobernador, sin que esta unión entre una alta magistratura civil y el poder militar fuera extraña, pues en Cataluña, por ejemplo, arranca desde 1512³⁰⁵. Es posible, por otra parte, que la Capitanía General señale el declive del Adelantamiento.

En los inicios de la institución virreinal no capitulada, la capitanía general aparece como magistratura subordinada a los poderes gubernativo y judicial. En 1533, antes, pues, del nacimiento de la referida institución, la Reina D.^a Juana, desde Barcelona y en 20 de abril, recuerda a Hernán Cortés que por la declaración que se mandó hacer de su oficio de capitán general, se le ordenó que en el uso y ejercicio de él siguiese el orden y el parecer del Presidente y oidores de la Audiencia y Chancillería, por lo que habiendo sido informada de que ha puesto tenientes de capitán general en Veracruz, Antequera y Valle de Oaxaca, se lo prohíbe, pudiéndolos poner cuando hubiera guerra y él no fuera a ella con

302. Rec. Indias, III, 3, 38. Arranca de las Instrucciones de 1595.

303. Para Cataluña, vid LALINDE, op. cit., caps. 8 y 9.

304. Vid. op. cit., págs. 405-406.

305. Vid. notas 181 y 182.

la aprobación de los referidos Presidente y oidores³⁰⁶. En 1535, instituido Antonio de Mendoza primer virrey de Nueva España, una Cédula dada en Barcelona en 17 de abril, vuelve a recordar las limitaciones del ejercicio del oficio de capitán general por Hernán Cortés, y autoriza al virrey para que como tal y como presidente pueda cometer la ejecución de las comisiones a otra persona, y no al Marqués³⁰⁷.

En 1540 puede observarse cómo este criterio de subordinación de la capitania general a la potestad gubernativa y judicial no está referido exclusivamente a la desempeñada por Hernán Cortés. En una consulta del Consejo de Indias, comunicada con los Cardenales y con los otros miembros del Consejo de Estado, se dictamina que se nombre capitán general de la Española a don Luis Colón, por convenir una persona importante en un puerto tan principal, pero debiendo usar del oficio según indicara la Audiencia³⁰⁸. Por otra parte, la Española será territorio donde menudearán las magistraturas militares, como lo demuestra el nombramiento de un mariscal para la Ciudad de Santiago, otorgado en 20 de octubre de 1526, a favor del vecino de aquella Pedro Gallego³⁰⁹.

Es, pues, un proceso lógico el que conduce a una absorción por el Virrey de la función militar, máxime teniendo en cuenta el origen profesional de los que desempeñaron este cargo. Puede decirse que lo que adquirieron en esta materia les compensó de lo que perdieron en la administración de justicia, en evolución similar a la de los territorios ibéricos y mediterráneos. Esta com-

306. PUGA, *Cedulario*, fol. 81.

307. "... no puede usar del dicho oficio sino quando por el nuestro presidente e oydores le fuesè mandado...". Sobre la facultad de cometer la ejecución a otras personas, se dice: "lo podais hazer e hagais como presidente e como virrey e gouernador". Vid. PUGA, *Cedulario*, fol. 167 y PÉREZ BUSTAMANTE, op. cit., pág. 145.

308. "Otrosy que se haga capitan general de la ysla española al almirante don luys colon porque como sea aquel el puerto principal conviene que aya alli gran Recabdo y que una persona semejante tenga este cargo porque terna mas posibilidad que otro ninguno y que en el uso del officio guarde la horden que la abdiencie le diere". Año 1540. AGI, IG, 737.

309. "... para que en toda vuestra vida seades nuestro mariscal de la ysla española". AGI, IG, leg. 421, reg. 11, fol. 243.

pensación no fue siempre de derecho, sino de hecho, pues abusaron de sus facultades, y so pretexto de su jurisdicción militar invadieron frecuentemente la civil³¹⁰.

Como en el caso de la Presidencia de la Audiencia, la Capitanía General es una titulación aparte, que se superpone a la del Virrey, y tampoco es exclusiva de él, pues como ya señalara Altamira, también se dio el título de gobernadores generales de distritos exentos de jurisdicción virreinal, como lo fueron el de Cuba y Chile³¹¹. Quizá esto dio lugar a ciertas pretensiones de independencia de alguna Audiencia, como la de Nueva Galicia, en relación con la Capitanía General del Virrey, en este caso, el de Nueva España, que determinó la reacción de aquél, el cual alegaba que si los virreyes pasados la habían ejercido sin tener título particular, sino solamente atribuírselo, con mayor razón había de serlo él que tenía provisión especial y que no podía pretenderse que esta provisión no se refiriera al territorio, cuando los títulos de oidores y cédulas y provisiones hablaban de Nueva Galicia de la Nueva España, impugnando también que se pretendiera que también el gobernador general fuera capitán general, pues para la Gobernación la Audiencia tenía cédulas y provisiones especiales, lo que no sucedía en relación a la función militar³¹². Sin embargo, las citadas preten-

310. Para Cataluña, vid. LALINDE, op. cit., págs. 122 y ss., MARONGIÚ, op. cit., pág. 355, ha destacado los abusos de los Virreyes de Nápoles como Capitanes generales: *Gli abusi più clamorosi, i Viccré di temperamento dispotico li commettevano proprio in tale qualifica.*

311. RAFAEL ALTAMIRA y CREVEA, *Diccionario castellano de Palabras jurídicas y técnicas tomadas de la Legislación Indiana*. México, 1951, voz "Capitán General", que añade que también lo tuvieron como adición a su representación íntegra de la Autoridad real, los Virreyes y los presidentes de los distritos pretoriales, en quienes se reunían todos los poderes gubernativos.

312. Vid. el traslado que de una carta a los oidores hace el Virrey Marqués de Falces al Rey, en 4 de mayo de 1567. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 2. El Virrey había comunicado a los Oidores el nombramiento que había hecho de teniente general para la defensa contra chichimecas, en la persona de don Diego de Castillo, enviándoles traslado de la provisión en que a él se le había nombrado Capitán General de Nueva España. A la contestación recibida de los Oidores corresponde la carta que les envía el Virrey, y de la que da traslado al Rey, y en la que se encuentran los si-

siones no prosperaron, pues una Cédula dada en Madrid en 31 de diciembre de 1568 ordenó a los Oidores y Alcaldes Mayores de Nueva Galicia el dejar usar al Virrey M. Enriquez del oficio de Capitán General, con la única reserva de que si aquél enviara algún ministro de guerra que cometiera excesos pudiera castigarle la Audiencia enviando relación al Virrey, e igualmente proveer en guerra con brevedad, dando aviso ³¹³.

En 1571, una Cédula fechada en 6 de febrero, ordenó a Panamá obedecer al Virrey del Perú, en materias de gobierno, guerra y hacienda ³¹⁴. La actitud de los Virreyes en esta materia es celosa, como no lo es en la materia de justicia. Sólo por no desprestigiar a la Audiencia consiente el Virrey de Nueva España, en 1586, que la Audiencia de Guadalajara nombre cuatro capitanes y leve gente para sofocar una sublevación de los indios, haciendo constar que

guientes párrafos. Refiriéndose a que una Audiencia tan prudente haya escrito de forma que representa acudir poco al servicio del Rey, el virrey dice: "y me maravillado mucho", correspondiendo esta sorpresa a lo siguiente: "y que yo no sea capitán general pues aviendolo sido los virreyes pasados sin titulo particular como el que yo tengo sino solo por escrivirselo así...", o también a "dezir que no habla con ese Reyno", lo que califica de "herror muy grande", pues los títulos de los oidores y cédulas y provisiones dicen: "en la nueva galizia, de la nueva españa", por lo que si él es de Nueva España todo lo que esté bajo ese título "aunque sean abdiencias y gouernaciones de por sí, se entenderan poder yo husar de aquella facultad en tanto que S. M. no proveyese otra cosa en contrario, y si sobre la abdiencia que tiene la suprema en las apelaciones y tiene su real sello fue servido darme a mi este oficio y poder, en la abdiencia que es inferior y no tiene superioridad ninguna ni sello ni apelación mucho mejor se entendera y se estendera el poder que su magestad para ser su general me tiene dado con cedula particular". También dice el Virrey: "... y es muy fribolo lo que Vuesas mercedes dicen que si el capitan general de la nueva españa lo que es dese Reyno el gouernador general lo sera tambien de el pues para esto de la governación tiene esa abdiencia poder especial por cedula y provisiones particulares, las quales a mi y a todos generalmente nos es notorio, por donde no aria yo con prudencia lo que' deuo si pretendiese lo que no es ni toca a mi officio en las cosas de gobierno dese Reyno y provincia...". Sobre el caso especial de Nueva Galicia, vid. notas 280 a 283.

313. ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 242.

314. Id., id., fol. 251.

no tiene jurisdicción para ello, y solicitando del Rey que modifique la Cédula de 1568 últimamente citada, que permitiría a la Audiencia de Nueva Galicia el castigar a los ministros de guerra que cometieran abusos dándole cuenta, para lo que pone el ejemplo de Nápoles, Sicilia y Flandes³¹⁵. El mismo Virrey reivindica la dirección de la guerra contra los chichimecas³¹⁶.

Progresivamente, el carácter de Capitán General en el Virrey es más acusado. Solórzano destaca como para poder organizar la defensa contra los enemigos del exterior y del interior, y disponer las expediciones militares necesarias, se les da en título aparte la condición referida, pudiendo conocer de todas las causas civiles y criminales, tanto en primera como en segunda instancia, que se suscitaran entre los componentes de las citadas expediciones, citando Cédulas dadas en Madrid en 12 de mayo de 1588, 9 de abril de 1591 y 2 de diciembre de 1608³¹⁷. En la legislación re-

315. "... ya sabian que ellos no tienen jurisdicción para nombrar capitanes ni lebanar gente...", dice el Virrey al Rey en 10 de mayo de 1586. AGI, Méjico, leg. 20. Le pide disponga por Real Cédula "que la Real Audiencia no se entremeta en los cassos de la guerra que V. M. particularmente me tiene cometido, sino que los deje libremente a la persona que yo nombrare en aquel Reyno...", estimando que "no es justo que se de ocasion a que en el Reyno se entienda que entre el Virrey y audiencias ay competencia de juridicion". Por haber recibido noticias de la Audiencia de Guadalajara en el sentido de haber condenado a indios a servicio, alegando tener comisión y amparándose en una Cédula que la permitía castigar a la persona que enviara el Virrey para las cuestiones de guerra, dando aviso de ello a aquél, añade que "es fuera de la buena orden que V. M. es seruido de dar en napoles, sicilia flandes y otras partes adonde ay ministros de la guerra que no pueden conocer de sus causas sin sus generales. Y pues V. M. manda que yo lo sea en todo este Reyno cossa justa es no ser de peor condición que los que V. M. provee en otras partes y assí suplico a V. S. sea seruido de mandar questa cedula se enmiende con declaración de tocante a la guerra...".

316. "... y en el nuevo Reyno de galicia que es de la juridicion de la audiencia de guadalajara ay tan bien harto a que acudir en esto de la guerra de los yndios chichimecas questa tan bien a mi cargo...". Del Marqués de Villamanrique al Rey, en 23 de febrero de 1586. AGI, Méjico, leg. 20.

317. "Y para que puedan hacer estas guardas y defensas, asi contra enemigos externos, como contra los internos, si se descubrieren algunos, y dis-

copilada, desde 24 de marzo de 1593 se consagra el que las materias y negocios de gobierno corresponden privativamente a los Virreyes y Presidentes de las Audiencias, y a éstas en apelación, en tanto a los Capitanes Generales corresponde las de guerra, gobierno de guerra y Presidios, en las que se ordena a las Audiencias inhibición, aún en apelación, la cual se atribuye a la Junta de Guerra de Indias³¹⁸.

Sin embargo, a través del siglo XVI no faltan las aludidas titulaciones de capitán general a gobernadores, al margen de la institución virreinal, de los que es una muestra el concedido desde San Lorenzo a 2 de julio de 1597, al Capitán Marco Antonio Berra para Nueva Andalucía, sustituyendo a Francisco de Vides. Se trata de un título con la duración de seis años y la voluntad del monarca, y en el que se valoran los buenos servicios militares prestados por el favorecido. Por lo demás, como muchos otros títulos de la Cancillería castellana, y aún algunos de la aragonesa, no es muy explicativo, pues se suelen referir las competencias a un precedente que, por otra parte, no se especifica. Se ordena que le tengan por gobernador y capitán general y que haga lo que sus antecesores, pudiendo conocer de todos los pleitos y causas, civiles o criminales, de que pudiera conocer, lo que es tanto como no aclarar hasta dónde se extiende su jurisdicción. Por lo demás, puede tomar y recibir pesquisas e informes, poner lugartenientes, ejecutar penas y condenas para la Cámara real y Fisco y obligar

poner las expediciones militares que juzgaren ser necesarias, con mayor mano y comodidad se les da título aparte, fuera del que llevan del Virreynado, de Capitanes Generales de las dichas Provincias, y está dispuesto para mayor favor y privilegio de las mismas expediciones, y de los que actualmente militaren en ellas, que como tales Capitanes generales puedan conocer y conozcan de ellos y de sus causas civiles y criminales, así en primera como en segunda instancia, como se podrá ver por las cédulas dadas en Madrid a 12 de mayo del año de 1588 y a 9 de abril de 1591, y otras muchas." SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. V, cap. XIII, núm. 29.

318. "Las materias y negocios de gobierno tocan privativamente a los Virreyes y Presidentes y en apelación a las Audiencias." "... y a los Capitanes Generales tocan las de guerra, gobernación de guerra y Presidios, de que no han de conocer las Audiencias, ni aun por vía de apelación". *Rec. Indias*, II, 15, 43.

a abandonar el territorio por causa grave. La remuneración otorgada por los dos cargos es de 2.000 ducados³¹⁹.

La verdadera vinculación de la Capitanía General al Virrey, que se acelera desde 1593, tiene su cumplimiento efectivo en las dos primeras décadas del siglo xvii. La Real Cédula de 12 de diciembre de 1608, citada por Solórzano y que me parece no fue recopilada, recae sobre las competencias entre la jurisdicción civil y la criminal, disponiendo que el conocimiento de los delitos y causas en primera y segunda instancia relativas a los soldados corresponde exclusivamente al Virrey como Capitán General, sin que pudiera entrometerse la Audiencia y los alcaldes del crimen, otorgándose por dicha cédula poder bastante al Virrey, Gobernador y Capitán General para conocer los referidos negocios y causas y determinarlos con asistencia de un asesor letrado³²⁰.

Finalmente, por una ley recopilada de 19 de junio de 1614 se instituye y se nombra a los Virreyes del Perú y de Nueva España, Capitanes Generales de las Provincias de sus distritos por mar y tierra, tanto en sus personas como a través de sus lugartenientes y capitanes³²¹. Esta disposición parece ser el remate de la evolución, y así lo ha observado Rubio Mañé³²², pues en virtud de la misma el título de Virrey del Perú y de Nueva España determina automáticamente la condición de Capitán General.

Pese a esta vinculación, no se opera la unidad de documentación, según puede verse en el título especial de Capitán General otorgado desde El Escorial en 19 de julio de 1614 a D. Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, aunque en él parece que es la voluntad del Monarca que sea Capitán General de las Provincias del Perú, como consecuencia de haber sido provisto como Virrey

319. "... acatando lo mucho y bien que me haueys seruido en las cosas de la guerra y la mucha platica que teneys dellas... oyr librar y conoçer de todos los pleytos y causas ansi ciuiles como criminales... y de que Vos pudieredes y debieredes conoçer..." AGI, IG, leg. 516, reg. 1.

320. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 19vº-20.

321. "Constituimos y nombramos a los Virreyes del Perú y Nueva España por Capitanes Generales de las Provincias de sus distritos... por mar y tierra... por sus personas y las de sus Lugar-Tenientes y Capitanes". Recopilación Indias, III, 3, 3.

322. RUBIO MAÑÉ, *op. cit.*, pág. 24.

y Gobernador de ellas, además de Presidente de la Audiencia de Los Reyes, sobre todo, en cuanto se le confiere el cargo mientras fuera Virrey. El cargo se extiende a mar y tierra, con poder de nombrar lugartenientes y capitanes y se exhorta a Presidentes y oidores de las Audiencias que se le tenga por Capitán General, así como también a los Concejos, justicias, regidores, etc., con la obligación de acudir a sus llamamientos y alardes en guerra o para disciplinarlos e instruirlos, siguiéndole con el estandarte a él o a sus lugartenientes, y guardando los títulos de maestros de campo, alféreces, sargentos mayores y capitanes de caballería, infantería o artillería, almirantes de armadas y capitanes de navíos y otros oficios de guerra ³²³.

Durante todo el siglo xvii el cargo está fuertemente consolidado, y disfrutando de una característica común a todos los Virreyes y Capitanes Generales de la Corona, que es el de servir de obstáculo para acercarse a la Corte. Esto puede verse para Indias en la Cédula de 31 de diciembre de 1679, en la que se pretende impedir que los militares acudan a la Corte, negando los Virreyes las licencias para ello y obligando a que todas las pretensiones se formulen por su conducto y con su informe ³²⁴.

Por lo que se refiere a la absorción de la función militar por el Virrey, no queda sino insistir una vez más en que se trata de un fenómeno general a toda la Administración hispánica. En los territorios ibéricos y mediterráneos se da la circunstancia curiosa de que, teóricamente, se produce un antagonismo entre el Virrey y el Capitán General, o, mejor dicho, entre estas dos magistraturas que están reunidas en una sola persona. En Cataluña es muy fuerte desde 1551, en que la Capitanía General del Marqués de Aguilar condena a galeras a paisanos. El mismo antagonismo jurisdiccional se produce en Cerdeña, donde según Dexart, el Virrey, como Capitán General, sólo debe conocer las causas "de rebus bellicis", o cuando se mueva controversia con personas militares, que son las que administran milicia y son oficiales o merecen estipendio público, reduciéndose en lo criminal a delitos que sean

323. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 2.

324. ANTONIO MUÑOZ OREJÓN, *Cedulario americano del siglo xviii*. Sevilla, 1956, doc. 37.

militares, pues si son comunes corresponde el conocimiento al Virrey con la Audiencia. El mismo jurista sitúa la potestad del Virrey por encima de la del Capitán General, pues de las sentencias latas dictadas por éste último con consejo del Regente de la Cancillería hay apelación al Virrey como Lugarteniente General, para cuya apreciación se apoya en Ferrer, que se refiere a Cataluña, pero que según el mismo Dexart es criterio aplicable a Cerdeña, por haber sido estatuido en Parlamento celebrado por Antonio Cardona a petición de la ciudad de Cáller, insistiendo en que el Virrey, como Capitán General, no puede actuar fuera de "executio belli"³²⁵.

Como se comprenderá, este antagonismo es posible solamente merced a que en virtud de la influencia del principio gubernosenatorial en el régimen virreinosenatorial de los territorios de la Corona de Aragón, de derecho, pero sobre todo de hecho, el Virrey se aparta de la función judicial, que absorben las Audiencias, siendo excluido él, que es el Presidente, por el elemento letrado o técnico, lo que le obliga a tratar de extender su jurisdicción como Capitán General, la cual ejerce omnímodamente y sin cortapisas. Algo similar ocurre en Indias, aunque aquí, como la influencia del principio gubernosenatorial es todavía mucho más intensa, su desvinculación de la Audiencia es mayor y se siente todavía más Capitán General. Esto no quiere decir que su jurisdicción se extienda más en Indias y los abusos sean mayores, lo que podrá parecer paradójico, pero que no lo es porque en los territorios de la Corona de Aragón los abusos de la Capitanía General están a veces tolerados, cuando no alentados, por los propios Monarcas, enfrentados con las Audiencias en cuanto éstas representan una legalidad molesta para ellos, y que no pueden reformar como consecuencia de los compromisos suscritos por sus antecesores. Esta circunstancia

325. DEXART, op. cit., lib. III, tit. I, núms. 6-11. Vid. MARONGIÚ, op. cit., páginas 393 y ss., según el cual el Regente de la Cancillería es al mismo tiempo asesor del Capitán general, siendo precisados los poderes en el Parlamento de 1582. Firma todo, y tiene incluso mayor autoridad jurisdiccional que el Virrey, presidiendo además la Real Audiencia creada en 1594, aunque el Virrey participa en la Sala de lo criminal y es el presidente de derecho de la Audiencia.

no se da en Indias, donde las Audiencias son hechuras del Rey, y donde éste reforma la legislación a su placer, por lo que no aparece interesado en conseguir a través de la Capitanía General nada que no pueda conseguir por la vía normal de la Audiencia.

Por lo demás, esta unidad de organización fue patente, como es lógico, para las propias magistraturas indianas, como puede verse en Solórzano, que señala como la Capitanía General era atribuida a los otros virreyes de las Provincias, como las de Sicilia, Nápoles y Cataluña, amén de citar también al Perú en cuanto él trataba de la materia con respecto a la Nueva España ³²⁶.

También en Navarra fue un hecho la reunión en la misma persona de los dos cargos de Virrey y Capitán General ³²⁷, cuya jurisdicción y gobierno se extendió a las fronteras y comarcas de Castilla, donde ejercieron su jurisdicción de ordinario ³²⁸.

La función hacendística del Virrey indiano.

Desde la instauración de la institución virreinal no capitulada, la función hacendística aparece vinculada a aquélla con notoria importancia. Schäfer ya observó que en la primera instrucción dada a D. Antonio de Mendoza, una buena parte lo ocupaban las cuestiones de hacienda ³²⁹. La preocupación de los Virreyes en esta materia es grande, como lo demuestra, por ejemplo, la que siente el Conde de Nieva en 1562, al sustituir al Marqués de Cañete, en el Virreinato del Perú ³³⁰.

326. Vid. nota 317.

327. "... y nuestros Visorreyes, o quien su cargo, o de Capitan general sirviere adelante...". CHAVIER, op. cit., lib. I, tit. VIII, ley 3.^a de la Recopilación.

328. "Otro si, se manda que nuestro Visorrey, y Capitán General de este Reyno, cuya jurisdiccion, y gobierno se estiende tambien a las fronteras, y comarcas de los Reynos de Castilla, que la han exercitado siempre en ella, como, y de la manera que dentro de este Reyno...". CHAVIER, op. cit., lib. I, título IV, ley 8 de la Recopilación.

329. SCHAFER, op. cit., tomo II, pág. 11. Sobre organización general de la Hacienda indiana, vid. Ismael Sánchez Bella, *La jurisdicción de Hacienda en Indias*, AHDE, XXIX (1959) págs. 175-227.

330. "Cuando aqui llegue scriui a V. M. que el marques de Cañete

Algunos virreyes se sintieron reformadores en estas cuestiones, como D. Francisco de Toledo, por ejemplo, que solicitaba mayores poderes³³¹, y que proponía la creación de un Registro de la Hacienda real, donde constaran los libramientos de los gobernadores y oficiales, a fin de poderles tomar la residencia más fácilmente³³². La preocupación era lógica si se tiene en cuenta que misión de los Virreyes era no distraer nada para Indias de lo que la Monarquía estimaba sus rentas y ganancias de aquellos territorios³³³.

Legislativamente, la función hacendística de los virreyes aparece consagrada en una ley recopilada, que arranca de las Instrucciones de 1595, y que encomendaba a aquéllos el cuidado, cobranza y administración de las rentas reales³³⁴. Doctrinalmente, Solórzano confirma estar encomendada a los Virreyes la Hacienda, con la limitación de no hacer gastos nuevos ni extraordinarios sin consulta con el Rey, o en caso de urgencia con Acuerdo general, como en Nápoles³³⁵.

Desde luego, de acuerdo con la doctrina de Solórzano, una disposición dada en San Lorenzo de El Escorial, en 19 de julio de

(Dios le perdone) hauia dexado la hazienda Real tan consumida que no hauia adonde bolber los ojos...". Del Conde de Nieva al Rey, en 30 de abril de 1562. AGI, Lima, 28, A.

331. "Para el beneficio de la qual siempre entendi alla que conuenia traer mas mano al virrey como en particular digo en materia de hazienda...", 8 de febrero de 1570. Loc. cit.

332. "... hazer un Libro de la Razon de la hazienda de V. M. en la forma que aca se puede hazer conforme a la calidad de la hazienda donde parezcan y se tome razon de todas las libranças que por los gobernadores en qualquiera oficiales de V. M. se hizieren. Por donde con mas facilidad que aora se les pueden tomar sus residencias". Fecha y loc. cit.

333. "... y que para no auerse de tocar en las Rentas reales de V. M. de quintos, almoxarifazgos ni de los repartimientos que se incorporaron en la corona Real por los Gobernadores y Virreyes no se otra cosa conque al presente los ministros de V. M. pudiesemos entretener estas prouincias...". Fecha y loc. cit.

334. Rec. Indias, III, 3, 55.

335. "Tambien les esta encomendada la hazienda y sobre los Oficiales, pero sin que puedan hazer gastos nuevos ni extraordinarios de ella sin consulta con S. M. y si no hubiere lugar a dilación Acuerdo general de hazienda, igual que en Napoles". SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XIII, número 26.

1614, autoriza al Príncipe de Esquilache para gastar lo que le pareciera por causa de necesidad en época de alborotos y guerras, consultándolo con los oidores y con los oficiales de la Hacienda³³⁶, lo que significa reconocer al Virrey la condición de ordenador de gastos, incluso extraordinarios, si bien entonces con la previa consulta.

La función hacendística del Virrey es bastante absoluta, si se tiene en cuenta que los propios oficiales de la Real Hacienda hay momentos en que dudan de informar al Rey sobre cuestiones como la de los dos novenos concedidos por los Papas a los Monarcas españoles en los diezmos eclesiásticos indianos por temor a ofender al Virrey, a quien tienen orden de obedecer en forma total³³⁷. No falta, sin embargo, intromisiones de la Audiencia y del Gobernador, como las que denuncia el Conde de la Coruña en 26 de octubre de 1581, consistentes en el nombramiento de tesorero y contador en la provincia de Tabasco, gobernación de Yucatán, realizado el primero por la Audiencia y el segundo por el Gobernador³³⁸.

Como órgano de administración, el Virrey cuenta con las Juntas de Hacienda, que según la legislación recopilada están obligados a reunir los jueves por la tarde, sin tratar en ellas de otras materias³³⁹. La supervisión de la función se realiza a través del Consejo de Indias, a quien el Virrey remite el denominado "tanteo" de las Reales Cajas, funcionando un Tribunal de Cuentas, que por

336. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 24.

337. "... no nos atreemos todas vezes a screuir lo que se nos ofrece en Razon dellos (los oficios) y de lo que mas conuiene al seruicio de V. M. y mejor administracion de su Real Hacienda porque si nos hemos de mostrar dependientes en todo del Virrey como se nos ha dado a entender podria ofenderse como el presente lo mostró por aver nosotros ynformado a V. M. en lo que toca a los dos nouenos que por concesion de los Sumos Pontifices tiene V. M. en los diezmos de las yglesias destas Prouincias...". De *Jueces Oficiales de la Real Hacienda al Rey*, sin fecha, en AGI, IG, leg. 856.

338. AGI, Méjico, leg. 20.

339. Rec. Indias, III, 3, 56. Capítulo 62 de las Ordenanzas de los Virreyes.

orden del mismo Virrey examina las cuentas de las Cajas Matrices³⁴⁰.

La actividad hacendística del Virrey incide fundamentalmente en la producción de la moneda y en la administración de las exacciones. Por lo que se refiere a la primera, ya el primer virrey de Nueva España, D. Antonio de Mendoza, ordena labrar moneda, e, incluso, dicta unas Ordenanzas para la Casa de Moneda³⁴¹. En 1575, el proyecto de creación de una Casa de la Moneda en Çacatecas es informado por el Virrey M. Enríquez³⁴². En 1697, el Virrey del Perú, Conde de la Monclova, funda la "Casa de Moneda de oro" en Cuzco, dando comisión para ello a un Alcalde del Crimen, solicitándose préstamo del Cabildo y donativos de los vecinos, y autorizando construir tiendas alrededor, sin que se autorice labrar moneda de plata por estimar más que suficiente las cecas de Potosí y Lima³⁴³.

Por lo que se refiere a las exacciones, en 1579, se recuerda al Virrey de Nueva España la facultad para proveer en lo relativo al encarecimiento de las alcabalas y a la dificultad para su cobro³⁴⁴. El Virrey de Nueva España, Marqués de Villamanrique, por ejemplo, nombra contador y administrador general de tales exacciones,

340. R. C. de 30 de junio de 1751, en EUSEBIO VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los Autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y Providencias de su Superior Gobierno*, México, 1787, tomo I, último foliaje, núm. 752.

341. PUGA, *Cedulario*, fol. 130 vº.

342. 23 de septiembre de 1575. AGI, Méjico, leg. 19.

343. Lima, 22 de diciembre de 1697. AGI, Lima, leg. 91. El Virrey, Conde de la Monclova da cuenta de la cantidad de dobles labrados en la Casa de la Moneda, de Lima, "por lo que interesa la Real hacienda de Vuestra Majestad no solo en el Señoreaje, sino en lo principal de que se pague el quinto del oro en la forma que esta mandado...".

344. El Rey habla al Virrey de Nueva España sobre el encarecimiento de las alcabalas y las dificultades de parte de las ciudades para cobrar. Como el Virrey no se ha resuelto todavía, el Monarca le dice: "...y pues este negocio como los demas de esa tierra teneis tambien entendido y dispuesto nos ha parecido remitiros todo lo que a esto toca como os lo rremitimos para que proueis en ello lo que conbenga por la forma y orden que os pareciere dandonos auisso de lo que hizieredes". 22 de marzo de 1579. Copia de un capítulo, en AGI, Sección 5.ª, A. Méjico, leg. 1254.

lo que hace en la persona de Gil Verdugo³⁴⁵. La propia ciudad de Méjico comisiona al Virrey D. Luis de Velasco en 1589 para tratar del encabezamiento de las citadas alcabalas³⁴⁶, y el Marqués de Villamanrique llegó a proyectar operación tan importante como la venta de 100.000 pesos de juros sobre dichas exacciones, proyecto que, por otra parte, no prosperó porque la Junta establecida en Madrid desaconsejó en 11 de agosto de 1589 la venta del patrimonio.

Los derechos de salida de mercancías son objeto de atención por los Virreyes, pudiéndose citar como muestra la orden del Virrey de Nueva España en 1589 para cobrar dichos derechos en Acapulco sobre las mercancías llegadas de Filipinas, por entender que allí se acababa de gozar la gracia dispensada a aquellas islas³⁴⁷.

El Virrey entiende igualmente sobre el almojarifazgo, que, con las alcabalas, es la exacción más elaborada. El Virrey M. Enríquez, por ejemplo, encarga de su cobro en 1571 a Hernando Dávalos, alcalde mayor del puerto de Guatulco en el mar del Sur, señalando un 2,5 por 100 para la salida de mercancías de Nueva España a España; otro 2,5 por 100 para la salida de un virreinato con destino a otro, y un 5 por 100 para la entrada³⁴⁸.

Toda la gama de impuestos y exacciones es regulada por el Virrey. El Monarca le encarga fijar el precio de venta del azogue, cosa que el Virrey realiza consultándole con los oficiales de la Hacienda y con algunos doctores por la importancia de la cuestión³⁴⁹. Atiende al cobro de la Bula de la Cruzada, que en 1578, por ejemplo, encomienda a los oficiales y ministros indianos, concretamente a corregidores y a alcaldes mayores, rechazando el sistema de tesoreros³⁵⁰. Por el empeño de la hacienda, se encarga en

345. Vid. carta del Virrey al Rey en que se felicita del acierto. 29 de octubre de 1587. AGI, leg. 1254, Sección 5.ª, Audiencia de Méjico.

346. 4 de octubre de 1589. Loc. cit.

347. 16 de Diciembre de 1589. Loc. cit.

348. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

349. "... por ser cossa de tanta calidad e ynportancia no quise fiallo de un parescer ni del de los oficiales...". De don Martín Enríquez al Rey, en 22 de septiembre de 1572. Loc. cit.

350. Carta de 27 de julio de 1578. AGI, Méjico, leg. 20.

1689 al conde de Galvez, Virrey de la Nueva España, la introducción del llamado "derecho de Cobos", que siendo primitivamente una merced al Secretario Francisco de los Cobos sobre la plata y oro que se fundía, se extiende a todos los minerales³⁵¹. Por la urgencia de dinero, se ordena al mismo Virrey tomar a censo millón y medio de reales de a ocho, y al del Perú, un millón al 5 por 100 sobre el tesoro de las cajas reales, y aplicando también para ello el Derecho de Cobos³⁵².

¿Contrasta el Virrey indiano en estas materias con los otros Virreyes de su época? En general, sí. En Cerdeña, la Hacienda real depende del Procurador Real, y esta es una magistratura independiente del Virrey, aunque experimenta limitaciones. Dudas sobre la Pragmática de 1573 instituyendo la Audiencia dan lugar a una declaración real confirmando la competencia de los Doctores en las causas patrimoniales, que si necesitan información han de recurrir al Maeste Nacional, Procurador Real y Receptor del Reservado, correspondiendo la competencia extrajudicialmente al Lugarteniente general con los oficios de la Hacienda, en lugar del Regente de la Cancillería y los Doctores³⁵³. Otra aclaración atribuye a la Audiencia la apelación de las causas patrimoniales vistas en el Tribunal del Procurador Real, salvo causas mínimas y líquidas de ejecución de derechos, que fenecen en aquél, y confiere al Virrey con el Regente de la Cancillería o Audiencia la instrucción de las causas criminales del Procurador Real, con remisión al Consejo Supremo³⁵⁴.

Por lo que se refiere a Mallorca, la administración de la Hacienda corre a cargo del Procurador Real, con el conocimiento de las causas conexas. En un pleito entre el almotacén y el Procurador Real sobre arrendamiento del diezmo de ganado, se atribuye al último, y no al Lugarteniente, por una decisión real dada en Va-

351. Ced. de 20 de marzo de 1689. MURO, op. cit., doc. 228.

352. Op. cit., doc. 229

353. La declaración real es dada en San Lorenzo de El Escorial, en 27 de octubre de 1577. DEXART, op. cit., lib. III, tít. V, cap. V.

354. Declaración real dada en el mismo, sitio en 13 de marzo de 1578. Loc. citada.

lladolid, a 28 de septiembre de 1555, donde a su vez se invoca un Privilegio de 16 de junio de 1509³⁵⁵.

Sin embargo, esta diferencia existente entre el virrey indiano y los virreyes ibéricos y mediterráneos no es substancial. En primer lugar, estos virreyes siempre tienen cierta participación en la función hacendística, o hay una tendencia a que la tengan, y en segundo lugar, si no la tienen es porque lo impide, no la naturaleza del cargo, sino la existencia histórica de otras magistraturas.

Por lo que se refiere al primer aspecto citado, puede verse una representación elevada al Rey en 17 de octubre de 1669 sobre el gobierno de Cerdeña, en la que destacándose la dependencia de la Hacienda del Procurador Real y la independencia respecto de la autoridad del Virrey, se estima esto perjudicial y se propone someterla a aquél³⁵⁶. Si se trata de Mallorca, la orden de que no se paguen deudas atrasadas, sino solamente gastos y salarios ordinarios, se dirige en 1628 al Virrey, Conde de Villar, juntamente con una denominada Junta Patrimonial de Mallorca³⁵⁷. Si es en Cataluña, en 1614 hay órdenes de acuñación de moneda, dadas por el Virrey³⁵⁸. Finalmente, en Navarra es el Virrey el que ordena la distribución de las rentas reales, con la única limitación de que no se ejecuten sin sobrecartarse primero por el Consejo, con citación de la Diputación³⁵⁹.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, hay que insistir en que la exclusión total o parcial de la función hacendística en algunos virreyes ibéricos y mediterráneos no es consecuencia de la

355. ACA, C. de A., leg. 943.

356. "La Hazienda Real depende en aquel Reyno de la dirección y Gobierno del Procurador Real y la independencia que este oficio tiene de la autoridad del Virrey causa muchos daños, y podría remediarse con que estubiesen assi el Procurador Real como los demas Ministros del Patrimonio sujetos a una Vissita del Virrey, pues embiar nuevo Vissitador no es sino añadir gastos, y tengo entendido de personas muy expedimentadas y afectas al Real seruicio que se necessita de que en esto se ponga prompto y eficaz remedio." Biblioteca de la Universidad de Sevilla (en adelante citada como BUS) ms. 330/119.

357. 20 de marzo de 1628. ACA, C. de A., leg. 943.

358. Vid. LALINDE *op. cit.*, pág. 365.

359. Nov. Rec. de Navarra, I, 4, 13.

naturaleza del cargo, sino a que son territorios de larga gestación histórica, en los que se han ido creando diversas magistraturas y se ha llegado a una especialización que no podía darse en Indias. Piénsese, por ejemplo, en los citados Procuradores Reales de Cerdeña y de Mallorca, o para Cataluña en el Maestre racional, el tesorero general y el baile general³⁶⁰. La diferencia, pues, es esencialmente histórica.

La figura del Virrey indiano.

La figura del Virrey indiano puede experimentar una primera delimitación a través del estudio de los siguientes aspectos: *a)* su consideración en relación a magistraturas del mundo antiguo e indígena americano; *b)* su condición de representantes personales del Monarca; *c)* la acumulación de cargos; *d)* la diversidad de funciones y la proporcionalidad de su ejercicio; y *e)* la magnitud y calidad de su poder.

Por lo que se refiere al aspecto *a)* hay que destacar que la comparación del Virrey con instituciones indígenas americanas es exclusiva del indiano, como es lógico, en tanto que la realizada con magistraturas del mundo antiguo es cuestión común con los demás virreyes hispánicos. La primera comparación es útil a efectos de la magnitud del poder, pero la segunda lo es más para fijar el puesto que ocupa el virrey indiano entre los demás hispánicos de su época.

Comparación del primer tipo es la debida a Fray Juan de Torquemada, un franciscano que escribe hacia principios del siglo xvii, y que establece la comparación con el "cihuacohuatel" mejicano. Es éste, según Torquemada, un Presidente y Juez Mayor, existente en Méjico después del Rey, y que es provisto por él mismo, cuya usurpación era castigada con la muerte, la confiscación de los bienes y la venta de los hijos y mujer como esclavos. Este Juez supremo, siempre según Torquemada, no se proveía para todos los pueblos, sino solamente para las ciudades y poblaciones grandes, que tenían una gran comarca. Disponía en cosas de gobierno y en

360. Vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 368, 391-92, etc.

la Hacienda del Rey, conociendo en las causas de apelación, pero sólo en lo criminal, pues en lo civil no se apelaba de los justicias ordinarios sin que tampoco de él pudiera apelarse. Había de actuar por sí, sin poder nombrar lugarteniente. Para Torquemada, este magistrado se parecía al Virrey, en cuanto a éste, el Rey le daba autoridad absoluta para gobernar y despachar los negocios pertinentes a su exclusiva determinación, sin dependencia de nadie, aunque estimaba que parecía algo superior, pues por vía de agravio y violencia en casos graves, la Audiencia podía conocer de materias de gobierno, lo que no le sucedía al "Cihuacohuatl", contra el que no se podía recurrir³⁶¹.

Independiente de que la descripción del "Cihuacohuatl" sea afortunada, las apreciaciones de Torquemada sobre la naturaleza del virrey indiano son muy ilustrativas de la situación de aquél dentro del sistema, moldeado como se ha dicho por un criterio gubernosensorial, y que no hubieran podido ser aplicadas en la misma medida a un Virrey, como el catalán, por ejemplo.

Las comparaciones con magistraturas del mundo antiguo son más frecuentes, especialmente con las del mundo romano, dada la preponderancia del derecho común. De las que no son del mundo romano, casi no puede citarse nada más que la relativa a la situación de José cerca del Faraón egipcio. Se encuentra en el citado Torquemada, que duda que aquél hubiera tenido más autoridad que la que tenía el "Cihuacohuatl"³⁶², y se encuentra en el Padre Diego

361. "Este supremo Juez no se proveia para todos los Pueblos indiferentemente, sino para las Ciudades y Poblaciones grandes, y que tenían mucha comarca... Este Juez parece tener veces, y autoridad de Virrei, a los quales comunica el Rei Autoridad absoluta, para gobernar y despachar negocios, cometidos a su sola y absoluta determinación, sin tener dependencia de nadie, pero tambien parece Aventajarsele en algo, pues en cosas de su Gobierno conoce la Audiencia, que toda junta se hace Persona de Rei, y con su Autoridad la puede reprimir y reprimen; y esto se entiende en casos graves, y por vía de agravio y violencia: lo qual no corria en este dicho Juez Cihuacohuatl; porque de su ultima determinacion no havia recurso a otro...". FRAY JUAN DE TORQUEMADA, *Monarquía indiana*, Madrid, 1723, tomo II, lib. 11, cap. 25.

362. "No se si en Egipto tuvo Joseph mas autoridad comunicada de Faraon. que tenia este Cihuacohuatl...". Loc. cit.

Avendaño, que como el anterior escribe en el siglo XVII, y para el que José fue un Virrey del Faraón³⁶³.

Con respecto a las comparaciones establecidas con las magistraturas del mundo romano, hay que destacar que con ser corrientes no son tan numerosas como las que se encuentran entre los juristas residentes en territorios de la Corona de Aragón, lo que es consecuencia de la distinta posición que ocupa el derecho común, entendiéndose por tal el romano-canónico. Esto puede verse en Matienzo, para el que las leyes del Reino de España no son estatutos, sino leyes generales y las leyes del Reino de Castilla son llamadas de derecho común³⁶⁴. Para los juristas mediterráneos, por el contrario, las normas emanadas de sus correspondientes órganos legislativos tienen todavía carácter estatutario, frente al romano-canónico, que es el derecho común.

Aún así y todo, como el influjo romanista es todavía intenso, surgen las aludidas comparaciones, recorriéndose toda la gama de Prefectos del Pretorio, Procónsules y Presidentes de las Provincias, que es conocida para juristas como Solórzano³⁶⁵, pero aunque esta gama sea expuesta lo es a título informativo, pues en definitiva la preferencia lo es por el procónsul³⁶⁶. Esto es significativo, pues los procónsules eran simples gobernadores, en tanto los Prefectos del Pretorio, por los que suelen decantarse los juristas catalanes, por ejemplo, eran verdaderos "alter Nos" de los

363. "Joseph in Aegypto Prorex constitutus a Pharaone...". P. DIEGO DE AVENDAÑO, *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad Indias spectant*. Amberes, 1668, tit. III, cap. I, número 2.

364. JUAN MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*. Mantua, 1613, tit. 2, gl. 5, núm. 2 y tit. 11, gl. 7, núm. 6.

365. Según Solórzano, los romanos dividieron las provincias remotas en "consulares" y "pretorias", tomando el Emperador a su cargo con los procónsules las primeras, y el Senado las segundas, designando "praesidentes". Según algunos, los virreyes podían compararse a ellos, pero Solórzano cita también a otros, como Alciato y Bobadilla, que los comparan con el Prefecto del Pretorio, y aun otros, que lo hacen con los sátrapas persas y bajáes turcos. SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. V, cap. XII, núms. 3 a 5.

366. "Porque hablando de los Procónsules de los Romanos (que según tengo dicho, eran entonces como ahora nuestros Virreyes)". SOLÓRZANO, *op. cit.*, cap. XIX, núm. 2.

Emperadores, en cuanto de ellos podía suplicarse, pero no apelar³⁶⁷. Esta postura de Solórzano, como jurista castellano y que conoce de cerca la realidad indiana, es el reflejo del aludido principio gubernosensorial que animó la administración americana. Para Solórzano podía recurrirse a la Audiencia, aunque ello fuera posible sólo por la convertibilidad de un negocio de gobierno en un negocio de justicia.

No deja de ser curioso que esta actitud de Solórzano haya prefijado la actitud de los historiadores de la institución virreinal indiana. Pérez López, en su famosa exposición de la legislación española y americana redactada en el siglo XVIII, comparará a los Procónsules citados en el Digesto con los Virreyes y Gobernadores de las Provincias³⁶⁸, y Desdevises du Dezert y Donald E. Smith también llamarán procónsules a los virreyes.

Por lo que se refiere al aspecto *b*), la legislación recopilada que arranca de 20 de noviembre de 1542, atribuye la representación del Monarca al Virrey³⁶⁹, y son varias las leyes recopiladas que, ordenando a las Audiencias subordinadas el observar las Cédulas o despachos de los Virreyes en materia de Gobierno, guerra y administración de Hacienda, resaltan la indicada representación³⁷⁰. En el artículo 72 de las Instrucciones al Virrey, Marqués de Mancera, que corresponde al 46 de la Instrucción General en Nueva

367. Sobre las distintas direcciones que pueden apreciarse en las comparaciones con las magistraturas romanas, vid. LALINDE, op. cit., págs. 75 y ss.

368. Tomando como base D., 1, 16, dice que se habla de los Procónsules. "que eran como los Virreyes y los Presidentes de las Provincias". Los Legados eran como sustitutos suyos en varios parajes y en diversas circunstancias, siendo su jurisdicción delegada y no teniendo nada más que lo que les permitía o daba el Procónsul. FRANCISCO XAVIER PÉREZ LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias* (1791-1798), tomo XIX, página 50.

369. Según Rec. Indias, III, 2, 1, los Reinos de Perú y Nueva España son "regidos y gobernados" por Virreyes "que representen nuestra Real Persona, y tengan el gobierno superior...".

370. "... en materias de gobierno, guerra y administración de nuestra Real Hacienda... quien representa a nuestra Real Persona..." Rec. Indias, II, 15, 3.

España, se ordena que en el guión de aquél lleve las armas reales, y no otra alguna³⁷¹.

La condición de "alter Nos" está recogida por Solórzano, si bien como terminología propia de Cataluña y de otros lugares³⁷². Su posición en el lugar del Rey está expresada por Avendaño³⁷³. La característica esencial del Virrey, manifestada en la cláusula de poder hacer lo que el mismo Rey si éste se hallara presente, aparece reflejada en la legislación recopilada, desde la disposición dictada por Felipe II en Bruselas a 15 de diciembre de 1588³⁷⁴, y en la doctrina, a través de Solórzano³⁷⁵ y de Avendaño³⁷⁶.

371. En el guion que tubieredes como birey traireis mis armas Reales y no otras algunas..." ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 242.

372. "Pero de qualquier suerte que esto sea, va poco en ello y lo que Yo tengo por más cierto es, que a quien más propiamente los podemos asimilar, es a los mismos Reyes que los nombran y embían, escogiéndolos de ordinario de los Señores titulados, y más calificados de España y de quienes se suelen servir en su Cámara, y haciéndoles, que en las provincias que se les encargan, representen, como he dicho su persona, y sean Vicarios suyos, que eso propiamente quiere decir la palabra latina Proreges o Vicereges, que en romance decimos Virreyes y en Cataluña y otras partes los llaman Alter Nos por esta omnimoda semejanza o representación de que asimismo hablan algunos Títulos de derecho común y leyes de nuestras Partidas y escribieron latisimamente Budeo, Casaneo y otros Autores." SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XII, núm. 6.

373. Refiriéndose a un libro del Cardenal Lugo dice: "ubi licet Proreges non exprimat, loquitur tamen de Ministro publico, qui dispensator est officiorum loco Principis constitutus, quales constat esse Proreges". AVENDAÑO, op. cit., tít. III, cap. V, núm. 43.

374. "... y provean todo aquello que Nos podríamos hacer y proveer... si por nuestra persona se gobernaran, en lo que no tuvieren especial prohibición". Rec. Indias, III, 2, 2.

375. "... y en conclusion pudiesen hacer y hiciesen, y cuidar y cuidasen de todo aquello que la misma Real Persona hiciera y cuidara si se hallara presente, y entendiesen convenir para la conversión y ampara de los Indios, dilatación del Santo Evangelio, administración política y su paz, tranquilidad y aumento en lo espiritual y temporal". SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, capítulo XII, núm. 1.

376. "Quia Proreges, ut nomen eorum prae refert, et usus ipse confirmant ac titulus assignationis, loco Regis ad gubernandum assumantur, ut scilicet id faciant, y co modo, quo ipse facerat, si per se ipsum gubernaret; iis exceptis quae Regi aperte, aut verosimiliter reseruantur...". AVENDAÑO, op. cit., tít. III, cap. V, núm. 44.

En lo relativo al apartado *c*), no debe olvidarse la realidad institucional de la reunión de diversos cargos en una persona. A su condición de Virrey, une éste desde el principio la de Presidente de la Audiencia, consagrándose jurídicamente la vinculación en 1567, seguramente porque, como opinaba Solórzano siguiendo a Torquemada, los Reyes vieron los inconvenientes de un gobierno dividido³⁷⁷. Su unidad es tal que cuando Avendaño se plantea el problema de los “munera” en los Virreyes, lo resuelve teniendo en cuenta que aquéllos son Jueces como Presidentes de las Audiencias³⁷⁸.

A esta doble condición de Virrey y Presidente de la Audiencia hay que unir la de Capitán General, por más que la vinculación no se consagre jurídicamente hasta 1614, lo que les permitió el gobierno de las “facciones militares”, según expresión de Solórzano³⁷⁹. Jurídicamente, como se ha hecho en sus lugares respectivos, estos cargos pueden diferenciarse y aislarse el de Virrey, pero históricamente deben ser apreciados en conjunto. Se distingue por los contemporáneos y se puede distinguir por nosotros lo que hicieron en virtud de una u otra condición, pero a la hora de indicar las magistraturas que administraron el complejo indiano deberá tenerse presente que por encima de todas no es la del Virrey la que se encuentra, sino la del Virrey, Presidente de la Audiencia y Capitán General.

Del aspecto *c*) o acumulación de cargos, se deriva el aspecto *d*), o de diversidad de funciones. Aunque el Virrey sea Presidente de la Audiencia, está prácticamente privado de la administración de justicia, que corresponde al órgano que preside. La doctrina, representada en este punto por Avendaño, destaca cómo el Virrey está sometido a la mayoría de votos en los negocios de justicia, votos que no tienen un carácter consultivo, y sistema sobre el que se

377. SOLÓRZANO, *op. cit.*, libro V, cap. XII, núm. 2.

378. “Communis est pro cunctis Proregibus difficultas sed specialis pro Iudicis...”. “Sunt autem Proreges Audientiarium Praesides, unde manifesté in lege dicta videntur comprehensi”. AVENDAÑO, *op. cit.*, tít. III, cap. IV, núm. 1.

379. SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. V, cap. XII, núm. 1.

extiende en elogios³⁸⁰, del que sólo se excepciona las causas sobre la condición de las personas, que no dependen tanto de la pericia de la ciencia jurídica y práctica forense como de la prudencia, experiencia y celo por el bien público³⁸¹. Sin embargo, la realidad de hecho, y aun la de derecho, es más extremada que la pintada por la doctrina, pues, como sabemos, no sólo el Virrey está sometido al voto de la mayoría, sino que, por regla general y dada su falta de condición letrada, no contribuye a originar esta mayoría. De hecho y de derecho, siguiéndose la tradición castellana, hay una neta separación entre gobierno y justicia, que hará decir a Smith que es posible que la separación de poderes haya sido elaborada entre los hombres de estado de España, sin influencia de Montesquieu³⁸².

Si se excluye la función de justicia, permanecen en el Virrey las funciones de gobierno, guerra y administración de la Hacienda real³⁸³. Cuando más limitadas aparecen estas funciones, que es en el territorio de Nueva Galicia, por encomendarse el gobierno a la Audiencia, se reserva en último término al Virrey, y éste lo reivindica como lo último de que puede desprenderse, la administración de la guerra, y la gratificación de servicios³⁸⁴.

380. "Prorex in negotiis iustitiae tenetur maiorem suffragiorum partem amplecti, quando ad illum etiam cognitio causae spectat. et non sunt tantum suffragia consultiua. Id constat: quia est iuxta stylum lege firmatum in Regius Cancellariis, ut juxta maiorem suffragiorum qualitate: quamuis contingere possit, ut minor pars praefenda alis videatur, eo quod in illa viri sint prudentia et doctrina praestantes, atque exploratissimae probitatis". AVENDAÑO, *op. cit.*, cap. VII, tit. III, núm. 6.

381. "In negotis status non tenetur Prorex cum maiore suffragiorum numero consentire. Probat. Quia in eo non videtur ita stylus praeualuisse. Est praeterea negotia ista non tam ex iurisprudentiae periciam, et forensi praxis quam ex prudentiam, experienciam et boni publici zelo dependent; ergo cum in minori suffragantium parte possit hoc cum excessu ad maiorem reperiri; merito poterit Prorex eidem suum assensum applicare". *Loc. cit.*, número 57.

382. SMITH, *op. cit.*, pág. 165.

383. Vid. texto transcrito en nota 370.

384. Vid. Carta de Martín Enríquez al Rey, en 23 de octubre de 1574, AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4. El Presidente de Nueva Galicia envió al Virrey copia de un capítulo de carta que decía así: "Estareys aduertido que sin embargo de lo contenido en aquella cedula la gouernación desa pro-uincia la tencis uos toda y en vuestra ausencia el audiencia y que al viso-

No obstante, y como ya se ha dicho, el caso de Nueva Galicia es anormal y, además, experimenta muchas mutaciones en poco tiempo, observándose un criterio vacilante sobre lo que se hacía, o, mejor dicho, aplicándose diversos criterios. Basta citar cómo la R. C. de 5 de julio de 1578 pone las provincias de Avalos, Juspa, Cuexco, Jonamaxtlán, Atlán y Río de la Navidad bajo la Audiencia de Nueva Galicia, pero deja a salvo el gobierno, que somete al Virrey de Nueva España³⁸⁵.

Salvo esta situación de anormalidad, el gobierno corresponde al Virrey, incluso sobre las Audiencias que se establecen fuera del centro del Virreinato, como sucede con la de las Charcas, en el Perú³⁸⁶. Su competencia en esta materia se reconoce siempre, e

rrey solamente le está reservada la gobernación de guerra y gratificación de servicios y según la cuenta y buena orden que diereis. En lo demás que toca a gobernación, que como esta dicho es a vuestro cargo, y en vuestra Ausencia a cargo del audiencia, se platicara sobre si estos dos casos Reservados al virrey seos Remitiran a vos y esa audiencia". El Virrey sigue diciendo: "El qual obedeci yo luego, y para entender en ella me embiaron el traslado autorizado de dos cédulas de V. M. hechas a once de junio de 72 que en la una dellas da V. M. el gouierno de la prouincia de Nueva Galicia al que aqui gouernare y en la otra manda V. M. al audiencia que lo dexe y no se entrometa en ello y que de lo contrario se terná V. M. por deseruido y manda V. M. proueer como el servicio de V. M. couiniere". Como no ve la firma del Rey, le traen las cédulas originales y el Virrey las besa y las pone sobre su cabeza, obedeciéndolas, manifestando: "... y si yo pretendo Alargar jurisdicción por mis cartas lo aura V. M. visto que nunca pretendo yo sino las partes que me parecia ser necesarias para poder hazer mejor mi officio...". El Virrey se manifiesta contrario de cederles "guerra y gratificación de servicios", pues con el capítulo citado "tienen ya entendido que a de uenir a ser tan diuiso lo de aquella gouernacion desta como lo es la del virrey del peru con la de nueva españa", Consecuentemente se manifiesta partidario de dar el gobierno al Presidente: "que allí Ouiese cabeza y que no estuuiese en toda el audiencia por las diuisiones que entre ellos auia". En caso contrario estima que se "perderá totalmente el Respecto al virrey que es la principal fortaleza deste Reyno". Estima que el que gobierna debe proveer los officios y hacer las mercedes de estancia y tierras para que le conozcan y tengan necesidad de él, "y que en lo que toca a la guerra entendiesen quel virrey era su superior aunque se les encargaua la de los chichimecas".

385. AGI, Méjico, leg. 20.

386. AGI, IG, 737 y Rec. Indias, III, 3, 6.

incluso en aquellos casos en los que estas cuestiones se comunican en una misma carta al Virrey y a los oficiales, se aclara que se sigue este sistema por hacerse igual con los Virreyes de Nápoles y de Sicilia, pero que lo que toca al gobierno se entiende que lo ha de proveer él con parecer de los oficiales, y éstos han de acordarlo y solicitarlo ³⁸⁷.

Los virreyes de Indias, siguiendo el pensamiento castellano, están configurados como gobernadores, si bien con el máximo de poder dentro de éstos. Según Solórzano, como aunque parecía que se había proveído bastante de lo necesario para mantener en paz y justicia las Provincias de Indias con la fundación de las Audiencias y diversos magistrados, aquéllas se fueron poblando y ennoblecendo, pareció conveniente que, por lo menos en las principales de ellas, que son las de Perú y Nueva España, se pusiesen "Gobernadores de mayor porte", con título de Virreyes ³⁸⁸, lo que es muy ilustrativo de lo que Solórzano y los juristas castellanos entendían por un Virrey, al que se le podía aplicar así la comparación de un "procónsul", y que estaba lejos de llegar a ocupar la posición que el Lugarteniente General o Virrey tenía en los territorios de la Corona de Aragón, especialmente en los ibéricos ³⁸⁹. Ello se refleja, quizá, también en la forma en que Torquemada trata el envío de Virrey, sin destacarlo en exceso ³⁹⁰.

El "mayor porte" de los Gobernadores enviados con título de Virrey se traduce en el lenguaje jurídico de la época por la expresión "gobierno superior". En la legislación recopilada, y arrancando de 20 de noviembre de 1542, se dispone que los Reinos de Perú y Nueva España sean regidos y gobernados por Virreyes, que

387. "Que aunque las cosas del gobierno se les escriben a él y a los oficiales en una carta esto se hace porque se escribe así a los Virreyes de Nápoles y Sicilia, y esta claro que a él se dirige lo que toca al gobierno, que lo provea con parecer de los oficiales y a ellos para que se lo acuerden y lo soliciten". Copulata, lib. II, tít. II, ap. 45. Aunque esta norma procede del virreinato colombino o capitalado, se estimaba continuaba en vigor en el virreinato no capitalado.

388. SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. V, cap. XII, núm. 1.

389. *Vid. loc. cit.* en nota 367

390. TORQUEMADA, *op. cit.*, lib. V, cap. XI.

tengan este "gobierno superior"³⁹¹, en lo que se insiste en 1567, cuando se consagra la vinculación de las Presidencias de las Audiencias de Lima y Méjico a los virreyes de Perú y Nueva España³⁹². Incluso, en 1576, llega a preverse abusos "con pretexto o color de gobierno superior"³⁹³. A su vez, en la doctrina, se traduce en la titulación de "Gobernador supremo"³⁹⁴.

El "gobierno superior" no parece que haya sido definido en ninguna parte. Desde luego, no es exclusivo del Virrey, como lo demuestra el que en Filipinas se atribuye a título privativo al Gobernador, Capitán General y Presidente de la Audiencia³⁹⁵. Por tanto, no todo el que lo posea es un Virrey, aunque sí hay que suponer que, por el contrario, todo el que tenga aquel título lo detenta. No sirve, pues, para diferenciar un Virrey, al que en último término lo que le caracteriza es su representación de la persona del Monarca, aunque debe darle contenido. Su facultad de gobierno se distingue así de la de los gobernadores ordinarios, que, incluso, pueden aparecer exentos de la jurisdicción virreinal, pero a los que no corresponderá en manera alguna la función alta que caracteriza al que está en condiciones de resolver los problemas de importancia de un vasto territorio, aunque pueda faltarle la intervención directa en el quehacer cotidiano de un territorio o una comarca.

No es menester insistir sobre las funciones militar y hacendística, en cuanto que se les ha dedicado espacios especiales. Lo que sí es forzoso considerar dentro del mismo aspecto de las funciones del Virrey, es su proporcionalidad.

Ha sido Smith el que, apoyándose en textos de Revilla-Gigedo, ha destacado que la principal fuente de autoridad en el Virrey está en su poder como Capitán General, correspondiendo sus atributos al carácter peculiar español, de forma que otras naciones han tenido

391. Rec. Indias, III, 2, 1.

392. Rec. Indias, II, 16, 1.

393. 18 enero de 1576. Rec. Indias, II, 15, 4.

394. "... quae in Gubernatore supremo, et post experientiam sufficientiae ad tale munus electo...". AVENDAÑO, op. cit., tit. III, cap. VI, núm. 55.

395. "... tenga privativamente el gobierno superior... y en las cosas y casos, que sean de importancia... las haya de tratar con los Oidores... para que le den su parecer consultivamente...". Rec. Indias, II, 15, 11. La legislación se inicia en 1583.

sus Virreyes y otros oficiales, pero no han tenido esta magistratura de Capitán General. Desde Chile y extremo sur a Méjico y Cuba, destaca el publicista norteamericano, el territorio no ha estado dividido en provincias o virreinos, sino en capitanías generales, y el aspecto militar ha sido fundamental en las colonias españolas, pues el período de turbulencia que siguió a la conquista requirió la presencia de un soldado, y los daños de los bucaneros ingleses y holandeses evitan la evolución del Virrey civil, tipo inglés. El Capitán General, concluye diciendo Smith, gana competencia a expensas del gobernador y el Virrey, y deviene un poder militar, al revés que lo que sucede con el Gobernador inglés ³⁹⁶.

Las consideraciones de Smith son agudas, y hasta exactas si se tiene en cuenta que él examina la institución virreinal a través del siglo XVIII. Incluso, y en los siglos XVI y XVII, la institución virreinal, en algunos territorios de la Corona de Aragón, experimenta una evolución en tal sentido, es decir, el Virrey realiza como Capitán General lo que no le está permitido como Virrey, o, al menos, en aquello que encuentra dificultades como tal ³⁹⁷. Sin embargo, no debe supervalorarse el carácter militar del Virrey indiano en los siglos XVI y XVII, si se quiere tener una verdadera idea de él.

Por de pronto, hay que destacar que a los Virreyes se les descarga de las preocupaciones que puede irrogar el papel de descubridores, prohibiéndoles, tanto a ellos como a los Presidentes de Audiencia, oidores y gobernadores, entender por sí o por persona interpuesta en descubrimientos, armadas o entradas, a fin de que se dediquen con exclusividad a sus cargos, para los que se les pagaba "salarios tan competentes" ³⁹⁸. Se les configura, pues, como administradores puros, y se les libera de una posible función descubridora o conquistadora, en la que verdaderamente se hubiera desarrollado un carácter militar auténtico, de carácter ofensivo.

Los Virreyes indianos son en los siglos XVI y XVII, antes que

396. SMITH, *op. cit.*, págs. 193 y ss.

397. Vid. LALINDE, *La institución...*, págs. 114 y ss.

398. Vid. SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. I, tít. II, ley 9.^a, que dice extraerla de la Ordenanza 36 de las Nuevas Leyes de 1541, de la Ordenanza de las Audiencias de 1563 y de un capítulo de las instrucciones al Virrey de Nueva España, en 1550.

todo, unos gobernadores de distritos muy amplios, cuya gama de actividades es muy intensa, y cuyo "gobierno superior" les permite afrontar los problemas más importantes, utilizando para ese gobierno una Audiencia que presiden, y cuya política judicial pueden impulsar, aunque se les escape la administración propia de justicia, por recaer en manos de los técnicos integrantes de las Audiencias. Para ese propio gobierno les es fundamental el dominio de las fuerzas armadas, aunque no con carácter ofensivo, sino defensivo, que llegan a poseer mediante el título de Capitán General, y que no les priva de su esencial condición de gobernadores, por más que a veces les sea útil abusar de aquél o, simplemente, usar, dado que el poder de Capitán General, aunque menos extenso, es más intenso.

El último de los aspectos para delimitar la figura del Virrey es el de la magnitud y calidad del poder. En esto caben todos los extremos, según el ángulo de vista. Los Virreyes se quejan de su falta de autoridad, como, por ejemplo, lo hace el Marqués de Cañete en 1556³⁹⁹. Sin embargo, entre los cargos que se les hace en los juicios de residencia suele figurar el de poder hacerlo todo⁴⁰⁰. Examinado el asunto objetivamente, hay que tener en cuenta que el poder de los virreyes está más limitado de lo que parece a primera vista. La primera limitación parte del Monarca, quien estima poder disponer libremente de una magistratura que está hecha a su imagen y semejanza. Otras limitaciones parten de las restantes magistraturas con las que han de compartir el gobierno, y de los privilegios concedidos a las poblaciones, clases sociales, etc. Es verdad que esto último es muchísimo más fuerte en los territorios de la Corona de Aragón, pues es casi inexistente en Indias, pero, por el contrario, aquí es mayor la limitación que pudiéramos deno-

399. En carta de 15 de septiembre de 1556, reproducida por ROBERTO LEVILLIER, *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles*, I, pág. 279, el Marqués de Cañete se queja de la falta de autoridad y dice: "... y esto nacio de aver muerto un visorrey y aver hecho a los que lo mataron mucha merced y a los que se hallaron con el estar mancos y pobres".

400. En la residencia de don Martín Enríquez tomada por Fr. Antonio Roldán en 1572, éste manifiesta: "Ase de adbertir que el Virrey aca lo que puede todo... y se le ha de restringir más que alargar". Por su parte, el Virrey dice: "A este capitulo no tengo yo que rresponder". AGI. Méjico, leg. 19, ramo. 3.

minar constitucional. Lo observa el propio Solórzano, que destaca cómo otros virreyes, cuando resuelven las causas que les corresponde por gobierno u otra competencia, no pueden ser recurridos, ni en vía de apelación, a otro tribunal que no sea el del mismo Rey o su Consejo, mientras que de los indianos se puede apelar a las Audiencias, en cuanto el negocio se convierte en contencioso⁴⁰¹. Esto tiene su excepción en las causas que entienden como Capitanes Generales⁴⁰², lo que explica que en Indias, como también en los restantes territorios, traten de extender su jurisdicción militar en la medida de lo posible.

En conclusión, y dentro de este aspecto, parece justa la postura de Smith frente a Desdevises du Dezert, en el sentido de no poder considerarse a los Virreyes como sátrapas, teniendo en cuenta, sobre todo, el control de los visitadores, los juicios de residencia y el poder de las Audiencias⁴⁰³. En especial, debe tenerse muy presente la actuación de los visitadores, cuyo papel en la colonización americana no se ha valorado todavía debidamente, pero que han sido verdaderos reformadores, dotados con poderes amplísimos, y comisionados para realizar verdaderas transformaciones de la Administración. Finalmente, los Consejos, si bien órganos centrales, han llegado, incluso, a absorber la representación personal del Monarca⁴⁰⁴, calidad que no tenían porqué haber adquirido.

Estos son varios de los aspectos bajo los cuales puede examinarse la figura del Virrey indiano. Por lo que se refiere a los mo-

401. "... aunque en otros Virreyes quando proveen y determinan algo en las causas que les tocan por vía de gobierno o en otra manera, la parte que se siente agraviada no tiene recurso ni apelación a otro Tribunal que al del mismo Rey o su Consejo Supremo, como lo prueban algunos textos del derecho comun que hablan de los Proconsules de los Romanos y aplicándolos a los Virreyes, Mastrillo y Valenzuela. En los de las Indias se guarda lo contrario y esta dispuesto, que de sus autos y decretos se pueda apelar y apele a las Reales Audiencias, en haviendo parte que lo reduzca a justicia contenciosa y de ello se sintiere y mostrare agraviado...". SOLÓRZANO, *op. cit.*, lib. V, cap. XIII, núm. 40.

402. SOLÓRZANO, *loc. cit.* núms. 41 a 43.

403. SMITH, *op. cit.*, pág. 130, nota 16.

404. Felipe IV, en *Rec. Indias*, II, 15, 1, va estableciendo las jerarquías, y dice: "... y todos a nuestro Supremo Consejo de las Indias, que representa nuestra Real Persona...".

mentos culminantes de su evolución, pueden haber sido los de 15 de diciembre de 1588 y 19 de julio de 1614, en cuanto a la fijación de sus atribuciones⁴⁰⁵, sin que deba olvidarse la fecha de 1567, en que se consagra la vinculación de la Presidencia de la Audiencia, ni dejar de considerar la citada de 1614 en cuanto representativa de la vinculación jurídica de la Capitanía General.

En síntesis, los caracteres que definen al Virrey indiano son los siguientes:

a) Es solamente un miembro de un sistema virreino-senatorial, que se ha configurado con arreglo a un criterio gobierno-senatorial, y en cuanto tal, su misión en la administración de justicia es escasa por absorberla la Audiencia, que a su vez puede controlar la actividad propia del Virrey, pese a estar bajo su presidencia, cuando aquélla da lugar a un negocio contencioso, que puede ser conducido por la vía judicial.

b) Es la magistratura ordinaria más elevada de la administración territorial, comparable en el derecho común a la figura del "procónsul" y representativa de la persona del Rey.

c) Detenta el "gobierno superior", y une a esta función la hacendística y la militar, esta última como consecuencia de la vinculación del cargo de Capitán General.

d) Su poder es limitado por el control judicial de la Audiencia y por la exigencia de los procedimientos habituales de responsabilidad, como son la visita y la residencia.

El papel de la Audiencia en el sistema virreino-senatorial.

Anteriormente se expuso cómo la institución senatorial se desarrolló en Indias al margen de la administración colombina, debido, sin duda alguna, al vigor que la misma tenía en Castilla. La insuficiencia del sistema gobierno-senatorial para compensar el fracaso de aquella Administración no pudo ser atribuido a la Audiencia, sino al primer miembro del binomio administrativo, por lo que se buscó la sustitución de éste, y no de aquélla.

405. Una nota al libro II, tit. III, núm. 3, de la Copulata, dice que Felipe II, en 15 de diciembre de 1588, y Felipe III, en 19 de julio de 1614, determinaron las facultades de los Virreyes.

Instituido el sistema virreino-senatorial, la Audiencia es uno de los dos grandes componentes del mismo, debiendo integrar una unidad con el otro componente, que es el Virrey. Esta unidad está representada por el denominado "Acuerdo" o "Real Acuerdo", que es la reunión plena del Virrey y Presidente de la Audiencia con todos los oidores, y que constituye la representación más perfecta de la Administración hispánica en las nuevas tierras descubiertas. En este Acuerdo, al que suelen asistir también los oficiales de la Real Hacienda, se procede a la recepción solemne de las disposiciones normativas procedentes del Rey ⁴⁰⁶, y con él deben consultar los Virreyes los negocios difíciles de gobierno, por más que a ellos les corresponda con exclusividad el adoptar resolución ⁴⁰⁷.

La Audiencia es una entidad colegiada y corporativa, diferente de los oidores y alcaldes que la integran, de forma que su representación genuina exige la reunión de todos ellos bajo su Presidente. Por ello, puede pedir el Virrey en 1581, que los oidores y alcaldes no vayan "por audiencia" a casamientos, desposorios y enterramientos, como abusivamente hacían ⁴⁰⁸, y por ello, una Real Cédula dada en Barcelona en 13 de junio de 1599, después de destacar la deducción de inconvenientes de que los oidores de Méjico colocaran el estrado del Acuerdo y se reunieran en forma de Audiencia sin el Virrey y fuera de los días de sesión, ordena que la

406. "En la Ciudad de Mexico a doce dias del mes de junio de mil quinientos v sesenta y siete días. Los SS. Visorrey y Presidente y Oidores de la Real Audiencia de la Nueva España estando en Acuerdo. Haviendo vista esta Cedula de Su Magestad. Presentes los oficiales de su Real Hacienda de la dicha Nueva España la obedezieran con la reuerencia y acatamiento devido y dijeron que aran y cumpliran lo que por ella S. M. les manda y para ello mandaron se entregue luego a los dichos oficiales para que en lo que a ellos toca la guarden y cumplan como en ello se contiene y asi lo mandaron asentar por auto y lo señalaron con las rubricas de sus firmas. Ante mi Gordian Cassagano."

407. "Es nuestra voluntad que los Virreyes solos provean y determinen en las materias de gobierno de su jurisdicción", pero conviene que comuniquen con el Acuerdo de los Oidores, "las que tuvieren... por mas arduas e importantes para resolver con mejor acierto". Rec. Indias, III, 3, 45. Arranca de 18 de diciembre de 1553.

408. De Virrey a Rey, en 10 de octubre de 1581. AGI, Méjico, leg. 20.

colocación del citado estrado tenga lugar sólo cuando fueran con el Virrey y en los días de sesión, yendo como particulares en las restantes ocasiones⁴⁰⁹. La unidad ideal de Virrey y Audiencia se encuentra presente en una provisión real, de la que da noticia al Virrey, Marqués de Cañete, en 1560, según la cual todo lo que se debiera elevar al Consejo de Indias para provisión de éste debía hacerse a través de los dos componentes del sistema⁴¹⁰.

La mera reunión de oidores, o de oidores y alcaldes, no constituye la Audiencia, pues el órgano queda abierto. Para que éste quede cerrado y perfecto, se precisa la existencia del Presidente. La tendencia originaria en Indias es a atribuir la Presidencia de la Audiencia a un Gobernador, con distinción neta de las funciones de gobierno y de justicia, conforme al clásico criterio castellano. Al Presidente compete entonces proveer en todas las cuestiones de gobierno, además de las militares cuando tiene la condición de Capitán General, sin entrometerse en la administración de justicia, en tanto los Oidores se cuidan de ésta, sin entrometerse en las cuestiones de gobierno, si bien sus provisiones son firmadas también por el Presidente, modelo al que responde la Audiencia de Santo Domingo⁴¹¹.

409. "... aunque bayan sin mi Vi Rey y fuera de los dias de tabla... hazen llevar el estrado del acuerdo y estan en forma de audiencia de que se Representan algunos ymconbenientes". AGI, A. de Méjico, sección 5.^a, año 1524. Obsérvese el término "tabla", similar a la "taula" Catalana, que da nombre a un procedimiento de exigencia de responsabilidad. Vid. sobre esto, LALINDE, *La purga de taula*, en Homenaje a Vicens Vives, vol. I, Barcelona, 1965, págs. 499-523.

410. "... den primero noticia al Nro. Visorrey e oydores para que ellos vean lo que mas conviene prouerse". El Virrey califica esto de "prouision muy acertada para que estoruaran muchos inconvinientes y confusiones que de lo contrario se rrescrecian". De Marqués de Cañete al Rey, en 28 de octubre de 1560. AGI, Lima, leg. 28.

411. Del Presidente se dice: "... ordene lo que fuere conveniente en las causas militares, y tocantes al buen gobierno y defensa de la dicha Isla... provea las Gobernaciones, y demas oficios... entretanto que Nos lo proveyercmos... provea todas las demas cosas que fueren de gobierno, y los Oidores de la dicha Audiencia no intervengan en ellas, ni el Presidente en las de justicia, y todos firmen lo que proveyeren, sentenciaren y despacharen los Oidores." Rec. Indias, II, 15, 2. La legislación arranca de disposiciones dadas por el Emperador Carlos en Granada, 14 de septiembre de 1526.

Cuando se instituye la institución virreinal, o bien interviene ésta en la designación de la Presidencia de la Audiencia, sita en la sede del virreinato⁴¹², o simplemente le es atribuida la misma Presidencia, solución consecuente si se tiene en cuenta que los Virreyes eran unos gobernadores, por más que de mayor porte. El Virrey sucede así al antiguo gobernador, como sucede en la Audiencia de Méjico⁴¹³, y termina por obtener la vinculación de la Presidencia, fenómeno que, como se ha dicho, tiene lugar en 1567. Esta Presidencia se sucede en las mismas condiciones que la ostentaba el Gobernador, es decir, con neta separación de las funciones de gobierno y de justicia. Alguna vez, la exclusión del Virrey-Presidente en la administración de justicia se justifica en el deseo de evitarle un trabajo enojoso, que pueden cumplir las Audiencias y Chancillerías existentes, y permitirle así una mayor concentración en los asuntos difíciles del gobierno⁴¹⁴, pero quizá esto es engañoso, pues hubiera podido atribuírsele el derecho de intervenir sin el deber de hacerlo, en lugar de prohibírsele de hecho y de derecho, pues en último término esto redundaría en su perjuicio, sobre todo cuando la Audiencia conoce de los asuntos de gobierno al convertirlos en contencioso y por la vía de apelación⁴¹⁵.

412. Vid. el Memorial de las personas del Perú, del Virrey Francisco de Toledo, en AGI, IG, leg. 856. Del licenciado PEDRO RAMÍREZ, *Presidente de esta audiencia*, opina que podría cuadrar como Regente en la de Lima, sin que le pesara ni a uno ni a otro, añadiendo: "me parece que es mejor para con compañía y superior que para suelto". A continuación propone al licenciado Matienzo, "hombre seguro y inclinado a justicia y al Rey".

413. Vid. Rec. Indias, II, 15, 3, donde se dice: "con un Virrey, Gobernador y Capitán General y Lugarteniente nuestro que sea Presidente", cuando la ley originaria es la dada en Burgos, a 29 de noviembre de 1527, cuando aún no se había establecido la institución virreinal no capitulada, y se hablaría sólo de Gobernador.

414. "... para entender e proveer en las cosas de Governacion...", deberán abstenerse de ocuparse en negocios particulares de justicia entre partes, "pues para estos nos tenemos proveidas audiencias e Chancillerias Reales en la provincia...". Parte de las Ordenanzas del Consejo de Indias, título II, en AGI, IG, leg. 856.

415. Vid. la opinión del Conde de Nieva, en carta al Rey de 10 de septiembre de 1563, AGI, Lima, 28 A., sobre el conocimiento en grado de apelación por la Audiencia de lo proveído por gobernación: "... y si a esto se

Al lado de las Audiencias establecidas en Méjico y Lima, sedes de los dos grandes virreinos en que se dividen las Indias en los siglos XVI y XVII, y que por su situación pueden denominar Audiencias virreinales, o también pretoriales, como se suele hacer normalmente⁴¹⁶, se crean otras, dada la gran extensión territorial a la que hay que atender. En éstas hay que distinguir las que están subordinadas como tales audiencias a las virreinales o pretoriales, y que es el caso más corriente, de aquéllas que en virtud de circunstancias particulares aparecen con un cierto grado de independencia. De este último tipo es la de Guatemala, la cual el Virrey Enríquez declara no estar subordinada a la de Nueva España⁴¹⁷, lo que da lugar a que sus Presidentes sean verdaderos Virreyes, que no atienden sino a las órdenes directas del Monarca.

Dentro ya de las Audiencias subordinadas a las virreinales o pretoriales, hay que distinguir aquéllas cuyo Presidente ejerce la función de la gobernación, de la misma manera que el Virrey la ejerce al frente de su Audiencia, como es el caso de Guadalajara en Nueva España⁴¹⁸, y aquéllas otras, que como la de San Fran-

diese lugar el virrey que aqui estuviese no proveeria cossa que tuuiese ningun efecto especialmente si el doctor Sarabia había de juzgar por audiencia...".

416. Siguiendo una terminología del siglo XVIII, se ha popularizado, especialmente, a través de RUIZ GUIÑAZÚ, *La magistratura indiana*. Buenos Aires, 1916.

417. "... en Guatimala aun no se a executado lo del almoxarifazgo porque el presidente no a tenido orden de V. M. para ello y assi me lo escriuio y como no esta subalternada aquella audiencia a esta ya no tube más mano que adbertir de lo que aca se me auia mandado y la orden que yo auia dado, yo mostrare el capitulo de la carta de V. Md. que desto trata al presidente que aora va a guatimala para que lo asiente por la orden que aqui sea hecho". De Martín Enríquez al Rey en 22 de septiembre de 1572. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

418. Vid. carta del Virrey al Rey en 16 de diciembre de 1589, AGI, 5.^o 1254. A. de Méjico, donde después de recordar que el segundo había designado alcaldes de corte a los licenciados Francisco Tello y Antonio Maldonado, que eran oidores de Guadalajara, y que en ellos no se podía tener mucha seguridad a juzgar por un pleito que había pasado ante él como pesquisidor de Çacatecas, añade: "... porque como las cossas del gouierno de aquel Reyno estan todas a cargo del presidente como las de aqui al del Vi-

cisco del Quito y las Charcas, la gobernación secular del distrito está encomendada al Virrey, o a la Audiencia virreinal, en su defecto ⁴¹⁹. Quizá pueda observarse una diferencia de principios en la organización de los virreinos de Nueva España y Perú, predominando los centralistas en éste último, y los descentralizadores en el primero, aunque en todo caso no hay que olvidar que al Virrey corresponde el "gobierno superior", y que, por tanto, la actuación de los Presidentes de las Audiencias no virreinales estará subordinada en lo gubernativo a la del citado Virrey.

La importancia de las Audiencias es grande por la función que desempeñan. Los propios Virreyes destacan la necesidad de oidores y de alcaldes del crimen ⁴²⁰ y piden la residencia de más oidores y fiscales, así como que puedan conocer en causas de mayor cuantía ⁴²¹, de forma que no debe pensarse tampoco en una constante lucha de poderes. La trascendencia de la función permite a los Alcaldes del Crimen el comunicarse directamente con el Monarca,

rrey, es menester que el que lo ubiere de ser sea hombre de mucha experiencia y plática de las cosas de aca y que tenga pecho para todo". Recuérdese, no obstante, lo indicado en nota 284.

419. Vid. JUAN SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro Primero de la Recopilación de las Cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*, Buenos Aires, 1945, con una noticia preliminar de Ricardo Levene, tit. 12, ley 7.^a, procedente de carta al Marqués de Montesclaros, virrey del Perú, en 9 de diciembre de 1608, donde se indica que aunque los Presidentes de las Audiencias de San Francisco de Quito y de las Charcas no tenían la gobernación secular del distrito por estar encomendada al Virrey del Perú o Audiencia de los Reyes, podían administrar lo eclesiástico y hacer la presentación de los beneficios.

420. "... la gran necesidad que aquí ay de que se provean alcaldes del crimen, como los ay en las audiencias de Valladolid y Granada, porque es cierto que sino se deuide lo civil de lo criminal no se puede en lo criminal hazer justicia con la presteza y rigor que conviene...". Memorial de cosas a tratar con el Emperador, el Rey o el Consejo de Indias en 1550 por el Virrey D. Luis de Velasco, AGI, Sec. 5.^a, leg. 1254, Aud. de Méjico.

421. D. Luis de Velasco en 3 de julio de 1594 pide que siempre residan ocho oidores, pues se tardaba dos y tres años en proveer las vacantes. Destaca la falta de jueces en la Sala del Crimen, y dice haber pedido cédula para que dos oidores pudieran conocer y determinar pleitos de mayor cuantía, así como otro fiscal para las causas criminales. Loc. cit.

sin verlo los Virreyes⁴²², y éstos llegan a ser excluidos en 1570 de la firma de las sentencias de los citados Alcaldes, aunque estuvieran presentes⁴²³, salvo en aquellos casos en que la Sala del Crimen entiende en revista de lo conocido por los Virreyes en primera instancia en causas de indios y soldados⁴²⁴. En el mismo año de 1570, hay que cuidar de que la Audiencia sea esencialmente un tribunal de apelación, prohibiendo el conocimiento de causas civiles o criminales en primera instancia, salvo cuando esto lo permiten las leyes de Castilla⁴²⁵.

A diferencia del Virrey, que aún con impronta castellana es institución desarrollada en la Corona de Aragón, la Audiencia tiene siempre su modelo directo en Castilla, que es en las que debe pensar Solórzano cuando afirma que son iguales a las de España, y se han de gobernar por las leyes y ordenanzas de éstas cuando no se trate de aspectos particulares otorgados⁴²⁶. Como es sabido, la Audiencia se desarrolla bajo otros principios distintos en la Corona de Aragón, aun no deje de poder apreciarse ciertos paralelismos.

Como es natural, el papel de la Audiencia es exaltado por los juristas. Para Matienzo, el Rey de España puede juzgar en causas propias, pero en Indias todas las causas pertenecientes al conocimiento del Rey corresponden al conocimiento de la Audiencia⁴²⁷, justificando por la lejanía el que pueda conocer de las causas reservadas al Monarca, dado el peligro que representaría la demora

422. Vid. Rec. Indias II, 17, 35, disposición que arranca de 5 de agosto de 1621.

423. Rec. Indias, II, 17, 29. Disposición de 4 de julio de 1570.

424. Rec. Indias, II, 17, 30. Disposición de 19 de junio de 1597.

425. Rec. Indias, II, 15, 67. Disposición de 4 de julio de 1570.

426. SOLÓRZANO, op. cit., en nota 266, libro V, cap. 2, núm. 3. Sobre la Audiencia, SOLÓRZANO aconseja BOECIO, in *Tractat. de auct., mag. Consil. per totum e precipue*, núm. 159; CASANEO, in *Catal.*, 7 p. consid. 12; COVARRUBIAS, in *pract.*, cap. 4; TAPIA, de excell. Cancellor, y especialmente DON DIEGO DE MENDOZA, in *hist. bell. Granatens.*, lib. I, fol. 6, núm. 4. obra y loc. cit., núm. 2.

427. "... sed in Regno nostro omnes causas ad Regis cognitionem spectantes, ad cancellarium cognitionem pertinent". MATIENZO, op. cit., título 10, gl. 10, núm. 1.

originada por la distancia ⁴²⁸. Carrasco del Saz llega a declarar que la Audiencia se encuentra en el lugar del Prefecto del Pretorio ⁴²⁹, cuando, como se sabe, esta es la más alta comparación que puede establecerse dentro del marco del derecho común.

La administración territorial inferior.

El establecimiento de la institución virreinal indiana no anula la función de los gobernadores, puesto que no trata de sustituirla, sino de reforzarla, con la existencia de algunos de aquéllos que sean "de mayor porte" y detenten el "gobierno superior" con el título de Virrey. No hay, pues, una supresión del régimen gubernatorial, sino una subordinación de éste, y aún dentro de ciertos límites, al régimen virreinal. Sin que se estime como precedente, sino solamente como paralelismo, también en la Corona de Aragón el régimen de la Gobernación general no desapareció con el establecimiento del sistema virreino-senatorial, sino que se subordinó a éste ⁴³⁰.

Por debajo del sistema virreino-senatorial indiano moldeado por un criterio gobierno-senatorial, y aun a veces, al lado, se desarrolla en plano más inferior, un régimen gobierno-senatorial, en todos aquellos casos en los que la Presidencia de las Audiencias no virreinales o pretoriales se confiere a un Gobernador, dotándolas de "cabeça" ⁴³¹. La legislación recopilada establece que donde el Pre-

428. "Cancellariae Peru poterunt ob absentiam remotam, Regis, eiusque consilii, de causis cognoscere ipsi Regi reseruatis". "In his Indiarum regnis quia valde remota sunt a Principis, et eius consilii praesentia, hac in specie crederem ad regiam cancellarias, quae in Regno sunt, esse recurrendum, propter periculum quod ex mora vertit posset". MATIENZO, op. cit., título 17, gl. 11.

429. "Speciale est in sententiis Praefecti Praetorio, cuius vicem habent Chancellaria Regiae...". Carrasco del Saz, en un Tratado sobre las sentencias de revisión, que sigue al de casos de corte.

430. Vid. LALINDE, op. cit., en nota 25, págs. 184 y ss.

431. "... auiendo alli cabeça entiendo que estara mejor a su cargo pues españoles y yndios acudiran mejor, que al capitan que alli se nombrare...". De Martín Enríquez al Rey, en 28 de abril de 1572, AGI, Méjico, leg. 19;

sidente de la Audiencia fuera Gobernador y Capitán General, aquélla no se entrometiera en materias de guerra estando presente el mencionado Gobernador, pues sólo la correspondía dicha función: en caso de vacante de éste⁴³². En la Audiencia de Santiago de Chile, la gobernación corresponde al Gobernador, Capitán General y Presidente, de forma que la Audiencia no debe entrometerse en ello, pudiendo hacerlo sólo el Virrey del Perú en los casos permitidos por la Recopilación⁴³³. Por otra parte, como puede observarse, estos gobernadores suelen reunir también las funciones de guerra a través de su nombramiento de Capitán General⁴³⁴ a imagen y semejanza de los Virreyes. Hay que destacar que el sistema es general y está arraigado. Sólo en casos de interinidad y por dificultades en el nombramiento de estos Gobernadores, se recurre a la propuesta de dirección de las Audiencias por elementos letrados⁴³⁵. En alguna gobernación importante, como la de Chile,

ramo 3. Se entiende por "cabeça" o "cabeçera" el individuo o persona que preside por contraposición al cuerpo colegiado: audiencia, cabildo, etc.

432. "... donde el Presidente fuere Gobernador y Capitán General mandamos que la Audiencia en ninguna ocasión haga convocatorias en materia de guerra, ni se entrometa en ellas, por quanto a él sólo toca hacerlo, y a la Audiencia en vacante de Capitán General...". Rec. Indias, II, 15, 16, que contiene leyes desde 1563.

433. "... y la dicha Audiencia, ni otro Ministerio alguno no se entrometa en ello, si no fuere nuestro Virrey del Perú, en los casos que conforme a las leyes de este libro..." Rec. Indias, II, 15, 12, que contiene disposiciones desde 1609.

434. Ya se habló del nombramiento del capitán Marco Antonio Becerra, gobernador y capitán general de Nueva Andalucía. Por otra parte, Rec. Indias, II, 16, 2, que contiene disposiciones desde la de 10 de mayo de 1643, prescribe que los Virreyes del Perú tengan nombramiento de dos o más soldados de experiencia para servir interinamente si muere el Presidente, Gobernador y Capitán General de Tierra Firme, atribuyéndoseles también después, el nombramiento definitivo.

435. "... y supuesto que V. S. no acordase o ouiese acordado de poner persona lega que asistiese al gouerno y milicia de lo de chile hasta assentarse y allanar aquella tierra como tengo escrito o quitandose el audiencia o poniendose por presidencia della con libertad de gouerno y guerra en otras referido sino auiendo de poner otro Presidente de letras de menos años y mas en conformidad de la tierra entiendo que lo haria bien el doctor Loarte

se solicita el título de Adelantamiento, sin que éste parezca añadir ninguna facultad especial, teniendo, por tanto, un carácter fundamentalmente honorífico ⁴³⁶.

Lo difícil es determinar exactamente el grado de subordinación o de coordinación en que toda esta administración territorial inferior se encuentra en relación a la institución virreinal. Desde luego, el nombramiento definitivo de estos gobernadores escapa a la competencia del Virrey, que, en todo caso, no puede hacer sino proponer ⁴³⁷. Ahora bien, este es un fenómeno general en toda la administración hispánica, tanto castellana, como de la Corona de Aragón, en la que aún en épocas de régimen más o menos feudal, o, al menos, señorial, el Monarca nombra directamente casi todos los oficios, al menos los de cierta importancia, sin declinar esta facultad en las jerarquías intermedias ⁴³⁸.

Independientemente de esta cuestión, que, como se dice, no es transcendental, los problemas que plantea esta administración inferior son: *a)* si está subordinada a la institución virreinal y *b)* en el supuesto de estarlo, en qué medida restringe la actuación de aquella institución.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, hay que tener en cuenta que al lado de una administración gubernatorial claramente subordinada, se encuentra otra de naturaleza exenta o casi exenta.

que tiene de todo de ser hombre de buen entendimiento y razonables letras y que sabe con buen seso leuar la gente". *Del Memorial de personas del Perú*, de D. FRANCISCO DE TOLEDO, sin fecha. AGI, IG, leg., 856.

436. Cuando muere Pedro de Valdivia, el Rey, desde Londres provee Gobernador de Chile al capitán Jerónimo Alderete con título de Adelantado y con el hábito de Santiago, sin que parezca que esto encierre otra cosa que la condición honorífica, y, en todo caso, efectos económicos especiales. El nombramiento no satisfizo al Consejo de Indias, que en 15 de diciembre de 1554 advertía la inconveniencia de proveer hasta saber como estaba el Perú y Chile, máxime cuando la provincia había elegido en nombre del Rey a otro por gobernador, nombramiento confirmado por la Audiencia de los Reyes. AGI, IG, 737.

437. Así lo dispone Felipe II en 11 de agosto de 1573 para Chile. Vid. *Recopilación Indias*, II, 16; 3.

438. Vid. LALINDE, *op. cit.*, en nota 25, pág. 361, y *op. cit.*, en nota 28, págs. 351 y ss.

y que ésta suele darse en el virreinato de Nueva España, y no en el del Perú.

La centralización en el Perú parece haber sido criterio constante, y no reducido a la institución virreinal. Una Cédula de 15 de febrero de 1567, por ejemplo, atribuye al licenciado Castro, Presidente de la Audiencia de los Reyes el gobierno de los distritos de la misma Audiencia y de las Charcas y Quito, con la facultad de proveer oficios⁴³⁹. Si es por lo que se refiere al virreinato, una Cédula de 6 de febrero de 1571 ordena a Panamá el obedecer en materias de gobierno, guerra y hacienda al Virrey⁴⁴⁰, criterio recogido en la legislación recopilada⁴⁴¹, y sobre el que se insiste especialmente en 1614⁴⁴². La sumisión al Virreinato del Perú por parte de los Gobernadores y Capitanes Generales de las provincias de Cartagena, Santa Marta y Cuba, aparece también destacada en 1620⁴⁴³.

439. ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 245.

440. Op. cit., fol. 251.

441. "Y mandamos que el Gobernador y Capitán General de dichas Provincias y Presidente de la Real Audiencia de ellas tenga, use y exerza por sí solo el gobierno de la dicha Provincia de Tierra Firme y de todo el distrito.... así como la tienen los Virreyes de las Provincias del Perú y Nueva España...". "Otrosi mandamos, que cuando nuestros Virreyes del Perú proveyeren como tales algunas cosas en materia de gobierno, guerra y administración de nuestra Real Hacienda, y dieren algunos despachos sobre esto para el "Presidente y Oidores de nuestra Real Audiencia de Panamá, los guarden y hagan guardar...". Rec. Indias, II, 15, 4.

442. El Rey desde San Lorenzo, en 19 de julio de 1614, y dirigiéndose al Presidente y oidores de la Real Audiencia de Panamá, de la Provincia de Tierra Firme, dice que se ha hecho relación de "la necesidad que ay para que el gouierno de esa prouincia este muy conjunto y dependiente al nuestro visorrey de las provincias del Perú", insistiendo en que "la administración de la justicia y execucion della en las dichas Provincias del Perú padeceria entretanto que el dicho gouierno de essa tierra no este unido e incorporado con el de aquella provincia", concluyendo: "por ende vos mando que cada y quando que el nuestro visorrey en las cosas del gouierno y guerra y administracion de nuestra Real Hacienda..." proveyere, se observara. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 23 v.º-24.

443. En 20 de mayo de 1620, el Rey dice al Presidente y Oidores de Panamá que el Príncipe de Esquilache va a volver relevado, y que le den acogimiento y presida, mandado a Gobernador y capitanes generales de las

El panorama del virreinato de Nueva España es muy distinto, pues en él se suceden una serie de gobernaciones exentas o casi exentas, que dan qué pensar si no se encontrará en ellas el origen del actual federalismo mejicano. En 4 de diciembre de 1572, el Virrey Martín Enríquez hace entrega de diversos despachos al Dr. Pedro Villalobos, Presidente de la Audiencia de Guatemala y Gobernador, bajo la fe pública de un escribano de cámara de la Audiencia de Nueva España⁴⁴⁴, en forma que parece un simple intermediario⁴⁴⁵. Una Cédula de 1.º de agosto del mismo año había conferido al Licenciado Gedeón de Hinojosa, Gobernador y Capitán General de Nueva Granada y Presidente de la Audiencia, el ejercicio del gobierno de la tierra y distrito, en la misma forma que lo tenía el Virrey de Nueva España⁴⁴⁶. En 1574 consta que el Presidente de la Audiencia de Nueva Galicia tiene el gobierno de la Provincia, y que al Virrey de Nueva España se le reserva sólo lo relativo a la guerra y a la gratificación de servicios, estando incluso expuesto a perder estas facultades, pues el Virrey D. Martín Enríquez se pronuncia contra ello⁴⁴⁷, y en 1579 declara no tener poder sobre los corregidores por estar provistos en la misma Nueva Galicia, y no por él⁴⁴⁸. En 1586, el Virrey se queja de que los gobernadores de Chiapa, Soconusco, Yucatán, la Nueva Vizcaya y el Nuevo Reino de León están exentos en las cosas de gobierno, aunque en los negocios de justicia estén subordinados a las Audiencias de Méjico, Guatemala y Guadalajara, y solicita remedio a esta situación⁴⁴⁹.

Provincias de Cartagena y Santa Marta y Cuba. "le hagan el mismo acogimiento y le respeten y acatan...". AGI, IG, leg. 512, reg. 1, tols. 41v.º-42.

444. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

445. Recuérdese la nota 417.

446. "... assi como al tiene el nuestro Visorrey de la nueva España...". ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 254.

447. Vid. nota 384.

448. "... y en lo que toca al obispado de guadalajara que cae en la gobernación de la nueva galizia en esso no pueden tener mano los oficiales ni yo la tengo con los corregidores porque se proueen alla...". De Martín Enríquez al Rey en 12 de abril de 1579. AGI, Méjico, leg. 20.

449. "Y en este Reyno ay ademas gouernaciones como son las de chiapa soconusco y yucatan y la nueva Vizcaya y el nueuo Reyno de Leon que los gobernadores dellas exentos en las cosas de gouernacion, estando estas pro-

Aunque pueda tratarse de lamentaciones exageradas de un Virrey, parece indudable que Guatemala, Nueva Granada, Nueva Vizcaya, etc., no han tenido el mismo grado de sumisión al Virrey de Nueva España que lo ha tenido Charcas, Quito, Tierra Firme, etcétera, al Virrey del Perú. Ahora bien, esta exención no ha debido de ser total en ningún momento, por más que el vínculo de subordinación haya sido muy sutil, y esto da lugar al aspecto *b)* de la cuestión, es decir, la de que hasta qué punto la administración gubernatorial ha restringido la virreinal.

Smith, aunque como siempre, contemplando la institución desde el ángulo de vista del siglo XVIII, y sobre Nueva España, ha calificado al Virrey de un "primus inter pares", es decir, de un gobernador que se diferencia de los demás en que su distrito es más populoso e importante, tiene más prestigio y ejerce más influencia en el Consejo de Indias⁴⁵⁰. Para Rubio Mañé, el gobierno tenía un sentido limitado a la proyección local, de forma que el Virrey, que como tal extendía su influencia de mando a una zona amplí-

uincias en los confines desta por las muchas cossas que cada día se ofrecen y teniendo V. M. aquí V. que la persona que siempre lo fuere a deser de la calidad y confiança quel cargo rrequiere seria de mucha ymportancia que como en las cosas de justicia están subordinadas a las Audiencias de aquí y Guatemala y Guadalajara que en las de governacion lo estubiesen al V. y con esto les seria freno a los gouernadores y el V. como quien tiene la cossa presente cuando biese que yban fuera de lo que son obligadas, al seruicio de V. M. y buena administracion de sus officios tendria mano Para yrles a las suyas. Por los mejores medios que les pareciese y los agrauados en cossas de gouierno tendrian rrecurso adonde acudir estando tan cerca, y pues los V. que aquí Representan la Real persona de V. M. es bien que sean estimados y rrespetados no parece fuera despropósito que V. M. fuese seruido de mandar dar su Real cédula como la que tiene el V. del pirú para que quando estubiese en las audiencias de guadalajara y guatemala sea presidente dellas, porque aunque esto no subcedera mientras la tierra estubiere en el asiento que aora esta, es autoridad del V. que aqui estubiere y que para lo que pudiese subceder entiendan los ministros de V. M. que a las cosas forçosas de su Real seruicio an de acudir al V. por mas lejos que esten". Del Virrey al Rey en 10 de mayo de 1586. AGI, Mejico, leg. 20. El Decreto dice: "que se guarde lo proveydo sin que se haga novedad en nada". Vid. también CARLOS MOLINA ARGÜELLO, *Gobernaciones en el Reino de Guatemala*, Anuario de Estudios Americanos, XVII (1960), págs. 105-132.

450. SMITH, op. cit., pág. 161.

sima y como Presidente de la Real Audiencia se acercaba al ejercicio de gobierno general sobre una zona más limitada que el virreinato, como Gobernador y Capitán General se circunscribía a un distrito más reducido que el territorio audiencial para ejercer funciones de administración local, cuyos límites alcanzaban hasta donde comenzaba la jurisdicción de otro Gobierno y Capitanía General ⁴⁵¹.

La visión de los dos historiadores, el estadounidense y el mejicano, es adecuada, y no se precisa sino complementarla. Según se desprende de la obra de Matienzo, los aspectos más corrientes de la gobernación son los de encomiendas, provisión de corregimientos, jueces de residencia, entretenimientos, hacienda real, cuestiones de entradas y descubrimientos o de guerra, visitas y tasas de indios ⁴⁵², sin olvidar, como es natural, todo lo que hoy entendemos por mantenimiento del orden público. Allí donde no hay establecida ninguna gobernación, el Virrey ejerce directamente estos menesteres, salvo lo relativo a entradas y descubrimientos que les fue sustraído a todos los gobernadores y a ellos, en primer término ⁴⁵³, siendo excitados a ello por el Monarca ⁴⁵⁴.

Como el ámbito virreinal es muy extenso, y los Virreyes no están en condiciones de ejercer la gobernación en su plano más inferior sino sobre su residencia y contorno, en el resto del virreinato esta función se encomienda a los gobernadores creados con anterioridad al establecimiento de la institución virreinal y a los que se crean después, y en cuya provisión están interesados los mismos virreyes ⁴⁵⁵. En esas cuestiones de administración inferior se inhibe

451. RUBIO MAÑÉ, *op. cit.*, pág. 26.

452. MATIENZO, *Gobierno...*, part. II, cap. 10.

453. Vid. nota 398.

454. A ello parece responder el Rey, cuando en 1574 dice de D. Martín Enríquez. "... seruido del buen termino y prudencia con que procede en la gobernacion de aquellas provincias". AGI, Mejico, leg. 19, ramo 5.

455. El Marqués de Cañete aconseja la provisión del gobierno de Tierra Firme por el Virrey, por ser la puerta, y al no haber indios en cabeza de particulares estima que se podrían nombrar vecinos, y que había personas de 15 y 20.000 pesos, que se holgarían de servir. Carta de 15 de septiembre de 1556, en LEVILLIER, *op. cit.*, pág. 272, tomo I. El Conde de Nieva propone para allí una Audiencia como en Canarias, compuesta de tres oidores. Carta de 26 de abril de 1561, en *op. cit.*, pág. 379.

el Virrey ⁴⁵⁶, o simplemente sirve de intermediario entre el Monarca y el Gobernador de distrito ⁴⁵⁷. Al Virrey, sin embargo, le queda reservado su "gobierno superior", lo que sucede es que este "gobierno superior" no consiste en la facultad de poder intervenir cuando lo estime conveniente, sino solamente cuando se trate de materias de importancia. Esto aparece claro en una ley recopilada, que arranca de 1597, y en la que se prohíbe al Virrey y a la Audiencia de Lima el entrometerse en el Gobierno de Chile, si no fuera en casos graves y de mucha importancia, aunque se reconozca la subordinación de aquél Gobierno al Virrey y Audiencia indicada ⁴⁵⁸, como también en una ley ya citada sobre la Audiencia de Panamá ⁴⁵⁹, donde el gobierno se otorga con exclusividad al Gobernador y Capitán General, sin perjuicio de reconocer el deber de obediencia cuando el Virrey proveyera algunas cosas en materia de gobierno, guerra y administración de la Real Hacienda, habiéndose de entender que estas materias serían de transcendencia.

Esta superioridad del Virrey ha estado más de manifiesto, como se ha dicho, en el Perú que en Nueva España, pero sin que tampoco aquí haya estado ausente. Cuando, por ejemplo, en 1586, se trata de una orden de guerra para que los indios prisioneros no caigan en esclavitud, el Virrey, Marqués de Villamanrique, no reduce la intervención de la institución virreinal a su distrito estricto de Nueva España, donde tiene la gobernación directa, sino también a Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y al Nuevo Reino de

456. Cuando el Rey pide a D. Martín Enríquez informes sobre un oficio de atalaya y guarda de un puerto en Yucatán, que había sido creado por el Dr. Quijada, manifiesta: "como esto esta fuera desta gouernacion no podre yo dar claridad de donde podra ser pagado lo que entendido mandara V. Mg. uer por la memoria que ay embio". De D. Martín Enríquez al Rey en 10 de octubre de 1573. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

457. Al escribir al Rey don Martín Enríquez, en 11 de septiembre de 1579, se atiende sólo al aseguramiento de los caminos principales, "especialmente en esta gouernacion, que lo que toca a la de Guadalajara eéngolo remitido con letra de V. M. al presidente". AGI, Méjico, leg. 20.

458. "... si no fuere en casos graves, y de mucha importancia, aunque esté subordinado al Virrey y Gobernador de la Audiencia de lima". Rec. Indias, III, 3, 30. Las disposiciones recopiladas arrancan de 15 de octubre de 1597.

459. Vid. nota 441.

León⁴⁶⁰. Lo que sucede es que en unas ocasiones los poderosos. Virreyes se encuentran faltos de apoyo en las autoridades locales por no controlarlas directamente⁴⁶¹; en otras, hay distritos que de hecho mantienen una autonomía que no debe corresponderles⁴⁶²; y en otros, el vínculo del "gobierno superior" debe resultar muy sutil, especialmente, por una comunicación directa entre la gobernación subordinada o inferior y el Monarca.

La vida del sistema en el siglo XVIII y su extinción.

En la vida del sistema virreino-senatorial a través del siglo XVIII y hasta su extinción, que tiene lugar en los inicios del siglo XIX, cabe destacar los siguientes aspectos: *a)* su supervivencia ante el cambio dinástico en la Monarquía española; *b)* la tecnificación del miembro senatorial; *c)* la ampliación numérica del miembro virreinal; *d)* la militarización del poder virreinal; *e)* las perturbaciones en la función hacendística virreinal; *f)* la acentuación de la subordinación al poder central, y *g)* la autonomía parcial de la administración inferior.

El primer aspecto destacable es el de la supervivencia del sistema al cambio de dinastía que se verifica en España, cuando precisamente ese cambio conduce a la extinción de la institución virreinal en la Península Ibérica, con la sola excepción de Navarra,

460. "... hasta que S. M. o yo en su Real nombre y los demás Virreyes que por tiempo fueren..." "... en toda esta Nueva España assi en el distrito de la gouernacion della como en el del Nuevo Reyno de Galicia, Nueva Vizcaya, Nuevo Reyno de Leon y otras cualesquier partes...". Agosto 1586. Cataluña, en LALINDE, op. cit., en nota 28, págs. 353 y ss.

461. Vid. las alternativas en la designación de los oficios temporales en Cataluña, en LALINDE, op. cit. en nota 28, págs. 353 y ss.

462. El Virrey se queja al Rey en 10 de mayo de 1586 de las órdenes del general don Juan de Guzmán en San Juan de Ulúa, y dice: "y como le parece que allí no a de aber Virrey ni audiencia que le pueda mandar nada en nombre de V. M. ...". Pide orden para "que entiendan todos que en llegando al puerto de Sanct Juan de Ulúa an de estar a la orden quel Virrey y audiencia les diere...". AGI, Méjico, leg. 20.

como ya destacó Smith⁴⁶³. Debe tenerse presente que cuando Felipe V suprime la institución en Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca, actúa como un Monarca que ha sofocado una sublevación, y que, además, ha de aprovechar este hecho para eliminar los rasgos autonómicos de esos territorios y centralizar fuertemente el Poder, con arreglo a la concepción que inspira a la Monarquía francesa. La supresión del Virrey, representante personal del Monarca en un Reino, implica en cierta manera la conversión de este Reino en una región o una provincia, y esto es conveniente para el Rey en unos territorios que no se le han mostrado fieles. Esta situación no se da en Indias, vinculada a la Monarquía castellana, y, por tanto, su régimen administrativo no precisa una alteración fundamental. En realidad, la primera mitad del siglo XVIII es, más o menos, una continuación del siglo XVII, con cambios apenas perceptibles, ya que la época innovadora es la de la segunda mitad.

El segundo aspecto destacable es el de la tecnificación de la Audiencia, que no es sino la rigorización del principio castellano, que siempre dominó en Indias, y que, como sabemos, moldeó al sistema desde un principio. Este principio conduce a excluir a todo elemento político en la administración de justicia, haciendo de ésta una función exclusivamente atribuible al elemento letrado o técnico.

La indicada tecnificación tuvo lugar, fundamentalmente, sobre la base de la instauración del Regente, que, como muy acertadamente destacó Smith, fue un triunfo de los legistas, que supuso la práctica exclusión del Virrey como cabeza de la justicia⁴⁶⁴. El

463. SMITH, *op. cit.*, pág. 110, se fija en que no hubo necesidad de abolir el Virrey en Indias como en España, pues el acortamiento de distancias hizo posible al Rey una administración centralizada fuerte sobre los Virreyes con su poder total. El historiador norteamericano opina que a fines del siglo XVIII sólo subsiste el Virrey de Navarra, con posición ornamental y sin poder político, mientras en el Nuevo Mundo se desarrolla una maquinaria de gobierno para los distintos virreinos, tendiendo a traerlos más a un control directo del Rey y de su departamento de Indias. Es muy discutible la opinión sobre el virrey navarro.

464. SMITH, *op. cit.*, pág. 154. Sobre el movimiento judicialista, como fundamental en la España de los Austrias, vid. LALINDE, *La institución...*, páginas 153 y ss.

“regente”, como sustituto del “vicecanciller”, que a su vez era sustituto del “canciller”⁴⁶⁵, se desarrolló en la Corona de Aragón en la Edad Media. En Cataluña, por ejemplo, está firmemente asentado en 1493⁴⁶⁶, y llegará a presidir dos de las tres salas en que se dividirá la Audiencia⁴⁶⁷. En la antigua audiencia mallorquina, uno de los dos jurisperitos que la componen con el Lugarteniente general, lleva el título de Regente de la Cancillería⁴⁶⁸, y regentes son los que componen el Consejo Colateral napolitano⁴⁶⁹. En virtud de la ósmosis hispánica, que debió ser muy fuerte a fines del siglo xv y en los siglos sucesivos, el “regente” se introdujo en Castilla, de forma que cuando el Emperador organiza la Audiencia de Sevilla en las Ordenanzas de 1556, la integra de un Regente y seis jueces, distribuidos en dos salas⁴⁷⁰. Diez años más tarde, en la legislación recopilada castellana, el Gobernador es sustituido por el Regente, que tiene voto en la decisión de las causas⁴⁷¹.

Cuando Felipe V constituye en 30 de julio de 1717 la Audiencia en Oviedo, como la de Galicia, suprime el Gobernador y tenientes e instala un Regente, al que dispone se le otorgue Cédula de Capitán a guerra, como lo era el Gobernador⁴⁷². En este mismo siglo, tiene lugar la introducción del Regente en Indias, cuya causa parece estar para Ayala en haber destacado Solórzano que los Virreyes no acudían a tiempo a los Acuerdos y los trastornaban⁴⁷³.

La regulación de estos Regentes se realiza, fundamentalmente, a través de la Instrucción de 20 ó 21 de junio de 1776, en cuyo preámbulo se habla de la creación de los mismos en el Consejo de Indias, Tribunal de la Contratación de Cádiz y Audiencias de

465. Vid. LALINDE, *op. cit.*, nota 29, págs. 182 y ss.

466. Vid. LALINDE, *op. cit.*, en nota 28, págs. 387 y ss.

467. Vid. LALINDE, *op. cit.*, en nota 28, págs. 388 y ss.

468. Vid. nota 260.

469. Vid. MARONGIÚ, *op. cit.*, pág. 358.

470. Vid. PÉREZ, *op. cit.*, tomo IV, pág. 358.

471. “... y vote en los pleytos”. *Rec. Indias*, III, 1, 67. Vid. PÉREZ, *op. cit.*, tomo IV, pág. 350.

472. Vid. PÉREZ, *op. cit.*, tomo IV, pág. 352.

473. MANUEL JOSÉ DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*, transcripción de Juan Manzano Manzano, Madrid, 1957, nota a *Rec.* II, 15, 23.

América y Filipinas, aludiéndose al Decreto de 11 de mayo. La Instrucción, que consta de 78 capítulos⁴⁷⁴, les confiere la Presidencia de las Salas de Justicia y del Acuerdo, si no están presentes el Presidente ni el Virrey, ocupando, si lo están, un asiento inmediato en las de Justicia, mientras que en el Acuerdo sólo el Virrey tiene la testera. En este caso, el Presidente se sitúa a la derecha de la testera, y el Regente, a la izquierda.

El Regente puede pasar libremente de una Sala a otra, con la limitación de pedir permiso al Virrey si se halla con éste, que, por otra parte, no puede denegárselo, o de avisarle si es que se dirige a su Sala.

El Regente puede completar las Salas y mudar los Ministros por causa legítima y urgente sin permiso del Virrey, dándole aviso si se encuentra presente y ejecutándolo en su nombre. En las Audiencias de Méjico y Lima, es el Virrey el que señala las Salas al principiar el año, pero debe hacerlo a propuesta del Regente.

El Regente forma parte de la Sala designada para aclarar las dudas sobre la condición civil o criminal de un pleito, juntamente con un oidor, un localde y dos fiscales, designaciones que corren a cargo del Virrey.

De acuerdo con el artículo 33 de la Instrucción, el Regente no tiene que excusarse con el Virrey por no poder asistir a la Sala por causa de enfermedad, ocupación grave u otro motivo, bastando avisar al Decano. Su jurisdicción es privativa en el Sello, y se le encomienda especialmente el que de toda determinación de Gobierno se apele ante la Real Audiencia. Runiéndoseles las facultades de los Decanos, sustituyen al Virrey o al Presidente, y procesionalmente presiden una fila de los Ministros, mientras la otra la preside el Virrey.

La anterior enumeración de atribuciones y condición es suficientemente expresiva del papel a desempeñar por estos Regentes, de los que con razón dice Smith que desplazan al Virrey como Presidente de la Audiencia⁴⁷⁵.

Otras disposiciones contribuyen a tecnificar cada día más la Audiencia, como la designación de un Oidor como Gobernador de

474. Vid. BELEÑA, *op. cit.*, tomo II, copia 66.

475. Vid. SMITH, *op. cit.*, págs. 119-120.

las Salas del Crimen, que según el modelo de Valladolid y Granada, se introduce en Indias por D. de 11 de marzo de 1776, o la uniformización en el señalamiento de Salas fijas a principios de año por el Virrey y Presidente, previo acuerdo del Regente, que sucede a la "complicada y peligrosa práctica" de señalar cada día el Virrey los ministros que debían componerlas, al menos en Nueva España, ya que no pareció darse esta práctica en el Perú⁴⁷⁶. En todo caso, la Audiencia exclusivizará cada vez más la función de justicia, mientras en la Península Ibérica en otro momento de ósmosis, aunque esta vez forzada, la Audiencia castellana se extenderá a los territorios de la Corona de Aragón⁴⁷⁸.

El tercer aspecto destacable es la ampliación numérica del miembro virreinal, como consecuencia de la enorme amplitud del territorio que integraba el virreinato del Perú. En el siglo XVIII el número de virreinos es doble que en los siglos anteriores, subsistiendo los de Nueva España y Perú, a los que se añaden Nueva Granada y Buenos Aires⁴⁷⁸. Sus límites son imprecisos y no aparecen fijados legislativamente⁴⁷⁹, de forma que en ocasiones no es fácil señalar si un distrito determinado pertenece a un Virreinato, y, sobre todo, no puede pronunciarse sobre la efectividad de éste⁴⁸⁰.

476. Vid. AYALA, *op. cit.*, a. II, 15, 61. "Esta complicada y peligrosa práctica jamás fue recibida en el Perú". En 1592, ampliándose a ocho los Oidores, el Marqués de Cañete los reparte en dos salas permanentes "a imitación del estilo que se guardava en la Chancillería de Valladolid".

477. El régimen que se extiende a las Audiencias de Aragón y Valencia es el de las Chancillerías de Valladolid y Granada, y no el de la Audiencia de Sevilla. Vid. el auto de Felipe V, de 29 de junio de 1707, en PÉREZ, *Teatro...*, tomo IV, pág. 370. Sin embargo, por Auto de 14 de septiembre de 1711 se transmite la autoridad de esta última Audiencia. Vid. *op. cit.*, pág. 374.

478. Cfr. G. DESDEVISES DU DEZERT, *L'Espagne de l'ancien regime*, París, 1889, tomo I, págs. 124-126, y RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, tomo II, págs. 241 y ss. y 388 y ss.

479. "... y por no hallar regla fixa para la división de los virreinos, constante de Decreto u otra Real disposición me valí de las noticias geográficas de los términos que abraza la Comprensión de los tres expresados Virreynatos, y de los Gobiernos independientes". Informe de la Contaduría en Madrid, a 16 de septiembre de 1774. AGI, Ind. Nueva España, leg. 98.

480. Vid. un informe de la Secretaría de Nueva España, quizá de 1774,

La ausencia de esta efectividad mueve a veces a proponer la erección de algún nuevo virreinato, como sucede en 1761 en relación a Guatemala, para el que se estimaban concurrían mayores razones que las que habían existido para crear el de Nueva Granada en la Ciudad de Santa Fé⁴⁸¹, pero sin que estas propuestas tuvieran éxito.

Naturalmente, el aumento numérico del primer miembro del sistema lleva consigo el del segundo miembro o su transformación, dada la vinculación entre ambos. Véase el ejemplo de la erección de la Real Audiencia Pretorial de Buenos Aires, según el real

en *loc. cit.*, sobre la Provincia de Cumaná y Margarita, que en lo contencioso y eclesiástico y Real Patronato se atribuye a la Audiencia y metrópoli de Santo Domingo y la jurisdicción del lícito comercio al Gobierno de Caracas, añadiéndose: "... no se alcanza qué parte de jurisdicción se intenta dar sobre ellas al Virrey del Nuevo Reyno de Granada; porque si es por lo Militar se hicieron ver a Su Magestad claramente el poco o ningún efecto que podrían tener a causa de la distancia las providencias de aquel Virrey...".

481. En 1761, don Alonso Hernández de Heredia, Gobernador y Presidente de Guatemala, propone la creación de un Virreinato, "por ser mayores las causas de extensión, riqueza y fertilidad de éste que las que movieron al del nuevo Reyno de Granada y Ciudad de Santa Fe, sin que se grave con el mayor gasto para este fin la Real Hacienda, ni deteriore el vasallo". AYALA se muestra contrario a todos. "porque basta un Gobernador Capitán General en cada uno de dichos Reynos para su régimen y obediencia de sus provincias... y ahorrará S. M. desde la de 16 a 40.000 pesos... y porque el nombre y dignidad de Virrey no influye más para bien gobernar...". AYALA, *Notas... a Rec. Indias*, II, 3, 6. Sin embargo, se mostró partidario de la erección de un virreinato en Durango, capital de la Nueva Vizcaya. En un papel sin fecha del Consejo de Indias, un magistrado, que no parece ser el Virrey, dice que no ayuda mucho el que haya varias audiencias por existir perpetuos bandos, atribuyendo a ello las alteraciones de Quito. Según él, bastaría que hubiera tres: del nuevo reino de Lima y Charcas, debiendo suprimirse la de Santo Domingo, Panamá, etc, pues a los Gobernadores que se pusieran podría pagárseles con los salarios de los Presidentes, añadiendo: "y si su magestad no quisiere ahorrar el de los oydores podría con él sustentar otro Virrey que presidiese en la Audiencia del nuevo Reyno de Granada dándoles por distrito las provincias de Popayan, y Quito, Carthagena, el Río de la Charca, Santa Marta, la Margarita y Venezuela, Santo Domingo, Cuba e las demás islas de barlouento, dejándolo al Virrey del Piru toda la costa del mar del sur con Panamá y nombre de Dios para el despacho de las flotas". AGI, IG, leg. 856.

despacho de 14 de abril de 1783, la redacción de cuyas ordenanzas encarga el Virrey D. Juan José Vertiz, en su Memoria de 12 de marzo de 1784, a su sucesor, conjuntamente con el Regente y los Oidores, y con el modelo de la Audiencia de Lima, de la de Charcas, que pertenecía al distrito, y aún de la que anteriormente había estado instalada en la capital ⁴⁸².

El cuarto aspecto es el de la militarización del poder virreinal, aunque también debería hablarse de la militarización general de toda la administración española en América, que muy acertadamente destacara Smith. Además de los cuatro virreinos, en Indias se hallan constituidas en el siglo XVIII las Capitanías generales de Puerto Rico, Cuba y Florida, Guatemala, Caracas y Chile ⁴⁸³. Como indica Smith, que profundizó extraordinariamente en la institución del siglo XVIII, el Virrey como Capitán General fue llamado a los proyectos continentales, a colaborar en planes militares, mandando hombres y dinero a Luisiana y Florida, así como a la defensa de Filipinas, e, incluso, la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1777 fue una protección contra los portugueses, que presionaban desde Brasil ⁴⁸⁴. Tuvo así una verdadera dimensión internacional.

La tendencia a la autonomía parcial de la administración inferior, de la que se hablará más tarde, se dejó sentir también en lo militar, perdiendo el Virrey en extensión lo que habían ganado en intensidad. Por lo que se refiere al Virrey de Nueva España, ya lo destacó también Smith, en relación con el Comandante General de las Fronteras, el Capitán General de Guatemala y el comandante general de las provincias internas, que devinieron menos dependientes del Virrey en lo militar ⁴⁸⁵. La titulación de Capitán Ge-

482. SIGFRIDO RADAELLI, *Memorias de los Virreyes del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1957, pág. 27.

483. Vid. nota 478.

484. SMITH, *op. cit.*, págs. 138-139.

485. *Op. cit.*, págs. 119-120. Vid. también en BELEÑA, *op. cit.*, tomo 1, último folio, pág. 370, una Providencia del Virrey don Manuel Antonio Flores, que comunica a la Audiencia en 3 de diciembre de 1787, y en la que, utilizando autorización del Soberano, divide en dos Comandancias la General de las Provincias internas: Comandancia del Poniente, que comprende las Californias, Sonora, Nuevo Méjico y Nueva Vizcaya, y la

neral en un gobernador debe significar en la mayoría de los casos una independización de éste en relación a la administración virreinal⁴⁸⁶. Ello explica el interés del Virrey de Santa Fé en que en 1769 el Presidente de Quito no se diera aquella intitulación⁴⁸⁷, en lo que fue apoyado por el Consejo de Indias, que no le reconocía la situación de independencia que se daba en el Gobernador de Caracas, requisito necesario para poder ostentar el mencionado título de Capitán General⁴⁸⁸.

El quinto aspecto está representado por las perturbaciones que experimenta la función hacendística del Virrey, como consecuencia del establecimiento de los Intendentes, importación francesa.

Según Comadrán, el primer intento de introducción en Indias tiene lugar en Cuba en 1764, pero por lo arraigado de las viejas instituciones españolas no se consigue. Pensando extenderla a Nueva España, al crearse el Virreinato del Río de la Plata en 1777, se introduce allí, fijando los límites la R. O. de 21 de marzo de 1778, dejando la R. Ordenanza de 28 de enero de 1782 reducido al Virrey a la condición de un simple funcionario, cuyo honor queda salvado, siempre según la opinión de Comadrán, en la reforma de

Comandancia del Oriente, que comprende Coahuila, Texas, Nuevo Reino de León, Colonia del Nuevo Santander y jurisdicción del Saltillo y Parras. Como divisoria se utiliza el río Guanaral. Se conceden amplias facultades en la primera, aunque con dependencia del Virrey, abarcando la segunda sólo lo militar, con exclusión del orden político, económico, de justicia, Real Hacienda y Patronato, pues subsisten los Intendentes de Provincia y Gobernadores subdelegados.

486. En uno de los papeles del Consejo de Indias, procedente del siglo XVIII, y que se encuentra en AGI, Ind. Nueva España, leg. 98, se lee que sería conveniente saber "si el Gobernador es al mismo tiempo Capitán General y como tal independiente...".

487. Vid. Consulta del Consejo de Indias de 22 de abril de 1769.

488. "Ultimamente se decidió en el Consejo que el Presidente de Quito no deua titularse Capitán General, porque repugna que estando sujeto al Virrey de Santa Fé, haya otro que esté en su jurisdicción que pueda llevar tal nombre de Capitán General; y mal podría titularse así como se titula el Gobernador de Caracas, si no hallase, como efectivamente está, independiente." Informe en el Consejo de Indias, 30 de mayo de 1772. AGI, Ind. Nueva España, leg. 98. Vid. AYALA, *Notas... sobre Rec. Indias*, II, 15, 9: "... en el Tribunal fue de parecer, de que mediante a que desde la erección del Virreynato, se estableció que el Presidente no tuviese título de Capitán General y que los que después lo habían logrado, fue por gracia particular".

1783 al conferírsele el colocar el "Cúmplase" a los títulos que se despacharan al Intendente General y a los Intendentes Gobernadores⁴⁸⁹. Según explicación del mismo Virrey que lo presencia a su sucesor, el virreinato queda dividido en ocho intendencias, a las que se incorpora el gobierno político y militar, de las que una es intendencia general de ejército y de provincia y situada en la Capital, mientras las demás son de provincias, con el nombre de las capitales en donde habrían de residir los intendentes, quedando las provincias con la denominación de partidos⁴⁹⁰.

En Nueva España, la R. Cédula de 30 de junio de 1751 había conferido al Virrey las mismas facultades que en España tenía el Superintendente General de la Real Hacienda, esto es, recaudar, administrar y arrendar las rentas como más conviniera al Real Erario, extendiéndose su poder a todas las ramas de la Hacienda sin excepción, incluido el azogue y la Casa de la Moneda⁴⁹¹. Al extenderse el experimento del Río de la Plata a Méjico⁴⁹², la R. Ordenanza de Intendentes de Ejército y Provincia de 4 de

489. JORGE COMADRÁN RUIZ, *La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Anuario de Estudios Americanos, XI (1954) (págs. 515-557), según el cual la tendencia de los Borbones fue la supresión del Virrey, que no llevaron a cabo por su prestigio. Vid. la Real Ordenanza de Intendentes del Ejército y Provincia de 4 de diciembre de 1786, en PÉREZ LÓPEZ, op. cit., tomo 28, pág. 329. El art. 3, para que en ningún caso se confunda la suprema autoridad conferida y depositada en los Virreyes se les encomienda el poner el "Cúmplase", no sólo en los títulos de Intendentes de Provincia, sino en el de Intendente General del Ejército y Real Hacienda de Méjico, aunque éste pone también el suyo en los de aquéllos.

490. Memoria de JUAN JOSÉ VERTIZ, de 12 de marzo de 1784, en Radaelli, op. cit., pág. 28.

491. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 752.

492. Vid. SMITH, op. cit., pág. 115, según el cual, especie de gobierno provincial en Francia durante el antiguo régimen, fue transplantado a España con Felipe V, suprimido en 1718 y reavivado en 1794, constituyendo el Decreto base el de 1786. Carlos III transplanta la institución a Indias, con ciertas modificaciones, y en 1782 forman parte del nuevo Gobierno del Río de la Plata. Siempre según Smith, el probarlo en el pequeño y nuevo virreinato, indica que es un experimento. Cuatro años más tarde es introducido en Méjico con el doble propósito de relevar y regular el virrey. Las intendencias han atraído en estos últimos años la atención de los estudiosos, como John Lynch, Edberto Oscar Acevedo, Henry Kamen, Luis Navarro García y Gisela Morazzani. Vid. también ALAIN VIELLARD-BARON, *Informes sobre establecimientos de intendentes*, AHDE, XIX, págs. 526-546.

diciembre de 1786 organiza una de Ejército y Provincia en la Capital y once de Provincia, dejando al Virrey la "superior autoridad", pero transfiriendo la Superintendencia y el arreglo de la Real Hacienda de la Intendencia General de Méjico⁴⁹³.

Estas reformas, que sustrajeron la Hacienda al Virrey y que perturbaron la vida del sistema, no tuvieron éxito. En el virreinato del Río de la Plata, en 22 de agosto de 1788, la Superintendencia general quedó incorporada al Virrey⁴⁹⁴. A partir de entonces, la Hacienda quedó bajo la dirección de aquél y de una Junta Superior como tribunal de apelaciones respecto a las provincias del distrito, no muy desemejante, al parecer, de la Junta de Hacienda que el Virrey de los siglos anteriores había presidido una vez a la semana, ejerciendo aquél ahora, incluso, la jurisdicción de hacienda en primera instancia, como consecuencia de que las reformas derogadas habían suprimido a los oficios reales la jurisdicción contenciosa civil y criminal⁴⁹⁵. Resultó así que los poderes hacendísti-

493. "... con todo el lleno de la superior autoridad... como a Gobernador y Capitan General... a cuyos altos empleos está agregado el de Presidente de la Audiencia y Chancillería de la Capital...". R. Ordenanza de 4 de diciembre de 1786, art. 2.

494. "El superior Gobierno quedó invidio de entender en estos artículos desde el establecimiento de las Intendencias con la erección en distinta persona, de un superintendente general subdelegado de Real Hacienda: y en este vireynato tuvo principio esta novedad antes de recaherme el mando. En 22 de agosto del año 88, como va sentado en otro artículo, se recibió la Real Orden por la cual quedó reunida esta Superintendencia". Memoria del Marqués de Loreto, en 10 de febrero de 1790. RADAELLI, op. cit., pág. 304.

495. "Su gobierno y dirección por mayor en todo el virreinato, sabe V. E. que pertenece a su alto mando, como también a la junta superior que, por otra parte es tribunal de apelaciones con respecto a todas las provincias del distrito desde que estas se erigieron en intendencias.—De esta erección provino, como también lo sabe V. E. que se suprimiese a los oficiales reales la jurisdicción contenciosa civil y criminal, que ellos ejercían en primera instancia con apelación a las reales audiencias, por disposición de las leyes de Indias en todos asuntos de hacienda real y que esa misma jurisdicción en primera instancia se trasladase a los nuevos gefes de provincia, en calidad de intendentes, con inclusión del que se creó, y hubo en esta capital, que al propio tiempo fue intendente del ejército y superintendente general subdelegado de real hacienda. Otro tanto sucedió con la jurisdicción que ejercían los administradores de la renta de tabacos y de las aduanas, en cuanto a formar y seguir causa de contrabandos con arreglo a sus respecti-

cos de los Virreyes terminaron reforzados al fracasar la reforma de las intendencias, siendo sólo perturbados por la creación de Tribunales de Cuentas⁴⁹⁶.

El sexto aspecto fundamental es la acentuación de la subordinación del Virrey al poder central, con lo que no se hacía sino continuar la línea iniciada en los siglos anteriores. Los cambios más importantes de la Administración se deben a la obra de los Visitadores⁴⁹⁷. Una muestra de la subordinación al Consejo de Indias.

vas instrucciones; pero cuando se extinguió la intendencia de Buenos Aires y se reunió la superintendencia general subdelegada de real hacienda a este superior gobierno, no se hizo distinción alguna entre lo que era superintendencia general y lo que era intendencia de provincia, se recibieron y se ejercieron unas y otras facultades por el señor marqués de Loreto, y yo las ejercí también en todo el tiempo de mi mando, sin que los oficiales reales, ni los administradores de tabacos y aduanas de esta capital, hayan pretendido volver al ejercicio de sus respectivas jurisdicciones. Así es que este superior gobierno está ahora en la posesión de conocer en primera instancia de todas aquellas causas que se suscitan en esta capital y su provincia y que en las otras del virreinato corresponden sus gefes precisamente como intendentes: resultando de esta misma posesión que las partes litigantes la tengan también de apelar para la junta superior de real hacienda de las providencias de este superior gobierno.—Esta junta superior que se formó y continúa celebrándose con los ministros que designa la real ordenanza de intendentes, no parece que se distingue mucho de la junta de hacienda que por las leyes de Indias se debía tener y se tenía efectivamente todas las semanas en las capitales del virreinato según la ley 56 del título de los vireyes, que manda a éstos la tengan todos los jueves en la tarde en la forma contenida en la ley 159 del título de las audiencias, que exigía la concurrencia del oidor mas antiguo con el fiscal y oficiales de real hacienda y uno de los escribanos de ella". Memoria de don Nicolás de Arredondo, en Buenos Aires, 16 de marzo de 1795. RADAELLI, *op. cit.*, págs. 449 y ss.

496. Vid. Memoria del Marqués de Avilés en 1801, en RADAELLI, *op. cit.*, pág. 522: "Por desgracia de la real hacienda de este virreynato, desde que se estableció aquí el tribunal de cuentas, con separación del de Lima, se ha caído en un atraso tan considerable." Sobre el estado de la hacienda del virrey que había solicitado, dice "que desde el año de 780 en que fue erijido, no podía calcular por ningún quinquenio, ni por un año, hasta la actualidad, y se contentó con demostrarme que las tesorerías y administraciones interpoladamente habían faltado al envío de sus respectivos estados particulares y jenerales, ascendiendo a más de seis mil los que se echaban de menos entre unos y otros".

497. Cfr. SMITH, *op. cit.*, pág. 138.

lo da la R. C. de 14 de marzo de 1777, según la cuál siempre que Virrey, Audiencia, Gobernadores y demás justicias, hubieran de practicar diligencias en España, no deberían librar despachos requisitorios, sino suplicatorios ⁴⁹⁸.

Finalmente, el último aspecto, que también es continuador de líneas de siglos anteriores, es el de una cierta autonomía parcial de la administración inferior. Ya se ha dicho que el otorgamiento del título de Capitán General a un Gobernador significa la práctica independización de éste respecto de la institución virreinal. Ya en 1700 cesa el privilegio del Virrey del Perú de nombrar persona que gobernara Chile por muerte del Gobernador, permaneciendo el mando de las armas en el Teniente del Rey y el oficial de más grado ⁴⁹⁹. A partir de 1741, en todos los títulos de los Gobernadores de Caracas se coloca la cláusula de su independenciamiento de los Virreyes de Santa Fé ⁵⁰⁰, y en Cédula de 12 de febrero de 1742 se consagra esta independenciamiento del Gobierno de Venezuela, que queda relevado de toda obediencia al Virreinato de Santa Fé, a instancia del Gobernador D. Gabriel de Zuloaga y de la Compañía Guipuzcoana ⁵⁰¹.

A partir de esta época, se considera que la Administración americana no está compuesta tan sólo de virreinos, sino de éstos y de gobiernos independientes ⁵⁰². Una R. O. de 12 de abril de 1792 llega a consagrar la absoluta independenciamiento de Sonora, Nueva Vizcaya, Nuevo Méjico, Coahuila y Texas, respecto del Virreinato de Nueva España ⁵⁰³.

En esencia, pues, la vida del sistema virreino-senatorial a tra-

498. PÉREZ, *op. cit.*, tomo 28, pág. 554.

499. AYALA, *op. cit.*, nota a *Rcc.*, II, 16, 3.

500. Vid. Informe de la Secretaría de Nueva España en 1774, AGI, Ind. Nueva España, leg. 98.

501. *Loc. cit.*

502. Vid. nota 479.

503. Vid. SMITH, *op. cit.*, pág. 156, que destaca que esto se hizo frente a los consejos de Revilla-Gigedo. También en los virreinos ibéricos pudo haber lugares donde no siempre llegó la jurisdicción del Virrey, ya que ésta se tiene que afirmar expresamente, como sucede en Navarra, respecto de las fronteras y comarcas donde estaban comprendidas las ciudades de Alfaro, Logroño y Santo Domingo de la Calzada, según declaración de las Cortes de 1765 y 66, ley 57.

vés del siglo XVIII no es sino la conducción del mismo a sus últimas consecuencias. Es cierto que a veces existirán lamentaciones por los excesos de poder de los Virreyes como consecuencia de no permitir que sea asunto de justicia, sino lo que ellos no quieren que sea de gobierno, pero serán lamentaciones de letrado⁵⁰⁴. La realidad es que la tecnificación de la administración de justicia es cada día mayor, y de ella quedan excluidos⁵⁰⁵, sobre todo, con la introducción de los "regentes" en las Audiencias. A una ampliación numérica de los Virreinos corresponde una ampliación del número de Audiencias, que desarrollan la función de administrar justicia, mientras los Virreyes siguen manteniendo el "gobierno superior", que ahora se llama la "autoridad superior", militarizando cada vez más su poder, y sin perder nada más que momentáneamente sus funciones hacendísticas. Por otra parte, su subordinación al poder central sigue intensificándose, mientras se consume con respecto a ellos la autonomía de parte de la administración inferior, siguiéndose una tendencia claramente observada en los siglos anteriores, sin que, por otra parte, esta autonomía contraste con la centralización borbónica; pues aquélla está dirigida contra el Virrey y no contra el Rey, sirviendo en realidad al centralismo cortesano al debilitar el poder de las jerarquías intermedias y permitir el control directo de los pequeños distritos.

No hay lugar a una supresión del sistema. La independización

504. "La facultad que se da a los Virreyes se ha experimentado perjudicial porque sólo es pleito de justicia el que ellos no quieren hacer de gobierno... parece se discurriese con mucha reflexión sobre poner a la Ley alguna restricción a circunstancias con las cuales se remediare." AYALA, *Notas...*, nota a *Rec. Indias*, II, 15, 38, aconsejando mirar *Nueva Recopilación de Castilla*, II, 5 20.

505. Vid. el ejemplo de Navarra, donde las Cortes de 1724 y siguientes establecen que se guarden las leyes, según las cuales los Virreyes en ningún caso, civil ni criminal, pueden proceder contra ningún natural del Reino, ni con su mandato se puede hacer prisión, sino solamente con mandato de los tribunales (*Nov. Rec. de Navarra*, lib. I, tit. 8, leyes 18, 20, 22 y 27; libro II, tit. 1, leyes 36 y 37). También se les prohíbe publicar bandos contra los naturales e imponerles penas (lib. I, tit. 8, ley 27); dar órdenes para sustraer presos a las justicias ordinarias (*loc cit.*, ley 22), y en dar comisiones para reconocer las casas de los naturales, y embargarles el dinero u otra cosa, con pretexto de contrabando (lib. II, tit. 23, ley 7).

de las Indias españolas evita lo que antes o después hubiera debido suceder. En esta ocasión, el servidor muere al mismo tiempo que el dueño, y no da tiempo para comprobar toda su vitalidad. No obstante, que ésta era intensa lo demuestra el haber servido para administrar todo un continente nuevo durante dos siglos y medio largos, sobreviviendo a la desaparición de sus congéneres en los demás territorios hispánicos, con excepción del de Navarra⁵⁰⁶.

PARTE SEGUNDA

EL VIRREY, COMPONENTE DEL SISTEMA VIRREINO-SENATORIAL

I

ESTRUCTURACIÓN ORGÁNICA

La designación.

La designación del Virrey se hace libremente por el Monarca, tanto en Indias como en los demás territorios hispánicos, generalmente, a propuesta de los correspondientes Consejos⁵⁰⁷. En una gran parte del reinado del Emperador, la misión le es atribuida al futuro Felipe II⁵⁰⁸.

506. En Navarra, el Virrey subsiste hasta la Ley modificadora de los Fueros, dada en 16 de agosto de 1841 por Espartero en nombre de Isabel II: "Art. 1. El mando puramente militar estará en Navarra, como en las demás provincias de la Monarquía, a cargo de una autoridad superior nombrada por el Gobierno, y con las mismas atribuciones de los comandantes generales de las demás provincias, sin que nunca pueda tomar el título de Virrey ni las atribuciones que éstos han ejercido." Vid. JOSÉ ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra*, Madrid, 1848, pág. 20. (Esta obra ha sido reeditada en 1964 por la Diputación Foral de Navarra.)

507. Para Cataluña, vid. LALINDE, *op. cit.* en nota 28, págs. 193 y ss. Respecto a Indias, vid. Consulta del Consejo de Indias de 15 de noviembre de 1553, AGI, IG, leg. 737, el cual envía relación de personas que consulta con el príncipe a la muerte del Virrey del Perú, don Antonio de Mendoza.

508. Así, por ejemplo, la elección de don Hurtado de Mendoza, Marqués de Cañete, es hecha por Felipe II, por remisión del Emperador, según consulta del Consejo de Indias de 16 de enero de 1555. AGI, IG, 737.

La elección recae en personas de alta condición social⁵⁰⁹, ya que, precisamente, lo que justificó la instauración de la institución virreinal fue el enviar personas con alta representación personal, que pudieran imponer respeto. En alguna ocasión, especialmente si se ha faltado a la regla, los residentes en Indias se lamentan de que no se envíe a un Infante, o un alto magistrado de Castilla⁵¹⁰.

El nombramiento puede recaer también en personas de condición eclesiástica, pero tanto en los demás territorios como en Indias, y sobre todo aquí, ese nombramiento suele reservarse para los casos de interinidad⁵¹¹.

Por parte de los juristas hay intentos de que el nombramiento de Virrey recaiga en personas de condición togada, como consecuencia de la lucha profesional o clasista que sostienen contra el elemento de capa y espada. Parece, incluso, que en 1574 el Rey accedió a ello, y lo practicó Ovando proponiendo letrados en lugar

509. Ya lo observó SMITH, *op. cit.*, pág. 127, según el cual, con Carlos V y Felipe II se nombraron personas de alto rango social en el Nuevo Mundo, y ocasionalmente secretarios de humilde nacimiento en la administración central. Según SMITH, sólo Casafuerte fue criollo.

Un memorial de don Diego de Robles en 1570, AGI, Patronato, leg. 171, ramo 14, dice: "Visorreyes o gobernadores sean principales de mucha calidad y autoridad los cuales tengan en su servicio y casa los mayorazgos de los vecinos encomenderos a lo menos los de las personas principales". AVENDAÑO, *Thesaurus...*, tít. III, caps. I y II, se extiende sobre las virtudes morales del "Prorex", incluso de las de su mujer, hijos y familias, en cuanto han de ser ejemplo. En el capítulo 8.º de la carta sobre buen gobierno de Fr. P.º Juárez de Escobar al Rey Felipe, AGI, Patronato, leg. 171, núm. 2, ramo 1, se aconseja: "... y que vengan casados de España con letras y experiencia a lo menos de quarenta años porque la carne y sangre nueva como dize el sabio patheo conuiene para la guerra y los viejos antiguos y ancianos para gobernar la republica..."

510. "... dezian estos Reynos Su Majestad no los tienen etendidos e tiénelos en poco, aqui no abia dembiar por Visorrey sino su fixo segundo o a el Condestable de Castilla, e no a un escudero..." De la declaración de un testigo en las pruebas contra el Virrey Blasco Núñez de Vela. Codoin AGI, tomo 42, pág. 332.

511. Vid. el nombramiento de D. Melchor de Liñán y Cisneros, Arzobispo de los Reyes, dado en Madrid, a 28 de febrero de 1678, por cese del Conde de Castellar: "... para que le siruais en ynterim". AGI, IG, leg. 512, reg. 3, fol. 103.

de caballeros, justificándose esta medida por cobrar aquéllos menos que éstos⁵¹². Sin embargo, esto debió ser circunstancial, por más que siempre fuera defendido por los juristas, como Matienzo y Solórzano⁵¹³. Por otra parte, no siendo excesivo el número de títulos nobiliarios de quien poder disponer para estas tareas, casi viene a constituirse un cuerpo profesional de Virreyes, que desempeñan estos cargos en los distintos territorios hispánicos donde la magistratura existe⁵¹⁴.

El único aspecto limitador de la facultad regia para el nombramiento de virreyes en los territorios hispánicos suele ser el de la nacionalidad de aquéllos. Este aspecto tiene mucha importancia en Aragón, donde el virrey ha de ser indígena⁵¹⁵, y con carácter negativo se ha dado alguna vez en Mallorca, donde se alcanzó privi-

512. "Y no nombro caballeros, sino letrados porque aora haze un año quando V. M. consultado fue seruido de mandar que desde entonces quedasse assi acordado y que el que fuesse a la nueva españa fuesse con doze mil ducados de salario ques la mitad de lo que aora lleva el uirrei y que el que fuere al piru lleue quinze mill ducados de salario que es menos que la mitad porque el virrei lleua quarenta mill". Del licenciado Juan de Ovando al Rey en 18 de febrero de 1575. AGI, Patronato, leg. 171, ramo 22.

513. SOLÓRZANO sigue a MATIENZO, *Política...*, lib. V, cap. XII, núm. 13. MATIENZO, *Gobierno...*, part. 2, cap. 1.º, dice: "... parece que conviene que los que governaren aquel Reyno sean letrados o Cavalleros principales, sabios y prudentes, y no principales, ni grandes señores...". De éstos dice que no temen cometer excesos ni gastar más de la Real Hacienda, "lo qual no se atreve a hacer un pobre cavallero o letrado", y que llevan numerosos caballeros y personal principales por criados, con el doble de salario, en tanto el que es letrado, con su voto suple a un oidor. A la razón de que el señor sea más temido, dice que habiendo Audiencia cesa esta razón, "porque el virrey no puede castigar sino el audiencia".

514. Cfr. la relación de virreyes catalanes contenida en LALINDE, *La institución...* apéndice, con la de YANGUAS, de los Virreyes de Navarra desde su unión a Castilla en 1512 hasta 1832, en *op. cit.*, tomo III, páginas 525-528.

515. "Ya haureys sabido como en aragon prouchimos de lugarteniente general a mossen Joan de Lanuça comendador de piedra buena porque nos certificaron que no podia serlo sino natural de aquel reyno y le mandamos que con vos tuuiese su inteligencia y acudiese a vos en las necesidades de aquel Reyno...". Del Emperador a D. Hurtado de Mendoza, desde Gante, a 11 de junio de 1520, en MANUEL DANVILA Y COLLADO, *La Germania de Valencia*, Madrid, 1884, doc. 18.

legio de que no lo fuera caballero natural de Aragón⁵¹⁶. En Sicilia y Cerdeña se propugnó porque fueran naturales de algunos de los reinos de la Corona⁵¹⁷, no habiendo ni siquiera esta limitación en Nápoles⁵¹⁸, ni tampoco en los demás territorios ibéricos, como Cataluña y Valencia⁵¹⁹.

En Indias, este factor no desempeña ningún papel, nombrándose a castellanos, y sin dar entrada al elemento criollo⁵²⁰. La renuncia de Aragón en 1626 a su privilegio de un virrey aragonés, es compensada con la entrada de sus naturales en otros cargos. En las Cortes de Zaragoza de 1646, y por la lealtad aragonesa a la Corona en la guerra de secesión de Cataluña, se les conceden diversas plazas, entre las que se encuentran dos gobiernos en el Perú y otros en Nueva España.

Dada la gran distancia que separan las Indias de la Península

516. A causa de la participación de los mallorquines en las inquietudes de Aragón con Pedro IV, alcanzaron el privilegio de no ser gobernados por caballeros naturales de Aragón, prescribiendo esto con la unión de Mallorca a la Corona. VICENTE MUT, op. cit., tomo III, pág. 602.

517. DEXART cita algunas excepciones, como la del Marqués de Bayona, que era de Castilla, y el Duque de Avellano, que era de Génova.

518. Así lo indica DEXART, op. cit., lib. III, tít. I, cap. 3. En Cerdeña, como se ha indicado, Fabricio Doria, Duque de Avellano es genovés, siendo nombrado Virrey en Madrid a 3 de septiembre de 1640, como puede verse en DEXART, lib. III, tít. I, págs. 429-436.

519. Respecto a Valencia, Juan de Navarra, como Lugarteniente general, prohíbe en 1446 que el no nacido en Valencia pudiera ser Abogado o Procurador fiscal, como tampoco consejero en hechos fiscales o criminales en la Corte del Rey, bajo pena de privación de oficio, beneficio, infamia y nulidad del proceso. Como consecuencia de esta disposición, en 1542 contienden los tres brazos sobre la cuestión de que el Virrey hubiera o no de ser valenciano, pues había de intervenir cotidianamente en los votos y deliberaciones de las causas criminales. Se concluyó que la disposición no comprendía al Virrey, pues si se le podía prohibir intervenir en causas criminales, no se le podía prohibir el oficio. Esta explicación la suministra Cristóbal Crespí de Valdaura, *Observationes illustratae Decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, et Regiæ Audientiae Valentine*, Lyon, 1730, part. 1, obs. VI, núm. 19-20. Vid. la disposición de las Cortes de Monzón de 1542, en *Fori Regni Valentiae*, VII, 8, 34.

520. Vid. nota 509. Según el mismo Smith, op. cit., pág. 278, la exclusión de los criollos llevó a pensar que los gobernadores ingleses defendían los derechos de las colonias contra la madre patria.

Ibérica, se da algún caso de fallecimiento del designado en el viaje, sin llegar a tomar posesión de su cargo ⁵²¹.

El apoderamiento.

Como para todo oficio de magistratura, para el cargo de Virrey se ha de extender un título o apoderamiento, que le acredite como tal. Mientras en la Corona de Aragón, estos títulos se redactan en latín, que es el idioma de la Cancillería; en Indias, se expiden en castellano, siguiendo la práctica de Castilla. Aquellos son más largos, en general, con una extensa enumeración de atribuciones, que muchas veces tiene su fundamento en la existencia de privilegios del territorio administrado, ante los cuales hay que tomar una posición ⁵²². Los indianos son más cortos, y, sobre todo, mucho más inexpresivos, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el funcional.

El primer título expedido es el de don Antonio de Mendoza para Nueva España, fechado en Barcelona, en 17 de abril de 1535 ⁵²³. Se inicia por la intitulación del Monarca, en este caso, el Emperador Carlos, continuando por un exordio, al que suele dársele el nombre de "presupuesto" ⁵²⁴. En este "presupuesto" se jus-

521. Es el caso del Conde de Cañete, que había de sustituir al Conde de la Moncloa, y que como consecuencia de una epidemia muere durante el viaje en 20 de abril de 1697, a los diez días de salir de Acapulco con dos hermanas, tres sobrinos y veinte criados, llegando la Condesa viuda. AGI, Lima, leg. 91.

522. Para Cataluña, vid. LALINDE, op. cit., págs. 202 y ss. Para Cerdeña, vid. el nombramiento citado del Duque de Avellano. Comienza con la invocación, a la que sigue la intitulación y la fundamentación del nombramiento, que está en la imposibilidad de hallarse presente el Rey. La cláusula de nombramiento dice: "Locumtenentem nostrum generalem in dicto Sardiniae Regno ex latere nostro dextero sumptum, personamque nostram representantem". La cláusula de duración del mandato es la de "ad nostram meram et liberam voluntatem". Después se dirige con especialidad a los abades, magistraturas, etc., en forma similar al nombramiento catalán, salvo las variaciones obligadas, como la ausencia de referencia a los "usatges", por ejemplo. El privilegio de Capitán general se confiere aparte.

523. *Título de Don Antonio de Mendoza Visorrey*, en PUGA. "Cedulario", fol. 98. El de Presidente se halla en el folio siguiente.

524. Vid. ENCINAS, op. cit., tomo II, fol. 1.

tifica el nombrar persona que, en nombre del Rey y como Virrey, gobierne la provincia de Nueva España, y provea todo lo concerniente al servicio de Dios y de la Fe católica, así como a la instrucción y conversión de los indios, y el sustento y perpetuidad de la población, señalándose así, una vez más, los fines religiosos de la Monarquía española.

Al "presupuesto" sigue la parte dispositiva o nombramiento propiamente dicho, en la que el Rey, en base a la confianza que le merece don Antonio de Mendoza, comendador de Socuéllamos de la Orden de Santiago y camarero suyo, le nombra "visorrey y gouernador" de Nueva España y sus provincias, por el tiempo que fuera su voluntad, y para que provea lo relativo a la instrucción y conversión de los indios a la religión católica, así como a la perpetuidad de la población y ennoblecimiento de la tierra, insistiéndose así en lo que ya se había expresado en el exordio.

A la parte dispositiva sigue una cláusula de obediencia, en virtud de la cual se ordena al Presidente y oidores de Méjico, capitán general y capitanes, concejos, justicias y regidores, caballeros, escuderos y oficiales de las villas y lugares, la obediencia al Virrey, sin previo requerimiento, consulta o nuevo mandato. Esta cláusula es especialmente barroca, expresándose de varias maneras un mismo pensamiento.

Sigue una cláusula funcional muy limitada, pues se reduce a conferir al Virrey el poder de desterrar a las personas que estimara deber hacerlo conforme a la Pragmática que había dictado el Monarca, y con expresión de la causa que moviera a ello, si bien podía comunicarse secretamente, informando aparte al Rey.

El título termina con la expresión del salario y la fecha cronológica y tópica.

En conjunto, hay que destacar que esta titulación ofrece una notable pobreza doctrinal y funcional, al menos, si se la compara con la otorgada en los territorios de la Corona de Aragón. Mientras en éstos, el Virrey, allí denominado "Lugarteniente general", es definido como enviado real, "alter nos" y representante personal, independientemente de la cláusula de preeminencia y de haber explicado en el exordio que se trataba de suplir una presencia del Monarca que no se podía conseguir en todos los territorios al mis-

mo tiempo, en Indias todo lo más que se dice es que el Virrey ha de gobernar la provincia en nombre del Rey, lo que no es tampoco muy individualizador. Mientras en la Corona de Aragón se verifica una amplia enumeración de atribuciones, en Indias sólo se hace referencia concreta a la facultad de desterrar. Todo lo demás hay que sobreentenderlo en la cláusula general citada de proveer lo concerniente a la instrucción y conversión de los indios, así como al sustento y perpetuidad de la población y ennoblecimiento de la provincia. Ya Schäfer advirtió que ni la extensión ni el poder aparecieron muy definidos ⁵²⁵.

Como es sabido, al título estricto de Virrey acompaña por separado el título de Presidente de la Audiencia, que en el caso de Antonio de Mendoza se justifica por la concesión de licencia al Obispo de Santo Domingo y la Concepción de la Vega, anterior Presidente, por causa de salud. Este título goza de la misma pobreza doctrinal y funcional del virreinal, pues en esencia no dice sino que sea Presidente de la Audiencia, de la misma forma que los de las demás Audiencias y Chancillerías.

A mediados del siglo XVI se introduce un nuevo elemento en la parte funcional, que es la facultad de proveer algunas gobernaciones para los nuevos descubrimientos y poblaciones, elemento que hay que insertar porque de otra manera no podría ejercerse esta facultad a causa de la prohibición existente ⁵²⁶. Esta cláusula se insertó en el apoderamiento del licenciado Gasca, Obispo de Palencia, y la obtuvo el Marqués de Cañete, invocando el precedente ⁵²⁷. Sin embargo, el apoderamiento del Marqués debió ser algo distinto de su predecesor en algunas materias, pues aunque Felipe II, entonces Rey de Inglaterra, ordenó que fuera igual, el Consejo de Indias debió suprimir algunas cosas y añadir otras, en cambio ⁵²⁸.

⁵²⁵. SCHAFER, op. cit., tomo II, pág. 15.

⁵²⁶. Vid. la nota 398.

⁵²⁷. A instancia del Marqués, según carta del Rey en Valladolid a 13 de mayo de 1556. AGI, IG, leg. 737. El Marqués había insistido mucho, como puede verse, lo hace desde Sevilla en 30 de mayo de 1555. LEVILLIER, op. cit., tomo I, pág. 252.

⁵²⁸. "... en la forma y sustancia que los lleuo el Obispo de Palencia..." dice el Rey, pero el Consejo informa que se ha hecho en la misma forma

En 1558, el poder conferido para el Perú a don Diego López de Zúñiga y Velasco, Conde de Nieva, intitula Capitán general al Virrey, y además aparece una cláusula en la que se especifica otorgarse poder cumplido para todo lo indicado anteriormente, en su conjunto y en sus individualidades, así como para todas las incidencias y cuestiones conexas ⁵²⁹.

Schäffer estima que en el octavo decenio del siglo XVI, cuando Juan López de Velasco escribe su "Geografía de Indias", estuvo fijado el poder ⁵³⁰. Como se recordará, el año 1588 ha sido año decisivo en cuanto a la fijación de atribuciones, al que ha seguido el año 1614 ⁵³¹. Sin embargo, el apoderamiento sigue siendo inexpresivo, como puede observarse en el conferido para el Perú a don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache y Conde de Mayalde, desde El Escorial a 19 de julio de 1614 ⁵³². El "presupuesto" consta de dos partes, de las que la primera es la justificación de la vacante producida por el Marqués de Montesclaros, "Visso Rey, Gobernador y Capitán General, que al presente es de las Provincias del Perú", al que se concedió licencia para regresar a su casa, y la segunda es el proceso mental que conduce a la designación del Príncipe, Gentilhombre de la Cámara del Rey, por su "virtud, cristiandad y prudencia". Como de costumbre, en la parte dispositiva se le nombra Virrey y Gobernador para regir y gobernar en nombre del Rey, dándose paso en ella a una reducida exposición de atribuciones, como es la de hacer las gratificaciones, gracias, y mercedes y demás cosas que parecieran convenientes, así como proveer todos los cargos de gobierno y justicia que hubieran proveído sus antecesores. Sigue la cláusula de obediencia, dirigida al Presidente, oidores, alcaldes y fiscales de las Audiencias de los Reyes, La Plata, y S. Francisco de Quito, así como a concejos, justicias,

"quitando algunas cosas y añadiendo otras que pareció convenir como V. M. abra visto por ellos quando esta llegue". Consulta de 16 de enero de 1555, en AGI, IG, leg. 737.

529. "Para lo qual todo que dicho es, y para cada cosa y parte dello os damos poder cumplido con todas sus incidencias y dependencias, anexidades y conexidades". Bruselas, 15 de diciembre de 1558. ENCINAS, op. cit., fol. 237.

530. Loc. cit. en nota 525.

531. Vid. nota 405.

532. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 1.

regidores, caballeros, escuderos, oficiales y hombres buenos de ciudades, villas y lugares. Es muy similar el concedido por aquellas fechas en Nueva España⁵³³.

El apoderamiento que pudiéramos denominar "general" no excluye la existencia de otros, particulares. En la sexta década del siglo XVI se dicta una Provisión especial para que los visitadores, corregidores y otros justicias del Perú cumplimentaran las provisiones que don Francisco de Toledo diera en razón de las instrucciones y órdenes que se le había dado, emanadas de una Junta en la Corte, con el Cardenal de Sigüenza, Presidente del Consejo Real de Castilla, el inquisidor general, el confesor real y otras personas de los tribunales del Consejo de Estado y Consejo real de la Cámara, el Presidente y algunos oidores del Consejo de Indias, el Visitador general, varios oficiales de la Contaduría real de Hacienda, varias personas religiosas de las Ordenes de Sto. Domingo, S. Francisco y S. Agustín, y el propio D. Francisco de Toledo⁵³⁴.

Especialmente, en 1614, estos poderes "particulares" proliferan. Se concede para encomendar indios; para perdonar delitos, incluidos los de lesa majestad, atendiendo a los alborotos provocados; para proveer gobernaciones de nuevos descubrimientos, que, como se recordará, en tiempos anteriores fue incluido en el poder general; para gobernar en paz, sosiego y quietud, administrar justicia equitativamente y proveer en todo lo que ocurriera concerniente a la administración y ejecución de la justicia y la gobernación y, finalmente, para poder hacer y proveer lo que el Rey si éste las gobernara directamente⁵³⁵, donde al fin aparece definido el Virrey conforme a su configuración doctrinal. Algunos de estos poderes

533. "... por tiempo y espacio de tres años más o menos el que fuere mi voluntad para que las rijais y gouerneis y en mi nombre podais hacer y hagais las satisfacciones gracias mercedes y las demas cossas que os esta permitido conforme a lo que esta dispuesto y ordenado sobre ello y probeer todos los cargos de Governacion y justicia...". AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fols. 18 y ss.

534. AGI, Lima, leg. 28 A.

535. "... y finalmente para que pueda hazer y probeer todo aquello que yo podria hazer y probeer de qualquiera calidad y condicion que sea en essas dichas Provincias si por mi Persona las Gobernara". El Escorial, 19 de julio de 1614. AGI, IG, leg. 512, fols. 6-7.

son más teóricos que prácticos, pues el de perdonar delitos se le advertía era concedido para mayor prestigio del cargo, pero que no debía utilizarlo en la medida de lo posible⁵³⁶, lo que también se hacía en los territorios de la Corona de Aragón.

La Visita da lugar también a algún poder especial, como el concedido a Francisco de Toledo en 30 de noviembre de 1568 para presidir las Audiencias de la Plata, S. Francisco de Quito y Panamá durante aquélla⁵³⁷.

Finalmente, otros poderes particulares están conferidos para el beneficio personal del Virrey, representados por una serie de comunicaciones a oficios o magistraturas especiales, como al Arzobispo para que castigue con parecer del Virrey a los clérigos que no dieran buen ejemplo; a los oidores, para desalojar las casas del Virrey, si la ocupasen, o al provincial de alguna Orden, como la de San Francisco, para la prestación de ayuda al Virrey y concordancia de su actuación⁵³⁸.

Importancia especial, dentro de los anteriores, merecen aquellas autorizaciones que en forma de comunicaciones a la Casa de Contratación se libran para regular lo que el Virrey puede llevarse a su destino de Indias, las cuales se ofrecen también en 1614. Un Virrey, en virtud de estas autorizaciones que acompañan al apoderamiento, puede llevar sesenta criados para él y veinticuatro para su mujer, de los que veinte pueden ser casados y llevar a sus mujeres, hijos y un criado para su servicio, además de un letrado, de los no prohibidos para Indias, y aquél con dos criados. Puede transportar además veinte esclavos negros, libres de derechos; 20.000 pesos de oro de valor, libre también de derechos; doce alabardas, doce partesanas, doce espadas, doce dagas, doce arcabuces, doce cotas con sus guantes, doce armas blancas con todas sus piezas, dos pares de armas doradas, doce morriones, doce cascos, doce broqueles, doce rodela, seis mil pesos de oro en joyas de oro y plata labrada,

536. "... para lo que toca a la autoridad del cargo que lleuais y por la confianza que tengo...". San Lorenzo, 27 de septiembre de 1614. AGI, IG, leg. 512, fol. 14.

537. 30 de noviembre de 1568. ENCINAS, *Cedulario*, tomo I, pág. 246.

538. AGI, IG, leg. 512, fol. 61.

y cincuenta alabardas para la guardia⁵³⁹. También se le permiten otros veinte criados, y de ellos, cuatro portugueses, obligado a devolverlos a España⁵⁴⁰, así como llevar dos de sus propias hijas. Hacia 1620 no se suele especificar el número de criados, como en los poderes concedidos al Marqués de Guadalcázar, y se autoriza al Virrey cuando no hay navío para Acapulco, el embargar el que hubiere en el distrito de la Audiencia de Guatemala, pagando su flete⁵⁴¹.

La doctrina, representada por Solórzano, entiende que en los poderes generales se comprende todo lo que es costumbre o se suele hacer en casos semejantes, pero siempre que sea razonable y legítimamente introducida y prescrita, pudiendo hacer todo lo que no les está prohibido y estando exceptuado lo arduo e insólito⁵⁴².

La duración del cargo y su extensión.

El cargo se inicia con la toma de posesión del mismo, que, dada la distancia, es bastante posterior al nombramiento^{542 bis}. En esa toma de posesión desarrolla un papel importante el juramento de cumplirlo fiel y lealmente, aunque, en realidad, en Indias tiene menos trascendencia que en los territorios hispánicos de la Corona de Aragón, pues en éstos el juramento no se presta tanto en ga-

539. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fols. 9 a 12.

540. Id., id., fol 13. Ante las quejas por el repartimiento de indios entre él y los oidores, el Virrey Martín Enríquez denuncia que D. Antonio de Mendoza había traído más de cien indios a su servicio y al de los criados y que también D. Luis de Velasco y el Marqués de Falces habían traído gran cantidad, en tanto alega haber traído sólo ocho o diez indios para sus criados. Carta del Virrey al Rey en 23 de octubre de 1574, en AGI, México, leg. 19, ramo 4.

541. San Lorenzo, 22 de agosto de 1620. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 60.

542. SOLÓRZANO, *Política...*, lib. V, cap. 12, núms. 7 a 11. Invoca la ley fin. tít. 1, p. 2 de las Partidas, entendiéndolo que está exceptuado lo arduo o insólito.

542 bis. El problema de cuando empieza a gobernar el Virrey entrante y cesa el saliente preocupa en Indias y en Italia, a diferencia de lo sucedido en Cataluña. Vid. CARRASCO, op. cit., núm. 191: "Neapolitano autem Prorregi non est impar Piruanis, nec minorem potestatem habet, dixi late in tractatu super concursu duorum Vicerregum in Regno, et ante receptionem ingressus governare possit, praedecessore existente, in capite eiusdem Regni".

rantía de fidelidad al cargo como de garantía de que se observarán los privilegios, leyes, costumbres, etc., del territorio que se ha de administrar. En Cataluña, por ejemplo, es muy complejo y delicado⁵⁴³. En Navarra, el Virrey jura por su alma⁵⁴⁴, pues está previsto que lo haga así al día siguiente de tomar posesión en el Real Palacio⁵⁴⁵, recayendo sobre la garantía de observar el orden normativo del Reino⁵⁴⁶. También en Valencia es obligado jurar⁵⁴⁷, y, a veces, más de una vez⁵⁴⁸.

El cargo comienza siendo de duración indefinida, pues el Monarca lo provee por el tiempo que fuera su voluntad. En realidad nunca pierde este carácter, pues siendo el Virrey un representante de la persona del Rey, la remoción por éste es posible en todo momento. No obstante, hacia la mitad del siglo XVI, parece señalarse para esta magistratura la duración de seis años. Esta limitación se establece por el Rey desde Bruselas, en 10 de marzo de 1595, para el Marqués de Cañete, virrey del Perú, por estimar que convenía

543. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 208 y ss.

544. "Assi mismo juro en mi anima, que durante el tiempo que tuuiere el dicho cargo de Visorrey, y la gouernacion y regimiento del dicho Reyno de Nauarra..." Juramento del Duque de Alburquerque en Estella, 1556, en Licenciado PEDRO PASQUIER, *Recopilación de las Leyes y Ordenanzas, Reparos de agravios, Prouisiones y cédulas Reales del Reyno de Navarra y Leyes de visita que estan hechas proueydas hasta el año de mil, y quinientos y sesenta y seys*, Estella, 1567, lib. III, tit. III.

545. Los Virreyes, "que embiaremos a gobernar en propiedad, y los que sirvan los dichos cargos en interin", al otro día de tomar posesión juren en el Real Palacio la observancia de los Fueros y Leyes del Reino, conforme al juramento que hacen al final de las Cortes, y en el acto se halle la Diputación. CHAVIER, op. cit., lib. I, tit. 3, ley 4.

546. "... fueros, leyes, ordenancas, usos y costumbres, franquezas, excepciones, libertades, priuilegios y officios que cada uno de vosotros teneys". Del juramento del Duque de Alburquerque, en el coro de la iglesia de San Francisco, de Estella. Jura de rodillas, con la mano derecha sobre un misal en el cual hay una cruz, y tras lectura por el secretario, en manos del obispo de Pamplona. Loc. cit. en nota 544.

547. Sobre la necesidad de exhibir el título y jurar, vid. CRESPI, op. cit., observ. XV, núms. 90-93.

548. El mismo autor no cree necesario un nuevo juramento porque penetre en algún lugar de otra provincia, e incluso dice que en Aragón se concedió que protestando marchar con ánimo de regresar pudiera reasumir la jurisdicción sin nuevo privilegio ni juramento. Op. cit., núm. 110-111.

al servicio real un límite determinado de tiempo. Los seis años habían de contarse a partir del momento de llegada a la ciudad de los Reyes⁵⁴⁹. Esta limitación fue considerada por el Virrey depresiva para su autoridad, con lo que se manifestó de acuerdo el Consejo de Indias, que llegó a proponer la supresión de la cláusula, sin perjuicio de que se diera a los Virreyes por vía de instrucción secreta⁵⁵⁰. Este criterio triunfó, y el título fue enviado al Marqués de Cañete sin limitación de tiempo, al igual que a su sucesor el Conde de Nieva.

Oficialmente, pues, el cargo continuó siendo de duración ilimitada, aunque en las relaciones entre Monarca y Virrey se fijó el plazo de seis años, lo que refleja la Copulata⁵⁵¹. Esta duración se entendió incluso fijada tácitamente. Todavía en 1620 el Rey accede al relevo del Príncipe de Esquilache, por haber cumplido los seis años por los que el último suponía se le había librado la provisión⁵⁵². En otros territorios, la duración del cargo fue señalada

549. "... y porque conuene a nuestro seruicio que aya limitacion cierta de tiempo y que ansi lo tenga entendido desde agora el dicho Marques, por la presente dezimos y declaramos que aya de ser y sea por termino de seys años primeros siguientes, que corran y que quenten desde el día que llegare a la dicha ciudad de los Reyes". ENCINAS, op. cit., fol. 237.

550. "... y vistos los títulos y la limitación del tiempo de los seis años (el Marqués de Cañete) dixo que por lo que tocava a el suplicaria a VMt. que le proueyese del cargo por menos tiempo que por lo que convenia al seruicio de V.M. aquel limite no se devia poner en los titulos ni que nadie lo supiese ni entendiese estando las cosas del Peru en el estado en que estan antes convenia dar al visorrey tanta autoridad que pensaren los que han de bivar por su mano que por todos los dias de su vida le han detener por superior y que desto pensaua dar noticia y aviso a V.M. A parecido a este consejo visto el estado en que estan las cosas y que asta agora no se tiene nueua que las alteraciones de aquella provincia se ayan allanado quel marques tiene rrazon y que aquella clausula se deue quitar de los titulos dandosselo por instruccion secreta al dicho marques y para si V.M. fuese seruido dello aya menos dilacion se enbian los titulos hordenados de aca sin la dicha clausula para que si Su Mag. fuere seruido los firme y sino fuere seruido los que aca estan se despacharen". Consulta del Consejo de Indias de 16 de enero de 1555. Vid. SCHAEFFER, op. cit., tomo II, pág. 22.

551. COPULATA, lib. II, tit. III, núm. 4.

552. "... cumplidos los seis años porque presuponeis fue buestra provision". AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 40. El Rey accede en 28 de marzo de 1620.

expresamente, como en Cataluña, donde, por cierto, durante el período 1554-1564, el virreinato se configura como magistratura quinquenal⁵⁵³.

En otoño de 1629, el Rey pidió al Consejo de Indias propuestas para un virreinato, con la consulta de si convenía que fueran trienales como los demás hispánicos, por la facilidad de removerlos, compensado con la posibilidad de prorrogarlos. Pese a la postura contraria del Consejo, manifestada en 4 de diciembre, el Monarca decidió que fueran trienales⁵⁵⁴. Esta condición de trienalidad se tuvo en cuenta en adelante por parte del Consejo⁵⁵⁵, y se consagró en la legislación recopilada, en donde se manifiesta que pese a cualquier cláusula que se hubiera empleado en los títulos, los Virreyes en Indias sirvieran por tres años, más o menos el plazo que fuera voluntad del Rey⁵⁵⁶, dándose, por otra parte, la errónea impresión histórica de que esta trienalidad arranca de 1555. La cláusula recopilada pasó a formar parte de los títulos o apoderamientos⁵⁵⁷.

La limitación temporal del cargo no excluyó la prórroga, sino que, antes al contrario, la previno, con la cláusula del "más o me-

553. Vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 216 y ss.

554. "... que fuesen trienales estos Virreynatos, como los de aca...". SCHAFER, *op. cit.*, pág. 24.

555. En el nombramiento de D. Luis Enrique de Guzmán, Conde de Alva de Aliste, para Virrey de Nueva España, en 28 de mayo de 1649, hay una nota marginal que dice, "ojo. En consulta de 4 de octubre de 1629 dijo SMg. lo siguiente: Los Virreynatos de las Indias an de ser trienales de aqui adelante y nombro para este a don Alonso de Cabrera, y no an de correr a los que fueren de aca sus salarios hasta el dia que se embarcaren y a los que vienen de alla les a de cesar el dia que desembarcaren". AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fol. 19. Obsérvese que se da la fecha de octubre, en tanto Schäfer da la de diciembre.

556. "... sin embargo de qualquier cláusula, que se hubiere puesto, y pusiere en sus titulos, los sirvan por tiempo de tres años, mas, o menos el que fuere nuestra voluntad...". *Rec Indias*, III, 3, 71, arrancando de provisión del Emperador en Bruselas a 10 de marzo de 1555.

557. "... por tiempo y espacio de tres años más o menos el que fuere mi voluntad para que las rijais y gouerneis y en mi nombre podais hacer y hagais las satisfacciones gracias mercedes y las demas cossas que os esta permitido conforme a lo que esta dispuesto y ordenado sobre ello y probeer todos los cargos de Governacion y justicia...". Año 1648. AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fols. 18 y ss.

nos el que fuere mi voluntad". En algún momento se solicitó que en ningún caso estuvieran los virreyes más de doce años⁵⁵⁸. Como es natural, los plazos pudieron acortarse por renuncia del propio Virrey, aunque alguna vez no fuera aceptada aquélla⁵⁵⁹. Las diferencias de duración del mandato fueron registradas por la doctrina, en especial, por Solórzano, quien sólo parece debió desconocer la fecha en 1629, como iniciadora de la trienalidad, atribuyendo la variación habida a una "varia" de Casiodoro⁵⁶⁰.

Ya habrá podido observarse la sincronización entre Indias y los restantes territorios hispánicos en cuanto a la trienalidad del cargo. En Cataluña ya lo fue con Fernando el Católico, pero cambió después, hasta volver a serlo en 1611, con el virreinato del Marqués de Almazán, consolidándose en 1629, con el del Duque de Feria, justamente el mismo año en que el Rey Consulta al Consejo de Indias sobre la conveniencia de introducirlo en América, y lo hace así. En Mallorca, una Consulta del Consejo de Aragón de 11 de septiembre de 1645 declara que el cargo por costumbre era trienal⁵⁶¹, y según Marongiù también lo era el virreinato napolitano, por más que la costumbre no se observara, pues podía revocarse en todo momento⁵⁶².

558. Así, en la carta al R. del capellán Fr. Pedro Juárez de Escobar sobre el buen gobierno de las Indias, sin fecha, se pide que los Virreyes no estén más de doce años, y los oidores, alcaldes de corte y demás oficiales, como fiscal, tesorero, contador, factor, veedor, etc., más de seis, siendo al final visitados, "porque pasado aqueste tiempo ellos quedan remediados y aun con usura pagados si algo se les deuia y siempre de ay adelante suelen yr declinando de aquel vigor y virtud conque entraron...". AGI, Patronato, leg. 171, núm. 2, ramo 1.º. También en Valencia el Consejo de Aragón se lamenta en 14 de noviembre de 1693 que se prorrogara el mandato al Marqués de Castel Rodrigo sin consultar. ACA, C. de A., leg. 1.

559. Don Martín Enríquez pide en 20 de marzo de 1576 que se le tome residencia y se le dé licencia para volver, siendo el decreto recaído: "no ay que responder". AGI, Méjico, leg. 19, ramo 5.

560. SOLÓRZANO, *Política*, lib. III, tít. 3, 1.71, habla de la Cédula de Bruselas de 1555 y de lo relativo al Príncipe de Esquilache en 1620, y finalmente, de un Decreto real de 1635.

561. "Estos cargos de lugarteniente y capitan general conforme la costumbre son trienales". Consulta del Consejo de Aragón, de 11 de septiembre de 1645. ACA, C. de A., leg. 943.

562. "... di solito, triennale...". MARONGIÙ, *op. cit.*, pág. 355.

Algunos problemas que se ofrecieron en la Corona de Aragón no se dieron en Indias, tales como el cese de la jurisdicción virreinal por fallecimiento del Monarca, y que tan graves problemas planteó, especialmente en Cataluña⁵⁶³. Otros problemas, como el del momento en que cesaba el mandato, fueron comunes. Para Carrasco del Saz, desde que el nuevamente nombrado llegaba a las costas del Perú, era nulo lo que hiciera el anterior, mientras Solórzano parece inclinarse a la otra opinión, sobre todo, porque lo examina a la vista del juramento⁵⁶⁴. En alguna ocasión, el Virrey del Perú saliente fue autorizado para esperar a su sucesor en el puerto de Payta o de Panamá, dejando la Ciudad de los Reyes y encargando a la Audiencia de la gobernación, a fin de que no perdiera la embarcación y hubiera de permanecer un año más⁵⁶⁵.

Por lo que se refiere a la extensión, ya se ha dicho que hubo una gran inseguridad en cuanto a los límites de los virreinos⁵⁶⁶. Esta inseguridad se incrementó con la erección de nuevos virreinos en el siglo XVIII, con frecuentes contiendas entre las Secretarías de los de Nueva España y del Perú, como la existente sobre los Territorios del Río Orinoco, Cumana, e islas de la Trinidad y Margarita, que, agregadas al Virreinato de Santa Fe, se entendió injustificado en Nueva España por no haber formado parte de Venezuela o Caracas⁵⁶⁷. Por lo que se refiere a Filipinas, prácticamente fue gobernada desde el Virreinato de Nueva España^{567 bis}.

563. Vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 164 y ss. Para Cerdeña, vid. DEXART, lib. III, tit. I, cap. VI, núm. 15, según el cual el oficio de Virrey y Presidente no se extingue por muerte del Rey, según se observó a la muerte de Felipe III, continuando el Conde de Eril, que después prorrogó el nuevo Monarca.

564. Vid. SOLÓRZANO, *op. cit.*, en nota 266, lib. V, cap. XIV, núms. 1 a 23.

565. Madrid, 20 de mayo de 1620 AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 43.

566. Vid. nota 479.

567. Año 1748. AGI, Ind. Nueva España, leg. 98.

567 bis. Miguel López de Legazpi ostenta el título de gobernador y capitán general de las islas de Poniente, dado por D. Luis de Velasco, cuya confirmación pide, y en una Memoria de los capitanes conquistadores se pide en cuarto lugar que se confirmen y perpetúen los oficios dados por aquél como virrey y capitán general de Nueva España. CDU, tomo 3, doc. 45. Melchor de Legazpi no pide para su padre ningún virreinato, sino las islas de los Ladrones con título de Adelantado y 2 200 ducados de salario, "y que

La remuneración.

Como ya se indicó, la instauración del Virrey indiano se realiza dotándole económicamente mucho mejor que a los otros virreyes hispánicos, pues a Antonio de Mendoza se le otorgan 3.000 ducados anuales por cada uno de los cargos de Virrey y Presidente de Audiencia, que significan 6.000 ducados, independientemente de los 2.000 que se le confieren para el sostenimiento de la guardia ⁵⁶⁸, mientras que en esa época, en Cataluña, por ejemplo, al Virrey se le asignan 2.000 ducados de salario, más otros 2.000 como "ayuda de costa", que hoy denominaríamos gratificación, pagándose la guardia directamente por el Rey ⁵⁶⁹. El virrey catalán no gana, pues, sino dos tercios de lo que el indiano, pero esto en cuanto a percepción de hecho, no debiéndose olvidar que la proporción se reduce a un tercio cuando se considera desde el punto de vista de salario, cuya fijeza era mayor que la de la "ayuda de costa". El que el pago de la guardia se hiciera por el Virrey indiano asignán-

esto se entienda con jurisdicción civil y criminal y asimismo se le de título de gobernador y capitán general de las dichas yslas". Año 1569, CDU, doc. 46.

En 5 de noviembre de 1573, Martín Enríquez escribe al Rey: "En lo de las islas de poniente por estar tan apartadas y lo de allí no asentado sería necesario que V.M. diese la orden que avia de aver muriendo el que gobernase hasta que V.M. le mandare dar sucesor", a lo que añade: "no creo que ay mucho que es cojer". AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4. En 1574, el mismo Virrey es el que informa al Rey de que los chinos llevan cosas baladíes y se llevan oro y plata, aconsejando persona que gobierne, y el Rey decreta que por los despachos que se envían verá cómo hay proveída persona "a la qual aduierta de estos ynconvinientes y le de instrucciones de lo que le paresciere como se le escribe por otra". (Loc. cit.)

En 1586 es el Virrey de Nueva España el que provee a la defensa y el comercio. A través de carta de aquél en 19 de abril de 1582 se ve que cuando el capitán Gabriel de Ribera formula sus agravios con el gobernador Gonzalo de Ronquillo, lo hace a través suyo (AGI, Méjico, leg. 20). En carta del Virrey Conde de La Coruña, en 12 de enero de 1582, puede verse cómo el Virrey y los oidores platican sobre el gobierno de las Filipinas, oponiéndose, precisamente, a la instauración de una nueva Audiencia, pues opinan que en todas las islas no pasan de mil los españoles "y para tan pocos, y ser la tierra tan nueva" sería mucho un regente y oidores. (Loc. cit.)

568. Vid. nota 230.

569. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 232 y ss.

dole una cantidad para ello, mientras que el catalán no intervenía en absoluto, pudo ser una ventaja también, en el supuesto de que no agotara la asignación. Aún hubo otros virreyes peor pagados que el catalán, como el mallorquín, según luego se dirá. Con el que quizá no hubo situación de superioridad en el indiano, sino en algún momento inferioridad, es con el napolitano, que, según Martínez Ferrando, estuvo espléndidamente pagado, con 6.000 ducados de salario y 4.000 de "subsidio y adjutorio", además de la atribución de 50 continuos o pajes⁵⁷⁰.

Al haber del virrey indiano, concretamente al de D. Antonio de Mendoza, hay que añadir la exención de almojarifazgo⁵⁷¹, lo que supone una patente de contrabando o unos derechos de baratería de gran extensión. Desde el punto de vista de la Corona, para la primera época hay que tener en cuenta los gastos que la suponen la liquidación de la institución virreinal capitulada. Todavía en 1540 se le ofrece a Cristóbal Colón, el segundo hijo de la "virreina", la gobernación de una de las dos islas de Guadalupe o de Santo Domingo, para él y un heredero, con un salario de la quinta parte del provecho obtenido, si no excediera de 1.000 ducados, integrados por 500 de salario y 500 de ayudas de costa, más los derechos del alguacilazgo y otras mercedes⁵⁷².

Al instaurarse la institución virreinal en el Perú, se considera que el cargo hay que dotarlo mejor económicamente que en la Nueva España, dada la diferencia del precio de los artículos en uno y otro lugar, y el que el Virrey no tendría servicio de indios para la leña, el agua y la leña, y otras cosas permitidas a D. Antonio de Mendoza en Nueva España. Estas consideraciones mueven al Consejo de Indias a proponer en 19 de marzo de 1543 un salario de 4.000 ducados por cada uno de los cargos de Virrey y Presidente de Audiencia, 2.000 como "ayuda de costa", y otros 2.000 para el pago de diez alabarderos, lo que suponía doce mil

570. JESÚS ERNESTO MARTÍNEZ FERRANDO, *Privilegios otorgados por el Emperador Carlos V en el Reino de Nápoles*, Barcelona, 1943, Prólogo, XII.

571. Madrid, 5 de mayo de 1535. PÉREZ BUSTAMANTE, op. cit., pág. 146.

572. AGI, IG, leg. 737.

ducados en total ⁵⁷³, aunque de ellos 2.000 tenían una asignación determinada.

En la práctica, los salarios debieron ser superiores. En Nueva España, don Antonio de Mendoza parece que disfrutó de 4.000 ducados de ayuda de costa, y que su salario se estimó en 8.000 ducados, computando seguramente los 2.000 concedidos para la guardia. En el Perú, Francisco de Pizarro disfrutó de 725.000 maravedíes y 1.000 ducados de ayuda de costa, siendo 5.000 ducados el salario del Licenciado Vaca de Castro y de Vasco Núñez de Vela, variando la ayuda de costa, que fue de 3.000 en el primero, pero de 4.000 en el segundo. Si 5.000 ducados era el salario por uno de los cargos, como hay que suponer, la acumulación del virreinato y al presidencia de la Audiencia en una mano significaría en el Perú un salario de 10.000 ducados, que con 4.000 de ayuda de costa se elevaría a 14.000, amén de la asignación para la guardia ⁵⁷⁴.

En 1550, el salario del Virrey de Nueva España, a creerle a él, es insuficiente para compensar el trabajo que irroga, sumiéndole en un estado de pobreza ⁵⁷⁵. Ese salario es, sin embargo, superior en 2.000 ducados al que había disfrutado D. Antonio de Mendoza, es decir, que se eleva entonces a 10.000 ducados, sin perjuicio siempre de las ayudas de costa, etc., si bien su concesión se realiza con la prohibición de no tener granjería, ni servicio de indios, condición esta última que, como se sabe, había determinado un mayor salario en el Virrey del Perú. En 25 de febrero de 1552, D. Luis de Velasco, que es el Virrey, expone la necesidad, aun a riesgo de parecer importuno, de que se le aumente el salario o se le haga otra merced, pues tiene a su mujer e hijos necesitados, acusando el golpe que supone la privación de la granjería ⁵⁷⁶. En 31 de marzo del mismo año, el Consejo de Indias hace relación al Rey de la petición de D. Luis de Velasco, y propone 2.000 ducados de ayuda

573. Loc. cit.

574. Así en unos borradores del Consejo de Indias, AGI, IG, leg. 855.

575. "... y la poca ayuda, y con el salario que Su Magestad me manda dar no me puedo sustentar, que estoy pobre y no con tanta salud como es menester para sufrir los trabajos del cargo". Del Memorial de D. Luis de Velasco en 1550, de cosas para tratar con el Emperador, con el Rey, en su ausencia, o con el Consejo de Indias. AGI, Sec. 5.^a, leg. 1254, Aud. Méjico.

576. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 1.

de costa anuales, dado que el Virrey desea llevarse a su mujer, doña Ana de Castilla⁵⁷⁷. En 1556 consta que D. Luis de Velasco sigue percibiendo 10.000 ducados como salario, aunque la ayuda de costa ha subido a 5.000 ducados⁵⁷⁸.

En el Perú, como se ha dicho, aunque el Consejo de Indias ha propuesto 4.000 ducados para cada uno de los cargos, D. Blasco Núñez de Vela ha disfrutado ya de 5.000 ducados, es decir, 10.000 entre los dos, además de 4.000 como ayuda de costa, más, por tanto, que el de Nueva España, en su misma época. En 1555, cuando el virrey de Nueva España está percibiendo todavía 10.000 ducados, la remuneración del Perú experimenta un aumento insospechado, pues alcanza nada menos que la cantidad de 40.000 ducados, en la persona del Marqués de Cañete, y lo más extraño aún es que sea Felipe II, muy avaro con los funcionarios, el que "motu proprio" señale esta cantidad, superior a la de 32.000 ducados que pedía el mismo Marqués de Cañete en sus conversaciones con el Marqués de Mondéjar y Juan Vázquez, justificándolo en base a la calidad de la persona del Virrey y a la época y coyuntura en que había de servir⁵⁷⁹. Este salario de 40.000 ducados es el que recoge la Copulata, con la exclusión de granjería⁵⁸⁰, y consta que además del Marqués de Cañete lo recibió el Conde de Nieva, éste con un suplemento de 8.000 ducados de ayuda de costa⁵⁸¹.

Dada la relativa rigidez del salario, los Virreyes recurren constantemente a las "ayudas de costa" o a otras compensaciones. Don Martín Enríquez, virrey de Nueva España, al abandonar el cargo en 1574, expone que tiene tres hijos que se mueren de hambre, y

577. AGI, IG, leg. 737.

578. Méjico, 12 de abril de 1556. Loc cit.

579. A la propuesta del Consejo, el Rey dijo que "se le creciesen a quarenta mil ducados". Con respecto a la proporcionalidad con otros virreyes se habla de "mas cumplidamente aviendo rrespeto a la calidad de su persona y al tiempo y coyuntura en que va a seruir". Consulta del Consejo de Indias, de 16 de enero de 1555, en AGI, IG, leg. 737. La remuneración de los 40.000 ducados no se tenía por excesiva, "especialmente que no podrá dexar de tener noticia que se deua los dichos quarenta mill ducados a otros", pero esta última frase no debía referirse a los virreyes indianos.

580. Copulata, libr. II, tit. III, núm. 42.

581. Loc. cit. en nota 574.

pide para uno de ellos la encomienda mayor de Alcántara⁵⁸². En 1586, el Marqués de Villamanrique solicita la misma ayuda de costa de 4.000 ducados que solicitó D. Martín Enriquez⁵⁸³, insistiendo en ella en 1589, por entender que si a aquél se le había concedido por lo bien que sirvió en la batalla de Juan Aquines, su voluntad y lo que había servido no merecía menos merced, habiendo obedecido aunque no se lo resolvieron, esperando que lo harían. El Virrey alega la subida de precios y expone cómo ha de emplear su hacienda para mantener su representación, concluyendo también por pedir una encomienda para él o para su hijo⁵⁸⁴.

El salario consagrado en la legislación recopilada, que arranca de 1614, una de las fechas trascendentales, como se sabe, en la evolución de la institución virreinal, es de 30.000 ducados en el Perú, y de 20.000 ducados en Nueva España, abonándoseles seis meses en concepto de viaje de ida y otros seis como viaje de vuelta⁵⁸⁵. No pagan fletes⁵⁸⁶, y tienen exención de derechos hasta 8.000 ducados anuales⁵⁸⁷. También se consagra en la legislación recopilada la exención del almojarifazgo⁵⁸⁸.

Independientemente del salario, y como en la época anterior, sigue percibiéndose suplementos, como se ha visto en lo que se refiere al abono del salario de los viajes. Al Príncipe de Esquilache consta habersele acreditado 30.000 ducados, que suponían 11 cuentos, más 250.000 maravedíes, desde que se hiciera a la vela en San Lucar de Barrameda o Cádiz, para poderse mantener con la autoridad que correspondía⁵⁸⁹. Los seis meses de ayuda de costa para volver a España consta también haberse entregado al Marqués de Guadalcazar en 1628⁵⁹⁰.

582. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

583. AGI, Méjico, leg. 20.

584. Del Virrey al Rey en 16 de diciembre de 1589. AGI, Sección 5.^a, leg. 1.254. Aud. de Méjico.

585. Rec. Indias, III, 3, 72.

586. 19 de julio de 1614, en Rec. Indias, III, 3, 8.

587. 14 de julio de 1614. Rec. Indias, III, 3, 10.

588. 22 de agosto de 1620. Rec. Indias, III, 3, 14.

589. "... porque se pueda sustentar con la autoridad que couiene". AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 7.

590. El Pardo, 16 de enero de 1628. AGI, leg. 512, reg. 1, fol. 69.

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo xvii, los Virreyes indianos han debido de soportar gran número de cargas. El Conde de Alba, a quien se le asigna como Virrey de Nueva España, en 1649, 20.000 ducados, equivalentes a siete cuentos, más 500.000 maravedíes, da seguridad de pagar la media annata en la Caja de Méjico⁵⁹¹, y esta media annata supone 5.000 ducados en plata doble, amén de un tercio del salario “por los aprovechamientos si se ajustare tenerlos” y 7.820 maravedíes de plata por los esclavos negros⁵⁹². El Conde de Cañete, que muere durante su viaje al Perú en 1697, y que tenía 30.000 ducados desde el momento de hacerse a la vela en Cádiz o Sanlúcar, como se ha dicho, había “servido” con 130.000 pesos, a título de donativo para atender a las necesidades de la Monarquía⁵⁹³. En 1679 se exhortó a los Virreyes, Deanes y Cabildos a concurrir para ayudar a los gastos de casamiento del Rey con María Luisa⁵⁹⁴, pidiéndoles también un año más tarde para la beatificación y canonización de Francisco Jiménez de Cisneros⁵⁹⁵.

Los salarios experimentan una nueva fijación en virtud de un Decreto y Reglamento de 11 de marzo de 1776, asignándose 60.000 pesos al Virrey de Nueva España, y 60.500 al del Perú⁵⁹⁶, pudiéndose comprobar que subsiste la diferencia entre un virreinato y otro, aunque esa diferencia se ha reducido en relación a épocas anteriores. Por lo que se refiere al Virrey de Nueva Granada, se le asignan 40.000 pesos⁵⁹⁷, lo que da idea de su condición inferior. Una Real Cédula de 31 de marzo del mismo año suprime el abono de los seis meses de ida y vuelta⁵⁹⁸. Smith, que da también el dato

591. AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fol. 22

592. Loc. cit., fols. 23 y ss.

593. El Conde de Cañete, que iba a sustituir al Conde la Monclova, había servido con los indicados pesos “por via de Donatuo en atención a las necesidades presentes de la Monarquía”. Los seis meses de viaje importaban 20.109 pesos y 3 reales. AGI, Lima, leg. 91.

594. “...considerando cuan propio es de vuestro puesto y obligaciones...”. Madrid, 2 de agosto de 1679. MUÑOZ, *Cedulario...*, doc. 16.

595. Ced. de 8 de marzo de 1680. Op. cit. doc. 43.

596. AYALA, op. cit., nota a Rec. Indias, II, 15, 3.

597. Vid. AYALA, op. cit., nota a Rec. Indias, II, 3, 8.

598. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 785.

de los 60.000 pesos en Nueva España, cree que debió haber gran corrupción, basándose en Humboldt y Desdevises de Dezert, quedando el consuelo de que la situación no fue tan mala si se la compara con la habida bajo el dominio inglés, cuyos gobernadores, por otra parte, cobraban mucho menos que el virrey español⁵⁹⁹.

Los citados salarios no experimentaron variación hasta la extinción de la institución, pero hubo propuesta por parte del Consejo de Indias en 1802 consistente en suprimir algunos virreyes y en bajarles el sueldo a todos, propuesta que no llegó a prosperar por ordenar el Monarca que no se innovara nada⁶⁰⁰.

En resumen, puede apreciarse cómo el salario de los Virreyes fue aumentando en cuanto a valor absoluto, aunque esto no quiere decir que también lo hiciera proporcionalmente, pues los aumentos parecen, en general, una acomodación del salario a los nuevos precios. Estos precios, y la ausencia de algunas ventajas complementarias justificaron un mayor salario en el Virrey del Perú respecto al de Nueva España, cuya diferencia se fue reduciendo progresivamente a medida que esas ventajas complementarias desaparecieron. Otros virreïnatos, como el de Santa Fé, fueron dotados económicamente en forma inferior, quizá por su novedad y menor importancia.

Si los virreyes indianos estuvieron largamente recompensados, es cuestión que no se puede contestar categóricamente. Desde luego, hay que pronunciarse por la afirmativa si se les compara con los restantes virreyes hispánicos. Los catalanes se estabilizan en sólo 2.000 ducados de salario y 2.000 de ayudas de costa, a lo que añaden 1.020 para el pago de la guardia, en la que anteriormente no han intervenido, no consiguiendo sino ayudas de costa del orden de los 980 ducados, todo ello en épocas en que los indianos están percibiendo 20.000 y 30.000 ducados, con ayudas de costa del orden de los 4.000 o los 8.000 ducados. Si en Mallorca, el sueldo no llega a los 2.000 ducados, con ayudas de costa de 1.000, y sólo en 1644, al nombrarse a D. Jusepe de Torres se eleva el salario a 3.000, que también se concede en 1646 al Conde de Montoro,

599. SMITH, *op cit.*

600. "... y revajarles el sueldo a todos los Virreyes...". AYALA, *op cit.* nota a la Rec. Indias, II, 16, 6.

pero sin constituir precedente a alegar, o, como entonces se decía, "ejemplar" ⁶⁰¹, y 4.000 ducados de renta fue lo que dejó el aludido Virrey Torres como viudedad, que fue transpasada a la cuñada de la viuda al hacerse ésta capuchina ⁶⁰². Si se atiende a lo que ganaban los demás magistrados y oficiales, así como los particulares también hay que responder categóricamente en sentido afirmativo. Un gobernador y capitán general en Nicaragua, como Rodrigo Contreras, ganaba 1.500 ducados ⁶⁰³, y un Presidente de la Audiencia de la Española en 1555, como fue el licenciado Maldonado, ganaba 2.500 ducados entre salario y ayuda de costa ⁶⁰⁴. En boca de un personaje de la escena, se destaca que Lima sostiene un virrey con una asignación que equivalía a las rentas de todos los mayorazgos del Cuzco ⁶⁰⁵.

Sin embargo, no todo debió tener color rosado para estos magistrados. Sus lamentaciones son frecuentes, aunque también hay que suponer que muchas de ellas estuvieron inspiradas por la codicia, defecto que les debió ser innato. No obstante, sus cargas debieron ser pesadas, especialmente en la segunda mitad del siglo xvii, que es, por otra parte, cuando habían conseguido mayor salario, y sus gastos de representación debieron ser cuantiosos. De que su situación económica no debió ser muy brillante, puede ser un indicio el que en 1686 hubiera de recordarse la vigencia en Indias de una ley recopilada castellana, que prohibía el anticipo del salario ⁶⁰⁶. La elevación de precios en Indias debió ser intensísima, y sin comparación con la experimentada en la Península Ibérica, a lo que hay

601. Consulta del Consejo de Aragón de 29 de octubre de 1650, en ACA, C. de A. leg. 943.

602. Al Conde de Montoro se le dio el sueldo de dos meses que estuvo en Valencia sin poder embarcar. Consulta del Consejo de Aragón, de 10 de enero 1647. Loc. cit.

603. Codoin AGI, tomo 41, pág. 526.

604. AGI, IG, leg. 737.

605. "... debía Vd. observar que en esta gran capital se mantiene un virrey con grandeza y una asignación por el Rey que equivale a todas las rentas que tienen los mayorazgos del Cuzco. Tiene asimismo tres guardias costeadas por el Rey de caballería bien montada; infantería y alabarderos...". CONCOLOCORVO, *El Lazarillo de ciegos caminantes*, París, 1938, pág. 34.

606. Céd. de 6 de marzo de 1686, recuerda vigencia Nuev. Recopilación de Castilla, tomo 3, lib. 8, tit. 26, l. 5. MURO, op. cit., doc. 159.

que agregar que los Virreyes fueron pagados, por regla general, en moneda, seguramente depreciada, sin conseguir serlo en oro ⁶⁰⁷, ni en plata ⁶⁰⁸.

Los honores.

A la titulación de “almirante, virrey y gobernador” de la institución virreinal capitulada ⁶⁰⁹, y a la de “lugarteniente general y gobernador” de la desarrollada en Castilla de Oro ⁶¹⁰, sucede la de “virrey y gobernador, presidente de la Audiencia y Capitán General” ⁶¹¹. El tratamiento honorífico que debe corresponder al cargo, pese a su importancia, es el de “Señoría”, común a todos

607, El Conde de Nieva dice que es cierto que ha proveído que los salarios de los comisarios, el suyo y el de los oidores, se pague en oro, habiéndolo encontrado ordenado así por D. Antonio de Mendoza y el Marqués de Cañete. AGI, Lima, leg. 28 A.

608. D. Martín Enríquez dice al Rey en 24 de octubre de 1575 que la orden de que ninguna paga se hiciese sino en reales, fue debido al exceso que hubo en algunas personas particulares “escogiendo plata Refina para pagarles lo que V. M. mandava y era desflorar la plata y tener menos valor que aca dava porque al tiempo de la venta en Sevilla una con otra tiene mejor salida”. Indica que ha dado orden de que ni a Virrey, oidores, alcaldes, ni a otras personas “a quienes parece se tiene algun Respeto no se les aga la plata sino en Reales, y que a los demas no auiendo Reales se les pueda hazer en plata”. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 5.º.

609. En 1511, el Rey se dirige a “Don Diego Colon nuestro Almirante Visorrey y governador de la ysla española y de las otras yslas que fueron descubiertas por el almirante vuestro padre y por su industria”. Dirigiéndose a los Oficiales de la Casa de Contratación se habla de “almirante de castilla y de granada nuestro visorrey y governador destos Reynos”. AGI, IG, leg. 420, reg. 2, fol. 3 vº.

610. “pedrarias de avila nuestro lugarteniente general en castilla del oro”. (AGI, IG, leg 420, reg. 2, fol. 54) “nuestro lugarteniente general y governador en castilla del oro” (loc. cit., fol 63). Vid. el título de Gobernador y Capitán General de Nicaragua de 1 de junio de 1527, en Codoin AGI, tomo 40, pág. 252: “... quedando vos por Nuestro Gobernador e Lugar-Teniente general de Tierra Firme llamada Castilla del Oro...”.

611. “Yo don Antonio de Mendoça visorrey e governador por su majestad en esta nueva españa e su presidente de la Audiencia e Chancilleria Real que rresyde en esta ciudad de mexico”. Año 1539.

“Don Gaspar de Çuñiga y Azeuedo conde de Monte Rey señor de las cassas y estado de biezma y ulloa Vi Rey Lugarteniente del Rey nuestro

los virreyes hispánicos⁶¹². No obstante, estos Virreyes empiezan a recibir un tratamiento, que en muchas ocasiones les corresponde más en razón a su propia persona que al cargo que ostentan. Resultando así que, como recoge Miguel de Cortiada, si los virreyes y lugartenientes generales son duques o marqueses son llamados "Ilustres"; si condes, "Egregios", y si no, "spectables", que es sinónimo de señoría⁶¹³, puede llegar un momento en que la titulación personal se convierta en funcional, de lo que es un ejemplo Cerdeña, donde según el testimonio de Dexart, son llamados "señoría" hasta D. Miguel de Moncada, que introduce el de "Ilustrísimo", para concluir con el tratamiento de "Excmo.", desde el Duque de Gandía⁶¹⁴. Aunque no en forma muy clara⁶¹⁵, una transcendental Pragmática "de urbanitatis" pareció consagrar la atribución al permitir el tratamiento, si bien sin imponerlo⁶¹⁶. En In-

Señor su gouernador y capitan general en esta nueua españa y presidente de la Audiencia Real que en ella reside". Año 1599.

"Don Diego Fernandez de Cordoua Marques de Guadalcazar Virrey Lugartheniente del Rey Nuestro Señor Gouernador y Capitan general desta nueua españa y Presidente de la Audiencia y Chancilleria Real que en ella rreside". Año 1619.

El Secretario del Perú en 1697 dice: "Excmo. Sr. Conde de la Moncloua mi Sr. Virrey, Gouernador y Capitán General destos Reynos del Peru, Tierra Firme y Chile..".

612. Para Cataluña, vid. LALINDE, op. cit., pág. 223. Según DAMETO, op cit., tomo I, pág. 88, entre los Senadores había tres clases: "primi senatores, dicuntur illustres; sc̄cundi, spectabiles; tertii clarissimi", y el título con el que los Reyes honraban a los Virreyes de Mallorca era el de "Spectable".

613. MIGUEL DE CORTIADA, *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae sive Praxis contentionum et competentiarum Regnorum inclytae Coronae Aragonum super reciproca inter laicos et clericos Iurisdictione*, Lyon, 1699, dec. 247, núm. 17.

614. DEXART, op. cit., libr. III, tit. 1, núm. 12

615. La Pragmática de 1611 prohibió el tratamiento de Excelentísimo a los que no fueran Grandes, si bien el Consejo de Aragón pidió se arbitrara algún medio para que los Virreyes de la Corona fueran honrados con ese título mientras gobernaran. Consulta del Consejo de Aragón de 18 de mayo de 1623. ACA, C. de A. leg. 1.

616. Vid. CRESPI, op. cit., obs. I, núm. 232. En la pragmática de urbanidad, dice el autor valenciano, se instituyó que los Virreyes de Aragón, Valencia y Cataluña pudieran ser tratados de Excelencia, pero como fue

días se empleó como en los demás sitios, y así lo recoge Solórzano⁶¹⁷. En el siglo XVIII, y en virtud de R. D. de 5 de enero de 1786, como Capitanes Generales hubo de ponérseles el "Excmo." al principio del escrito y en la antefirma⁶¹⁸.

El Virrey indiano tiene derecho a una guardia, como ya se ha mencionado al tratar de la remuneración. Revilla-Gigedo, citado por Smith, atribuye la creación del Cuerpo de Alabarderos al año 1568⁶¹⁹, pero, en realidad, nace con el virreinato. A D. Antonio de Mendoza se le asignan en 1535 2.000 ducados para 20 alabarderos, un capitán y 10 escuderos⁶²⁰, elevándose el número de aquéllos a 24 en el año citado por Revilla-Gigedo⁶²¹. Por lo que se refiere al Perú, también al crearse la institución virreinal se le asignan a Blasco Núñez de Vela 2.000 ducados para 10 alabarderos⁶²². En la legislación recopilada, y arrancándose, al parecer, del mismo año citado por Revilla-Gigedo, al Perú se asignan un capitán y 50 alabarderos⁶²³, aunque la realidad es que el Marqués de Cañete ya tuvo ese número de alabarderos, amén de 70 lanzas y 30 arcabuceros, verdadero ejército que el Conde de Nieva redujo a 24 alabarderos, 40 lanzas y 20 arcabuces⁶²⁴. El Consejo de Indias en 1555 ya insistió en la conveniencia de que el Virrey del Perú dispusiera de 50 hombres de a caballo y 50 soldados de a

permitida la potestad o facultad y no impuesta la necesidad, se dudó si el Rey, sin derogación de la Pragmática, podía ordenar a algún prócer de los nobles valencianos y a su mujer, que trataran por tal título al Virrey. Hecha la consulta, el Rey decidió que fuera así mandado y deducida la debida ejecución. Sobre el tratamiento de "primo", MARONGIU, op. cit., página 354, dice que no eran príncipes reales, sino que se les dio por estar investidos de una orden caballeresca.

617. SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XII, núms. 52-57.

618. Ref. en un borrador del Consejo de Indias, en AGI, IG, leg. 855.

619. "... como el primer cuerpo de este Reino, así por el objeto de su instituto, como por su antigüedad". SMITH, op. cit., pág. 127, nota 10, que dice que se componía de un capitán, un subteniente, tres cabos y veinte alabarderos.

620. Copulata, II, 3, 10.

621. Id. II, 3, 11.

622. Id. II, 3, 14.

623. Rec. Indias, III, 3, 68.

624. Carta del Conde de Nieva al Rey en 26 de abril de 1571. LEVILLIER, op. cit., tomo I, pág. 376.

pie para su guarda y acompañamiento, en tanto el de Nueva España tuviera 20 de a caballo y 20 soldados ⁶²⁵. La guardia de alabarderos, por lo de más, es común a todos los virreinos, como puede verse, por ejemplo, en el catalán, donde se inaugura en 1539, con el nombramiento del Marqués de Lombay ⁶²⁶.

Por lo que se refiere a las armas como distintivo, las Instrucciones dadas, por ejemplo, al Marqués de Falces y a D. Martín Enríquez, fueron las de que debían ser las reales las que figuraban en el guión ⁶²⁷, y Solórzano cita un capítulo de carta de 1583 por el que se les prohibió llevar el "guión", permitiéndoselo después, pero no poniendo sus armas, sino las reales ⁶²⁸. En lugar oportuno se indicó que esto respondía bien al carácter de representante personal del Monarca.

Los honores del Virrey indiano comienzan ya antes de iniciar el viaje a su destino, como puede verse en la orden dada al Conde de Olivares, Alcaide de los Alcázares de Sevilla, para que en 1614 aposentara al Príncipe de Esquilache, haciéndolo en los aposentos exteriores, en lugar de hacerlo en los interiores como anteriormente ⁶²⁹, lo que se consagró en la legislación recopilada ⁶³⁰.

Continúan en el viaje los honores, toda vez que en la misma fecha se consagran legislativamente su carácter de Generales de la Armada ⁶³¹, extremo que también recoge la doctrina, pues Solór-

625. "... que convenia para que los Visorreyes de la nueva españa y el peru estoviesen con autoridad que el del peru toviese cinquenta onbres de acauallo y cinquenta soldados de a pie para su guarda y acompañamiento...". AGI, IG, leg. 737.

626. Vid. LALINDE, op. cit., pág. 225.

627. Copulata, II, 3, 8.

628. SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XII, núms. 49 y 50.

629. 27 septiembre 1614. AGI, IG, leg. 512, fol. 28 vº.

630. Rec. Indias, III, 3, 7. Arranca la legislación de 19 de julio de 1614.

631. Rec. Indias, III, 3, 11. Arranca de 19 de julio de 1614. El Virrey de Nueva España dice al Rey en 16 de diciembre de 1582 que los navíos de aviso que vuelven con la nueva de la llegada de la flota los designaban los Virreyes "y el general", y que de algunos años a esa parte lo hacían los Jueces oficiales de Sevilla, concertando acuerdo con los maestros que habían de volver. El Virrey dice que por no saberse como llegarían los navíos, se entendía mejor hacerlo en puerto, y concluye: "Hasta que V. M.

zano registra la facultad de gobernar las Flotas o Armadas en que se embarcan⁶³². De conformidad con la legislación recopilada, que arranca en esta cuestión de 1620, el General Almirante, los Capitanes, Maestres y Dueños de navíos tienen que reconocer por superior en el mar del Sur al Virrey que pase de Nueva España al Perú, estando obligado a abatir los estandartes y banderas, disparar, salvar y obedecer sus órdenes en cuanto no significara cambio de derrota⁶³³.

Un oidor o Alcalde de las Audiencias de Lima y de Méjico, salen, respectivamente, hasta determinados lugares para recibir al nuevo Virrey⁶³⁴. Lo costoso de las recepciones obliga a introducir restricciones, las cuales se desarrollan, fundamentalmente, a partir de la segunda década del siglo xvii. No se apremia a los oficios y artes de Lima y Méjico a salir a estas recepciones⁶³⁵; se prescribe que en Portobelo no se hagan gastos para recibir a los Virreyes del Perú⁶³⁶; pese a lo practicado con el Virrey D. Martín de Mayorga, se prescribe en 1783, que en lo sucesivo el recibimiento de los Virreyes de Nueva España se realice en el Pueblo de S. Cristóbal, como se hacía anteriormente⁶³⁷, y una Real Cédula del mismo año suprime la segunda entrada pública, que tenía lugar en la capital del mismo virreinato⁶³⁸.

Llegados a su destino, las casas que les corresponden y que pudieran estar ocupadas por otros magistrados, han de ser inmediatamente desocupadas⁶³⁹. Se prohíbe que durante su mandato les

me mande otra cossa yo pienso tomar este negocio a cargo". AGI, Sec. 5.^a, leg. 1.254, A. Méjico.

632. SOLÓRZANO, op. cit., libr. V, cap. XII, núms. 52-57.

633. 22 agosto de 1620. Rec. Indias, III, 3, 16.

634. Rec. Indias, III, 3, 18. La legislación arranca de 13 de febrero de 1619.

635. Valladolid, 2 de febrero 1625. Rec. Indias, III, 3, 20.

636. 6 marzo 1618. Rec. Indias, III, 3, 17.

637. 8 agosto 1783. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 782.

638. RC. 14 marzo 1783. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 783.

Sobre recepción de virreyes, vid. CONSTANTINO BAYLE, S. I., *Los cabildos seculares en la América española*. Sapiencia, S. A. de Ediciones. Madrid (1952), cap. XV.

639. Rec. Indias, III, 3, 21. La legislación arranca de 19 de julio de 1614.

den a ellos, a sus criados y allegados, comidas, presentes, regalos o dádivas ⁶⁴⁰.

El carácter particular de los Virreyes influye, como es natural, en la naturaleza de los actos protocolarios, como lo demuestra el que al Conde de Nieva, Virrey del Perú, se ordena observar el estilo y ceremonias del Virrey D. Antonio de Mendoza, y no el del Marqués de Cañete ⁶⁴¹. En definitiva, el derecho castellano está siempre presente a falta especial de regulación, y por ello la legislación recopilada prescribe que en lo no previsto en las Audiencias se guarde las ceremonias de las Chancillerías de Castilla, previniendo una Cédula de 6 de julio de 1674 cuando habían de ser visitadas las Audiencias por los Virreyes ⁶⁴².

Uno de los problemas más delicados es el de las ceremonias en que interviene la Iglesia, y, sobre todo, la de la entrada bajo palio del Virrey. Una disposición recopilada contra gastos suntuarios, que arranca de un capítulo de carta de 1 de diciembre de 1573 procedente de Felipe II, niega la entrada bajo palio al Virrey, por entender que ello sólo corresponde al Rey ⁶⁴³. Sin embargo, es muy dudoso que esta prohibición se cumplimentara, pues una Cédula en junio de 1649 da como práctica corriente la recepción bajo palio de los Virreyes desde que se comenzaron a enviar éstos, no habiéndose prohibido sino en 1619 y 1625 por los gastos e inconvenientes que irrogaba, permitiéndose otra vez al nombrar al Duque de Escalona como Virrey de Nueva España, reduciéndose los gastos de recepción a 8.000 pesos en Nueva España, y 12.000 en el Perú por una Cédula de 1638 ⁶⁴⁴. Todo esto lo confirma Solórzano, que se refiere a la prohibición de 1571, debiendo referirse a la de 1573, manifestando que a pesar de ello se continuó y toleró, autorizándose expresamente en una Cédula de 1596, prohibiéndose en 1619, y manifestándose en 1637 que no había inconveniente, pues se hacía con los Virreyes de Nápoles y Sicilia ⁶⁴⁵.

640. Rec. Indias, III, 3, 22. Años 1619 y 1620.

641. Copulata, II, 3, núm. 5.

642. Vid. AYALA, op. cit. Nota a Rec. Indias, II, 15, 17.

643. "... solo pertenece a nuestra Real Persona". Rec. Indias, III, 3, 19.

644. AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fols. 42-43.

645. SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XII, núms. 47-48.

Según el mismo Solórzano, entrando en alguna ciudad y yendo derecho a la Iglesia mayor o Catedral, igualmente que con los Reyes, el Obispo, Dean y Cabildo salían hasta las gradas con la Cruz levantada, que quedaba en el umbral, siendo adorada por el Virrey. Un estado y sitio en medio de la Capilla Mayor con almohadas y cubierto con tapetes de seda o brocado, le estaba reservado. Se hacía mención expresa de los Virreyes en las peticiones u oraciones de la misa, y el diácono les llevaba el Misal para besarlo, leyendo el Evangelio. En audiencia pública se sentaban en tarima y debajo de dosel⁶⁴⁶. Las competencias no escasean, aún en el siglo XVIII, como la que cita Smith de Revilla-Gigedo, tomando como motivo el que la guardia personal del Virrey no debía rendir honores de Capitán General al Arzobispo, como tampoco de Gobernador de provincia, a la Audiencia⁶⁴⁷. Y como se ve, van dirigidas tanto contra el elemento eclesiástico, como contra las otras magistraturas civiles. D. Martín Enríquez, por ejemplo, no tolera que el Inquisidor disfrute en el Monasterio adonde va a Misa, de alfombra, gran almohada en la mitad de la capilla mayor con silla de terciopelo y un banco para sus oficiales, y le ordena subir al cono, o entrar en alguna capilla hasta que proveyera el Rey⁶⁴⁸. Cuando el órgano representativo de la Ciudad de Méjico solicita la regulación del sitio que ha de ocupar, el Virrey, a requerimiento de una Cédula real de 1 de mayo de 1581, informa que los oidores, alcaldes, fiscal y alguacil mayor de la Audiencia ocupan las sillas del lado del Evangelio, y los oficiales de la Real Hacienda, como son, el Contador, Factor, Tesorero y Administrador de las Alcabalas se sientan en banco frontero y al lado de la Epístola, como asimismo, y en sillas, cuando quieren asistir los Inquisidores. El Virrey ocupa el puesto central, y por ello no ve otro sitio que el que tiene la Ciudad en la Iglesia Mayor, más abajo de los asientos mencionados, en escaños próximos al altar mayor, y en

646. Op. cit., núms. 49-50.

647. Vid. SMITH, op. cit., pág. 153.

648. "... adonde ay Virrey y Audiencia no era cosa que se sufria...". De D. Martín Enríquez al Rey en 6 de febrero de 1572. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 3.

las demás iglesias, conforme a la comodidad y disposición que se deduzcan de cada una ⁶⁴⁹.

Esta regulación del sitio que cada magistratura debe ocupar se tiene también en relación al Virreinato del Perú, como consecuencia de la información que se abre en el caso anterior, testimoniando el licenciado Calderón, que en la ciudad de los Reyes, donde asistía de ordinario el Virrey, éste se hallaba en medio de la Iglesia hacia el Evangelio, con su sitial, y más adelante las de la Audiencia, con sus sillas y alfombras a los pies y almohadas. A la parte de la epístola se encontraba primero el corregidor, y después los Alcaldes, los oficiales reales y después los regidores, cada uno por su antigüedad. Una Real Cédula de 7 de junio de 1599, dada en tiempos del Conde de Monterrey, virrey de Nueva España, parece que impidió que la Audiencia colocara almohadas delante de sus asientos, además de las alfombras y sillas que para ello tenía el Acuerdo, cédula cuyo cumplimiento hubo de recordar uno de los sucesores en el Virreinato hacia 1619 ⁶⁵⁰.

Durante el gobierno del Virrey, las cuestiones del ceremonial no fueron planteadas solamente por aquél, sino también por la "virreina", como sucedió en otros territorios ⁶⁵¹. En Indias, y por Cédula de 31 de enero de 1690, se redujo la visita de las Virreinas a los conventos a dos veces por cada período virreinal, y el número de acompañantes a seis, no debiendo realizarse dichas visitas en cuaresma o adviento, días y horas en que se causara inquietud de ánimo, con aviso por anticipado y sin permitirse recibimientos, con músicas, danzas, etc. ⁶⁵².

El siglo XVIII mantuvo una posición en cierto modo inhibicionista, respecto al conjunto de ceremonias, como puede apreciarse a través de la R. O. de 19 de marzo de 1771, en que se confirmó el empleo de dosel por el Virrey en la concurrencia a Concilios, y se prescribió no se innovara en lo relativo a fiestas en la Catedral ⁶⁵³.

649. 28 de octubre de 1881. AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Audiencia de Méjico.

650. AGI, sección 5.^a, leg. 1.254, A. de Méjico.

651. Para Cataluña, vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 231-232.

652. Cédula de 31 de enero de 1690. MURO, *op. cit.*, doc. 256.

653. BELEÑA, *Recopilación*, tomo I, último foliaje, núm. 784.

II

LA INTEGRACIÓN EN EL ORDEN NORMATIVO Y POLÍTICO

El Virrey y la legislación.

La legislación indiana se caracteriza por emanar del Rey sin colaboración de ningún órgano, salvo la meramente consultiva de los Consejos⁶⁵⁴, lo que la hace ser muy abundante, y, además, el ser, fundamentalmente, “dirigida”, es decir, estar destinada, más que a la población, a las magistraturas para su cumplimiento. Aunque formalmente se diferencien de las Instrucciones, a las que se aludirá luego, materialmente no existe diferencia en gran número de ocasiones.

Dada esta condición de legislación “dirigida”, el Virrey se encuentra como uno de los polos absorbentes de la misma, siendo el otro polo la Audiencia. Si las Reales Cédulas hablan en particular el Virrey, sólo a éste compete su cumplimiento, en tanto si se dirige a Virrey y Audiencia, corresponde a todos, no siendo el Virrey o Presidente sino un voto⁶⁵⁵. Siendo negocios de gobierno, sólo entendía el Virrey y Presidente de la Audiencia, aunque las disposiciones fueran dirigidas al Presidente y Oidores⁶⁵⁶.

Siendo el Virrey uno de los polos de absorción de las disposiciones legislativas para su cumplimiento, recibe, incluso, aquéllas que tienen carácter internacional, como son los tratados de paz, como puede verse en la remisión que en 6 de julio de 1679 se hace del de Nimega a los Virreyes de Perú y Nueva España, para proceder a la publicación⁶⁵⁷.

Por la misma condición apuntada de “dirigida”, la disposición normativa se entiende un poco reducida a la magistratura a la que se envía, desvaneciéndose el carácter intertemporal que la norma

654. Vid. ALFONSO GARCÍA GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, AHDE, tomo XXII-XXIII (1951-52), págs. 607-730.

655. Rec. Indias, II, 1, 10. La legislación arranca de 6 de octubre de 1578.

656. Rec. Indias, II, 1, 11. La legislación arranca de 16 de mayo de 1571.

657. MURO. op. cit., doc. 13.

debe tener. Por ello, a un Virrey como el Príncipe de Esquilache, hay que ordenarle en 27 de septiembre de 1614 el que cumpla las Cédulas dirigidas al Marqués de Montesclaros y a los otros virreyes antecesores⁶⁵⁸. Como hay que cerciorarse de la recepción de las disposiciones, en 16 de noviembre de 1682 llega a exigirse que el Virrey devuelva una copia del índice de los despachos que se le han remitido⁶⁵⁹. Algunos virreyes encuadernan los duplicados de las Reales Ordenes y de las Reales Cédulas, lo que sirve para tener un documento igualmente autorizado, que excusa de extraer para el cotejo los originales archivados⁶⁶⁰.

El Virrey está obligado a cumplimentar fielmente las disposiciones normativas que recibe. Precisamente, ya se distingue lo que se le encomienda "por vía de instrucción", de lo que se le ordena "por precepto", empleándose el primer camino para aquellos casos en los que la distancia puede aconsejar el no cumplimiento⁶⁶¹. Hay que suponer, pues, que en muy pocos casos el Virrey se habrá encontrado en la situación de obedecer, pero no cumplir, una disposición real de auténtico rango normativo.

Estando obligado a cumplir él las disposiciones, es también al que le corresponde, fundamentalmente, el hacerlas cumplir, y, en general, cualquier acto que no se acomode estrictamente al orden normativo, sólo es posible con su consentimiento, o, al menos, sin su veto. La venta de algunos oficios a fines del siglo xvii, por ejemplo, sólo es posible no formulándose inconveniente por parte del Virrey⁶⁶².

En lo que no tiene participación alguna el Virrey es en la

658. AGI, IG, leg. 512, reg. 1, fol. 29 vº.

659. MUÑOZ, op. cit., doc. 111.

660. Así lo hizo el Marqués de Loreto, que con los duplicados de las reales órdenes que encuadernó desde el año 84 en que empezó su gobierno, compuso ocho tomos. Memoria del aludido Virrey en RADAELLI, op. cit., página 208.

661. "... bayan por via de instruccion para el gouernador o presidente y no por precepto...". De un parecer del Consejo de Indias en 8 de noviembre de 1533. AGI, Patrimonio, leg. 170, ramo 41.

662. "... con advertencia que el vender estos oficios ha de ser no hallando los dichos mis Virreyes y Presidentes inconvenientes considerables en ello, y que si los hubiere no lo han de hacer, sino dar cuenta... en el dicho mi Consejo". Cédula de 24 de junio de 1679. MUÑOZ, op. cit., doc. 10.

creación de la norma, al menos, en la de alto rango, que sólo corresponde al Monarca. La posible participación es excluida como consecuencia de la ausencia total de un órgano colaborador legislativo en Indias. Los intentos de creación de unas Cortes en Indias no prosperaron nunca⁶⁶³.

La indicada ausencia de Cortes en Indias coloca al virrey indiano en inferioridad de condiciones en relación a los otros virreyes hispánicos en materia legislativa. Con más o menos dificultades, los catalanes intervienen en la convocatoria, prórroga y dirección de las Cortes⁶⁶⁴. En Cerdeña, la doctrina entiende que el Lugarteniente general puede convocar Cortes, incluso "pro lege facienda"⁶⁶⁵. Sin embargo, en ningún caso, la intervención en la potestad legislativa ha sido tan intensa como en Navarra.

En Navarra, el "obedézcase, pero no se cumpla" en relación a las disposiciones reales ha sido principio más asentado que en Indias, a cuyo territorio tradicionalmente suele atribuirse, para todos aquellos casos en los que las Cédulas Reales constituían un agravio para las leyes del Reino⁶⁶⁶, correspondiendo precisamente al Virrey y Consejo el examinar si esas cédulas eran contra fuero y leyes, no ordenando entonces el ejecutarlas ni dando sobrecarta de ellas, y haciendo relación de ello al Rey⁶⁶⁷. En 1552 se otorga

663. En 1570, el Dr. Cáceres, de la Audiencia de Santo Domingo, propone la celebración de cortes cada tres años. Punto 1 de su memorial a Ovando, AGI, Patr^o., leg. 171, ramo 13. Cfr. JOSÉ MARTÍNEZ CARDÓS, *Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII*, Revista de Indias, núms. 64 y 65, págs. 207-265 y 351-411, y GUILLERMO LOHMANN, *Las Cortes de Indias*, AHDE, XVIII, págs. 655-662.

664. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 304 y ss.

665. Vid. DEXART, op. cit., Proemium, núms. 25-28. Apoyándose en Belluga y Borrell piensa que como el Príncipe, su Vicario y Lugarteniente general puede convocar Cortes, incluso para hacer leyes, pues el Lugarteniente puede lo que el Rey, incluido lo reservado, apoyándose para esto en Fortolés. Se entiende, sin embargo, en caso de necesidad; es decir, por algo extraordinario. Por otra parte, la facultad de "legem condere", siguiendo a Mastrillo, se entiende siempre que no sea contra el Príncipe. Reconoce que en Cataluña es distinto, pero que en general lo reservado al Príncipe puede ser delegado, y la potestad específica de convocar cortes puede ser concedida al Lugarteniente, como fue admitido en Cerdeña.

666. Nov. Rec. de Navarra, I, 3, 2.

667. Id., id. I, 4, 2-3-6.

poder al Virrey navarro, Duque de Alburquerque, para convocar cortes aquel año y el siguiente, teniendo en cuenta que habían de celebrarse estas asambleas anualmente⁶⁶⁸, y en la legislación recopilada navarra se señala estos poderes como modelo de los que se han de dar en adelante, sellados con las armas de Castilla, y después de éstas, en el mejor lugar, con las de Navarra⁶⁶⁹. En virtud de estos poderes, los Virreyes son los que sancionan las leyes. Dos consultores que se nombraban al principio de cada legislatura entre los magistrados del Consejo y sala de Alcaldes de Corte, navarro el uno y castellano el otro, pasan la petición de ley a la sanción del Virrey como representante del Rey, el cuál tiene el veto absoluto, no limitándose a sancionar o negar, sino a modificar, ampliar y adicionar⁶⁷⁰.

No debe subestimarse la intervención del Consejo de Navarra, la cual corresponde sobrecartar las cédulas y provisiones reales⁶⁷¹, pero en todo caso, el Virrey navarro ocupa una posición de excepción en la creación de las leyes junto a las representaciones estamentales⁶⁷².

668. "... hauemos acordado que vos en nuestro nombre llameys y conuoqueys en esse dicho Reyno cortes...". Monzón, 5 de octubre de 1552. PASQUIER, *op. cit.*, lib. III, tit. IV.

669. Nov. Rec. de Navarra, 1, 2, 1 y 58.

670. Vid. ALONSO, *op. cit.*, págs. 16 y 17.

671. Nov. Rec. de Navarra, I, 4, 7 y 9, dispone que no se cumplan cédulas ni provisiones reales sin sobrecarta despachada por el Consejo de Navarra. Al Virrey, Regente, Consejo, Alcaldes de Cortes, Oidores de Comptos y Procurador fiscal se encarga el cumplimiento de lo antedicho.

672. A suplicación del Reino, puesto que en él no hay leyes ni disposiciones generales en forma de ley sino a pedimento de los tres estados y con voluntad y consentimiento real, excepto casos de urgente necesidad en que los Virreyes y Consejo han acostumbrado hacer provisiones y auto's acordados generales que no fueran contra Fueros y Leyes, se ordena que reconociendo el Reino en Cortes ser de inconveniente hayan de cesar, y el Consejo no los pueda hacer a solas, el concurso del Virrey. Habiendo cosas dignas de pronto remedio se prescribe la consulta, sin que el Consejo provea en nada "que toque a gobierno" sin concurrencia y participación del Virrey. Se inserta una Cédula Real de la Reina Gobernadora a don Diego Cavallero, Virrey y Capitán General, de 15 de octubre de 1668, sobre un caso concreto. CHAVIER, lib. I, tit. IV, 1. VII de la Recopilación.

El poder ordenancista del Virrey.

Si el virrey indiano no interviene en la creación del orden normativo de alto rango, no por ello deja de jugar un papel importante en la regulación de la vida jurídica, a través de su poder ordenancista, si bien hay que destacar que este poder ordenancista no es exclusivo de su magistratura, pues las Ordenanzas de 1573 conceden a su vez al Adelantado que ejecutara una capitulación de nuevo descubrimiento, población y pacificación, el hacer ordenanzas para el gobierno de la tierra y el trabajo de las minas, con la única limitación de aquéllas no se dicten contra derecho y contra lo ordenado ⁶⁷³.

Desde luego, aunque no sea el único órgano de quien emanen las Ordenanzas, es quien ejerce esta facultad con mayor intensidad y en un más alto grado. El primer virrey del régimen no capitulado, D. Antonio de Mendoza, ya dicta unas Ordenanzas sobre el juego, que prepara la Audiencia ⁶⁷⁴, y sobre prohibición de salida de barcos sin previo registro de personas y cosas ⁶⁷⁵.

Aunque la preparación corresponda a la Audiencia, las cláusulas de formulación no dejan lugar a dudas que es el Virrey el que las dicta. También cuando el Rey en Valladolid, a 1 de septiembre de 1558, concede la facultad ordenancista a la ciudad de Méjico, decreta la sanción por el Virrey, otorgándole la facultad de suprimir y adicionar lo que le pareciere ⁶⁷⁶, con lo cual, de hecho, es exclusivamente aquél el que ejerce la potestad. La Ordenanza

673. "Pueda hazer ordenanças para la governacion de la tierra y labor de las minas, como no sean contra derecho, y lo que por nos está ordenado y que confirmen dentro de dos años y entre tanto se guarden". Ordenanzas de 1573.

674. "... por quanto por esta dicha Real Audiencia han seydo y estan hechas ciertas hordenanzas acerca e sobre la Razon de los juegos... en cumplimiento de lo por su magestad mandado hordenado y mando las hordenanzas...". 29 de julio de 1539. AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, A. de Méjico.

675. "... por la presente en su real nombre proibo defiendo, y mando". Loc. cit.

676. "... las quales tenemos por bien que se guarden y cumplan y executen siendo aprouado por el nuestro Visorrey dessa tierra, el qual pueda quitar y añadir de nuevo las que le pareciere conuenir". PUGA, *Cedulario*, fol. 207.

del Virrey se justifica, normalmente, por la ausencia de Ordenanzas dadas por el Monarca ⁶⁷⁷.

El poder ordenancista del Virrey es indiscutido, y por ello no recibe críticas, aunque éstas puedan recaer sobre su contenido o sobre su ejecución, como ocurre, por ejemplo, en la crítica que formula D. Martín Enríquez en 1572 ⁶⁷⁸.

Algunas Ordenanzas, como las dadas por el Virrey Francisco de Toledo al Perú, desempeñan un papel muy importante en el orden normativo del Virreinato. En las Instrucciones a los Virreyes se les encomienda verlas para comprobar si se cumplen y examinar lo que conviene reformar ⁶⁷⁹. Estas ordenanzas llegan a adquirir categoría normativa de alto rango, toda vez que Felipe II ordena guardarlas en 1592, y, además, esta ley es recopilada ⁶⁸⁰.

La indicada elevación a orden normativo de alto rango se extiende, en general, a todas las disposiciones más importantes emanadas de la facultad ordenancista del Virrey. La legislación recopilada que arranca de 1561, dispone que las ordenanzas hechas por los Virreyes en materia de gobierno o en confirmación de las presentadas por las ciudades, villas y lugares, se ejecuten hasta que por justicia se vean en revista por las Audiencias ⁶⁸¹. Esto significa casi consagrar legislativamente estas ordenanzas, con un recurso de constitucionalidad por parte de la Autoridad judicial. También la legislación recopilada parece otorgar fuerza de la ley a las Ordenanzas para el bien y utilidad de los indios, hechas o confirmadas por el Virrey y la Audiencia, no siendo contrarias a lo dispuesto en la misma Recopilación ⁶⁸².

677. "Yo don Antonio de Mendoza visorrey y gouernador desta nueva españa por su magestad etc. digo que por quanto hasta agora no estan ordenadas ni hechas ordenanzas que conciernan... establezco y ordeno lo siguiente..."

678. "Las Ordenanzas que hazen los Vissorrees y assi mesmo las que haze la ciudad se esecutan las mas vezes muy mal... De D. Martín Enríquez al Rey en 6 de diciembre de 1572, al AGI, Mejico, leg. 19, ramo 3.

679. "... para el bueno y politico Gouierno de las republicas y comunidades de los indios...". Art. 40 de las Instrucciones al Marqués de Mancera.

680. 8 de junio de 1592 Rec. Indias, II, 1, 37.

681. Rec. Indias, II, 1, 33. Arranca de 4 de agosto de 1561.

682. Rec. Indias, I, 24, 1-2. La legislación arranca de las Ordenanzas del Emperador y la Emperatriz en 1530.

La potestad graciosa.

En principio, el Virrey, como representante personal del Monarca, disfruta de una amplia potestad graciosa. En la realidad, sin embargo, esta potestad sufre muchas limitaciones, y es sólo teórica.

La menor importancia de su potestad en la práctica reside unas veces en que es compartida por otras magistraturas. Por ejemplo, cuando el Capitán Martín Ruiz de Marchena, corregidor de la Ciudad de Trujillo da licencia a una persona para regresar a España, se manifiesta al Virrey del Perú, Francisco de Toledo, que sólo a él corresponde otorgar estas licencias⁶⁸³, pero cuando una de éstas le concede el Alcalde mayor de la ciudad de Nombre de Dios, la exclusividad se predica igualmente del Licenciado Diego de Vera, Presidente de la Audiencia de Panamá, en Castilla del Oro⁶⁸⁴, lo que significa que no es potestad caracterizadora del Virrey, pues, además, parece corresponderle más como Gobernador que como Virrey propiamente dicho. Esta impresión se obtiene también cuando se dice que ningún Virrey ni ningún gobernador puede gratificar a persona que no haya servido en la provincia de su distrito⁶⁸⁵.

Otra veces, la potestad queda disminuida por supresión de facultades determinadas. A Virreyes, Audiencias y Gobernadores se les prohíbe desde 1625 conceder legitimaciones, y se declaran nulas, independientemente de castigarlas, y ello, como consecuencia de considerarse regalía⁶⁸⁶. Cuando en 1614 se otorga el poder perdonar delitos y excesos en las provincias de sus gobernaciones cuando el Rey podría hacerlo, éste se reserva lo relativo al derecho civil

683. "... y porque el dar semejantes licencias esta solo a vuestro cargo...". Segovia, 13 de julio de 1573. ENCINAS, op. cit., fol. 239.

684. "... y porque a estas licencias las aueys de dar vos solo como persona a quien tenemos cometido el gouierno dessa tierra...". Madrid, 23 de julio de 1572. ENCINAS, op. cit., fol. 240.

685. Año 1570. AGI, Patr. leg. 171, ramo 14. Memorial de D. Diego de Robles.

686. "... las damos por ningunas...". 28 de marzo de 1625. Rec. Indias, II, 15, 120. En Cerdeña, el Rey prescribe al Lugarteniente desde Madrid, en 16 de enero de 1614 que no conceda personas, ni "guitatges" en ciertos casos, y que lo que se había dicho para el Gobernador, por no haber Virrey, lo cumpliera él también. DEXART, op. cit., lib. III, tit. V, cap. V.

de los particulares⁶⁸⁷. En 1770 se prohíbe al Virrey dispensar de la menor edad para obtener la condición de cadete⁶⁸⁸, y en 1782 y 1783 el conceder dispensar a los menores para administrar los bienes y hacienda, por considerarse regalía de Su Majestad⁶⁸⁹. A estas supresiones pudo contribuir algunas veces el inadecuado uso hecho por los Virreyes, como pudo suceder en el caso del Marqués de Cañete, que debió conceder bastantes mercedes por miedo de que se levantara el Reino y siguiera la suerte de Blasco Núñez⁶⁹⁰.

Finalmente, puede suceder que incluso se insista o se amplie la potestad graciosa, pero sólo a efectos de rodear de mayor prestigio la figura del Virrey y que pueda inspirar mayor respeto, pero sin intención de que la ejerza. Esto es muy corriente en todos los territorios, tanto en Cataluña⁶⁹¹, como en Valencia⁶⁹² y en los demás lugares. Por lo que se refiere a Indias, puede observarse en la provisión especial que se otorga al Conde de Coruña en 1583 para perdonar toda clase de delitos en el Perú como consecuencia de

687. "... que Nos, conforme a derecho y leyes de estos Reynos podríamos perdonar". 19 de julio de 1614. Rec. Indias, III, 3; 27.

688. R. O. de 24 de enero de 1770. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 769.

689. RC: y O. de 7 de septiembre de 1782 y 24 de diciembre de 1783, en op. cit., núm. 770. Vid. también la comunicación del B.º Fr. D. Julián de Arriaga a don Juan de Villalba, Comandante General de la Armada, en BELEÑA, *Recopilación...*, tomo II, copia 79: "No pudo V. E. conceder la menor edad al hijo de Bustillo, pues ni aun a los Virreyes está permitido, no obstante el superior carácter de que por Leyes y Cédulas están revestidos con la amplia expresión de *Alter Ego*".

690. Carta de 8 de abril de 1559, en LEVILLIER, op. cit., Gob. I, pág. 328.

691. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 314 y ss.

692. "En el poder que hos embiamos de Lugarteniente general por daros mayor autoridad y hazer con vos lo que con algunos otros de los que aquel Cargo han tenido se ha fecho van ciertas clausulas y facultades para que podays armar caualleros y graduar doctores e licenciados en qualquier facultad e porque son cosas de que no se deue usar sino con muy necesaria y legitima causa y sin perjuicio nuestro y de otro tercero. Vos mirareys aduertido de no armar Cauallero alguno que por su naturaleza no sea fidalgo ni dareys grado de doctor y licenciado sino a persona que sea muy idonea y suficiente..." Santiago, 12 de abril de 1520, a D. Hurtado de Mendoza. DANVILA, op. cit. doc. 7.

las revueltas habidas en aquel momento⁶⁹³, en la que se aclara que se le concede para mayor autoridad del cargo y por la confianza en él depositada, pero se le exhorta a que no haga uso de la facultad sino en casos muy excepcionales⁶⁹⁴.

Ya se ha dicho que el panorama en los demás territorios hispánicos es semejante, aun cuando en estos suele interferirse un orden normativo específico, que no se da en Indias, lo que da origen a que se matice más y a construcciones doctrinales más perfectas. Dentro de éstas destaca la de Crespi, en relación a Valencia. Según este autor, que llegó a ser Vicecanciller de la Corona de Aragón, la potestad de remitir delitos y condonar penas les es transferida a los Virreyes en virtud de privilegio, si no obsta defecto en la translación o en la intención del Príncipe. Se entiende defecto de translación cuando la remisión o concesión de gracia aparece prohibida por reservarse al Príncipe o excluirse al Virrey, y se entiende defecto de intención cuando el Príncipe, en edictos generales o decretos expresos, prohíbe la remisión de delitos a sus Virreyes. Como casos de defecto de transferimiento cita la remisión en el delito de invasión de la casa con armas, pues fue Pragmática confirmada por Cortes en 1410 y en 1626, y el Príncipe sólo hubiera podido dispensar si no se hubiera establecido esta confirmación, que elevó a la Pragmática a "fur"⁶⁹⁵. Aplicada esta doctrina a Indias, ya se comprende que la remisión de delitos y penas, y, en general, la potestad graciosa, cuando no fue concedida obedeció a un defecto de intención, es decir, a la voluntad del Príncipe de que aún conferida teóricamente no se ejerciera, sin que cupiera el defecto de translación por no existir en Indias un orden normativo que no emanara exclusivamente del Rey. El control por parte de

693. Madrid, 9 de diciembre de 1583. ENCINAS, op. cit., fol. 238.

694. "... por lo que toca a la autoridad del cargo que lleuays, y por la confianza que tengo que de vuestra persona... mi voluntad es que no useys de la dicha facultad si no fuere en casos de reuelion, y que conuenga mucho a mi seruicio y al sossiego y quietud de la tierra".

695. CRESPI, op. cit., parte I, observ. V, núms. 74-91. El mismo autor (loc. cit. núm. 92), aclara que generalmente en la potestad concedida a los Lugarteniente generales no se comprende la facultad de remitir penas de vasallos de barones, sino cuando no les compete a éstos la jurisdicción, o la ejercen sólo cumulativamente, y no privativamente.

aquellos órganos participantes en la creación del orden normativo, está patente en Navarra, donde siempre que el Rey envía poderes especiales a los Virreyes para conceder gracias por algunos servicios, los despachos se comunican a la Diputación antes de despacharse en el Consejo la sobrecarta⁶⁹⁶.

Las relaciones con los otros órganos de la Administración.

En ningún momento puede suponerse al Virrey indiano con cierta entidad para constituir una figura al lado del Monarca. La superioridad de éste es incontestable en todos los terrenos. Esta superioridad es destacada certeramente por Solórzano, sin perjuicio de admitir que puede suspenderse la ejecución de las órdenes replicando, en aquellos casos, en los que pudiera haber grave inconveniente para la República, o si se hubieran dado por falsas relaciones o sugerencias, pero debiendo cumplirse fuera de este caso⁶⁹⁷. Es decir, sólo un defecto de información puede dar lugar, no a desobedecer las órdenes reales, sino a suspender su ejecución en tanto el mismo Monarca no conozca la deficiencia de aquella información.

Frente al Monarca, el Virrey no tiene personalidad propia. La quisieron tener los Colón, porque partían de un régimen capitulado, y, precisamente, esto fue lo que originó su decadencia. En el régimen no capitulado, el Virrey es un mero agente real, que, todo lo más que puede hacer es lamentarse en el cumplimiento de su misión, cuando ésta no es concorde con su propia opinión.

El Virrey se comunica con el Monarca por medio de la correspondencia escrita. Aquél expone sus problemas y sus opiniones, lamentándose en la mayoría de las ocasiones de las limitaciones de su poder frente a lo que considera extralimitaciones de los restantes órganos, especialmente de las Audiencias. Las cartas de los Virreyes, especialmente en los siglos XVI y XVII son asistemáticas, pues no tratan de exponer todos los problemas de gobierno, sino sólo aquéllos que les preocupan especialmente. A estas cartas respon-

696. Nov. Rec. de Navarra, I, 4, 12.

697. SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XIII, núms. 30-32.

de el Rey, que, por el contrario, lo hace sistemáticamente, es decir, con división de materias. Una idea de la proporción, aunque en un momento determinado, lo puede dar el que según el Rey en carta dirigida al Príncipe de Esquilache desde Madrid a 28 de marzo de 1620, el Virrey en un año le había escrito sesenta y nueve cartas, a las que se había respondido en cuatro, distribuidas en dos de gobierno, otra de guerra, y otra de hacienda⁶⁹⁸. Estas cartas reales, verdaderas "capitulares", puesto que en capítulos están divididas, y de capítulos de carta se habla, son transcendentales en el gobierno indiano, pues su valor práctico se asemeja mucho al de Cédulas y Provisiones, aunque se diferencie en el aspecto formal. Junto con las Instrucciones dadas al principio del mandato, constituyen un verdadero código de actuación para el Virrey.

Naturalmente, la relación entre Virrey y Monarca tiene un intermediario, que es el Consejo de Indias, pues éste es el órgano que estudia las cartas del primero y que prepara las del segundo.

Con respecto a los demás órganos de la Administración, las relaciones, o bien son de coordinación con ligero tinte de superioridad, como sucede con las Audiencias, o bien son de neta superioridad, como sucede con gobernadores, corregidores, etc., aun cuando algunos de los primeros alcancen una autonomía en el ejercicio de su gobierno.

Las relaciones con la Iglesia.

La Iglesia ocupa un puesto de primer orden en la colonización americana y en todos sus problemas, en cuanto que el fin de la Monarquía es, precisamente, la expansión de la fe católica. Dada la específica condición de la Iglesia, las relaciones del Virrey con la misma no pueden compararse con las que sostiene con los órganos de la Administración.

En general, las indicadas relaciones afectan a los siguientes extremos: *a)* defensa de la iglesia; *b)* protección de la Monarquía frente a la Iglesia; *c)* ejercicio del derecho de Real Patronato; *d)* control de la actividad religiosa, y *e)* vigilancia de la contribución económica de la Iglesia.

698. AGI, IG, leg. 12, reg. 1, fol. 41.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el Virrey colabora con la Inquisición en la tarea de impedir que la herejía pueda penetrar en Indias. Puede verse, por ejemplo, como D. Martín Enríquez informa al Rey en 1575 de haber recibido una Cédula avisando la confesión de un luterano que pasaba a Indias con otros de su secta, y como había avisado de ello a los Inquisidores asegurando no haber rastro de los denunciados⁶⁹⁹.

En el segundo aspecto, el Virrey es el mejor ayudante del Monarca en la tarea de evitar la penetración de disposiciones pontificias que se consideren inconvenientes. En 25 de agosto de 1685, por ejemplo, se recuerda una Cédula de 17 de octubre de 1659, en la que se ordenaba al Virrey, Presidentes, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores y Justicias, la obligación de no dar cumplimiento a ningún Breve, Patente o cualquiera otra letra de Roma, en tanto no fuera concedido el pase regio⁷⁰⁰.

Por lo que se refiere al tercer aspecto, Smith ya destacó el carácter de "vice-patrono" en el Virrey⁷⁰¹. Correspondiendo al Rey la presentación de beneficios eclesiásticos, una R. C. dada en San Lorenzo de El Escorial en 1 de junio de 1574, prescribe que corresponda por vía de encomienda "amobile ad nutum" al Virrey o Presidente, o a las personas que en su nombre tuvieran la gobernación superior de la provincia, haciéndolo entre dos personas designadas por el Prelado del distrito escogidas a su vez entre los opositores que acudieran a la publicación por edictos, correspondiendo, en todo caso, al Prelado la provisión canónica. Una Cédula de 4 de abril de 1609 sigue la misma prescripción, aunque con extracción de una terna y precediendo examen concurso, al modo que se hacía en España en las iglesias donde los beneficios se proveían por oposición. Solórzano, que da las anteriores noticias, explica también que el Rey parece que quiso abdicar la provisión y

699. De Martín Enríquez al Rey, en 23 de septiembre de 1575.

700. "... que no fueren reconocidas y pasadas antes, en conformidad de mis Regalias y estilo, por el dicho mi Consejo". 25 agosto de 1685. MUÑOZ, op. cit., doc. 154.

701. SMITH, op. cit., págs. 107-108. Cfr. ANTONIO J. GONZÁLEZ ZUMÁRRAGA, *Problemas del Patronato Indiano a través del "Gobierno Eclesiástico Pacífico" de Fr. Gaspar de Villarroel*, Vitoria, 1961, que contiene bibliografía sobre la materia.

presentación de los indicados beneficios Curatos de españoles e indios, encomendándolo a los Virreyes y Gobernadores, insistiendo en ello en un capítulo de carta dada en Madrid en 17 de marzo de 1619 y dirigida al Virrey del Perú, Príncipe de Esquilache, el cual consultó si seguiría insertando la cláusula "amobile ad nutum", y se le contestó que no debía introducirse novedad, con lo que el Rey no abandonó totalmente su reserva ⁷⁰².

Naturalmente, en esta actividad se creó un orden normativo, que el Virrey tuvo que seguir. Una Real Cédula de 1696, por ejemplo, decretó la no admisión de expulsados de las Ordenes religiosas para los Curatos y Beneficios, aunque probaran la nulidad de su profesión, admitiéndole la Compañía de Jesús hasta hacer el último voto, abandonando el hábito y poniéndole el clerical, y si bien el virrey, Conde de Monclova, con consulta de Real Acuerdo, admitió al Licenciado Juan Martínez Roncero y al Licenciado José de Lasa, expulsados de la Compañía de Jesús, lo fue en base a que ya tenían curatos, entendiendo que la Cédula citada se refería solamente a los que no tenían beneficio ⁷⁰³.

Como el Rey remitiera en alguna ocasión en blanco el despacho de presentación de algún beneficio, los Virreyes solicitaron se siguiera este sistema en adelante ⁷⁰⁴, petición que no debió prosperar.

702. "... según parece quiso abdicar, y abdicó de si su Magestad la Provision y Presentacion de estos Beneficios Curatos de españoles y indios, dexandola a sus Vi Reyes y Gobernadores, y assi lo buelve a Repetir en un capitulo de carta de Madrid 17 de marzo 1619, escrita al Príncipe de esquilache Vi Rey del Perú..." Esto, con la excepción de los edictos, se extendió a los frailes doctrineros, en un capítulo de carta de 28 de marzo de 1620 al Príncipe de Esquilache.

Anteriormente puede verse al Marqués de Villamanrique, en 1585, nombrando al bachiller Alonso Muñoz, presbítero, capellán del Puerto de Acapulco, en AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico: "... entretanto que por su mag. o por mi en su rreal nombre otra cosa se prouea y mande". La misión del capellán era decir misa y administrar los sacramentos a las personas que estaban en el puerto, edificio y reparación de los navíos.

703. Lima, 2 de octubre de 1697. AGI, Lima, leg. 91.

704. En 20 de febrero de 1704, como el Rey hubiera remitido Real despacho de presentación de una capellanía del coro de la Catedral de Lima en blanco, para que el Virrey, junto con el Arzobispo, la llenara, aquél pide que en adelante lo hagan así para poderlos llenar en caso de vacantes. AGI, Lima, leg. 91.

En todo caso, se insistió acerca de los Virreyes, Presidentes y Gobernadores, así como de los Arzobispos, que informaran sobre las personas beneméritas o sujetos eclesiásticos que estuvieran en posesión de curatos y sobresalieran en méritos, a fin de la concesión de premios ⁷⁰⁵.

En la ejecución del Real Patronato es frecuente que los Virreyes encuentren la oposición de la Iglesia. En 1585, el Virrey de Nueva España se queja al Monarca de que los prelados hacen por eximirse del patronazgo, proveyendo los beneficios, sin que el Virrey intervenga en la presentación ⁷⁰⁶. Ya próxima a extinguirse la institución, un Virrey como Juan José de Vertiz sigue quejándose de la oposición eclesiástica ⁷⁰⁷. La trascendencia de estas materias, y el temor de que pudieran originar una disminución de la autoridad virreinal, induce a que en 1618 se ordene que las materias graves del Real Patronazgo y otras semejantes no se ejecutaran por los Virreyes, Presidentes de Audiencia y Gobernadores, sin dar cuenta previamente al Consejo de Indias ⁷⁰⁸.

El cuarto aspecto es el del control de la actividad religiosa, en cuanto que ésta afecta al gobierno y desarrollo de los nuevos territorios, de forma que D. Juan de Ovando llegará, incluso, a consultar el dividir las provincias por órdenes religiosas ⁷⁰⁹.

Los Virreyes han de intervenir en las contiendas eclesiásticas, en cuanto que éstas, como se ha dicho, afectan al gobierno del te-

705. 21 agosto de 1684. MURO, op. cit., doc. 142.

706. Del Virrey al Rey, en 10 de mayo de 1586. AGI, Méjico, leg. 20.

707. "... la defensa y jurisdicción del Real Patronato escrupulosamente encargada y que ha de sostener por los medios y esfuerzos posibles, y las prerrogativas debidas a la alta dignidad de los Virreyes, como viva imagen que representa inmediatamente la real persona en estas distintas, le eran imposibles a este prelado, aun a vista de las leyes más constantes y de la posesión y estilos que se le justificaban con el ceremonial recibido en otros vireynatos, y especialmente en el de Lima, que antes comprendía todas estas provincias..." Memoria de Juan José Vertiz, en RADAELLI, op. cit., página 30.

708. "... Porque no es justo que los Virreyes empañen su autoridad..." Rec. Indias, III; 3, 51. La legislación arranca de 16 de abril de 1618.

709. "... y yo entiendo que la emulación es gran freno para que no se biva con descuydo." De Martín Enríquez al Rey en 12 de septiembre de 1579. AGI, Méjico, leg. 20.

rritorio, como puede verse en la del Marqués de Cañete proponiendo pedir un Nuncio o Legado a Roma, por las rencillas entre el Arzobispo del Perú y el Obispo de El Cuzco, aparte de para conocer pleitos, cuestiones matrimoniales, etc.⁷¹⁰.

Asimismo, los virreyes se preocupan de controlar el envío de religiosos a los distintos distritos, como es ejemplo los tratos sostenidos por D. Martín Enríquez, Virrey de Nueva España, sobre el envío de aquéllos a Nueva Galicia en 1572⁷¹¹. El control se extiende luego a los viajes de esos religiosos a España, y una Cédula de 31 de mayo de 1686 llega a prescribir la licencia del Prelado y de los Virreyes y Gobernadores, pues eran muchos los religiosos que acudían por sus negociados particulares, tal como para pasar a Roma a procurar exenciones propias o disolución de las restantes órdenes u órganos eclesiásticos⁷¹².

El control virreinal se extiende a las actividades conciliares de la Iglesia indiana, con oposición de ésta en muchas ocasiones. En 1581, y aprovechando un interregno, el Obispo celebra en Méjico un concilio provincial, lo concluye y lo hace publicar, cosa que intenta impedir la Audiencia y, después, el Virrey. De parte de la Audiencia, el Virrey hace notificar un auto al secretario y notario del Concilio para exhibir todos los decretos que se habían determinado en las sesiones, recoger los traslados hechos y no ejecutar los acuerdos sin licencia real⁷¹³. En 22 de octubre de 1585, y desde Perote, el Marqués de Villamanrique escribe al Arzobispo de Méjico y a la Real Audiencia, a fin de que no se ejecute, publique ningún decreto ni cesión ni otra cosa del Concilio celebrado en Méjico sobre reforma del estado eclesiástico hasta que el Rey lo viera y diera licencia para ello⁷¹⁴. Esta actitud del Marqués de Villamanrique no parece que fue personal, sino que respondió a una

710. Carta del Marqués de Cañete en 15 de septiembre de 1556, en LEVILLIER, op. cit., tomo I, pág. 284.

711. Carta de Martín Enríquez al Rey en 1572. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

712. "... a procurar exenciones propias o desmembración del demas cuerpo de la Religion". Ced. de 31 de mayo de 1686. MUÑOZ, op. cit., doc. 163.

713. Carta del Virrey al Rey en 16 de diciembre de 1589. AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico.

714. AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico.

Cédula Real, dada en Barcelona en 13 de mayo de 1585, de la que da noticia Solórzano, y según la cual, pareciendo muy conveniente la celebración de concilios provinciales, y además el que se cumplimentara el Concilio de Trento, se prescribía que asistieran personalmente y en nombre del Monarca los Virreyes, ocupando el lugar que se acostumbra dar a los representantes de la real persona, y poniendo mucho cuidado en procurar la paz y conformidad de los congregados y de mirar por lo que correspondía a la conservación del Patronazgo, no ejecutándose nada hasta que el mismo Rey lo viera y concediera su licencia ⁷¹⁵.

En otras ocasiones, el control virreinal se refiere a la actividad de los miembros de las órdenes religiosas, cuando se considera que aquélla desemboca en un enriquecimiento injusto, a costa de los naturales, como la acusación que el Marqués de Villamanrique hace en 1587 contra los agustinos y dominicos.

El último aspecto no es sino parte integrante de la función hacendística del Virrey. En ocasiones han de salir al paso del confusionismo que crean las Ordenes religiosas en cuanto al pago de ciertos tributos, como sucede en 1579 respecto de las alcabalas ⁷¹⁶. Otras veces se trata de conseguir el rendimiento de las aportaciones tributarias de la Iglesia, como es el caso de la Bula de la Cruzada ⁷¹⁷.

La continuidad de la política virreinal.

La continuidad de la política virreinal en unos territorios tan

715. SOLÓRZANO, op. cit., en nota 419, tít. 10, l.3.

716. D. Martín Enríquez en 16 de abril de 1579 envía al Rey el valor de las alcabalas dentro de su gobernación en el año 78 y se queja de que "a esto dan ocasion frayres y clerigos idiotas. No en dezir que no se deue ell alcauala sino en veynte generos de opiniones". AGI, Méjico, leg. 20.

717. Sobre lo que alcanza, vid. carta de Martín Enríquez al Rey en 24 de septiembre de 1575, AGI, Méjico, leg. 19: "Ay ua la memoria de lo que valio la cruzada. Con lo de yucatan pasara de 500.000 pesos". En 29 de agosto de 1574 el Virrey informa que se prestan a predicarla los franciscanos, pero no los dominicos, ni los agustinos, por creer no es tiempo de hacerlo entre los indios. En 6 de diciembre del mismo año informa: "los yndios acuden a tomallas mejor que los españoles".

remotos se consigue mediante un procedimiento que parece no darse en los restantes territorios hispánicos, como consecuencia de no darse tampoco el presupuesto necesario, y que es el de memorias o relaciones que el Virrey cesante deja a su sucesor, y en las que expone la situación de los principales problemas del virreinato.

Su origen se encuentra en el régimen virreinal capitulado, puesto que cuando se encomienda a Diego Colón el sustituir a Nicolás de Ovando en 1509 se le entrega una carta para éste ordenándole entregue a su sucesor un "memorial" muy extenso, específico y firmado sobre la forma de haber ejercido la gobernación de la Española⁷¹⁸.

El sistema se sigue en el régimen virreinal capitulado, dentro del cual existe constancia desde 1580, en el Perú, y desde 1595, en Nueva España, habiendo sido muy bien estudiado por Guillermo Lohmann⁷¹⁹. Por consulta del Consejo de Indias de 23 de marzo de 1662, se resuelve que en las Instrucciones dadas los Virreyes se inserte un capítulo en el sentido de que hubieran de dejar a los sucesores relación del estado en que dejaban el gobierno⁷²⁰.

Las memorias o relaciones adoptan progresivamente una estructuración sistemática, que se consagra en 1618, sobre la base de la tradicional división de los negocios en las ramas de Gobierno espiritual, Gobierno temporal, Hacienda y Guerra⁷²¹. Posteriormente se adoptan otras sistemáticas, como, por ejemplo, puede verse que hace don Nicolás Arredondo en el virreinato del Plata, el cual sigue el orden de materias de la Recopilación de Indias⁷²². A veces la sistemática está impuesta por los acontecimientos sucedidos durante

718. "... luego que llegaredes a ello le rrequeris con una carta mia que para el llevais, en que le Mando que vos dé un Memorial muy largo, e muy particular, firmado de su nombre, de la manera que a thenido en la buena gobernacion de la dicha Isla..." Instrucción al Almirante Diego Colón, dada en Valladolid, a 3 de mayo de 1509. Codoín AGI, tomo 31, págs. 389-390. La R. C. de la misma fecha para Ovando, en loc. cit., páginas 410-411.

719. GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Las relaciones de los Virreyes del Perú*, Sevilla, 1959, especialmente págs. 1-56.

720. Vid. nota marginal en AGI, IG, leg. 514, reg. 1, fol. 113.

721. Vid. LOHMANN, op. cit., pág. 15.

722. "Sera el orden que yo tengo de proponerlas el mismo que ellas

el mandato, especialmente, los militares, como puede verse en la sistemática del Virrey Cevallos, también platense, en 1778 ⁷²³.

Independientemente de su valor histórico ⁷²⁴, las indicadas memorias o relaciones han permitido, como se ha dicho, la continuidad de la política virreinal. Algunas veces no han debido reproducir con entera fidelidad la actuación del Virrey cesante, y conocida es la tendencia de todo gobernante a no seguir los pasos dados por el predecesor, pero la necesidad se impone, y las relaciones constituyeron un puente ininterrumpido entre los diversos titulares de la institución virreinal.

III

LA ACTIVIDAD FUNCIONAL

En mantenimiento de la paz.

A cargo del Virrey corre el mantenimiento de la paz, tanto

tienen en la Recopilación de Indias, no porque yo haya de hablar de todas cuantas en este código se comprenden, sino porque en las que tocare me arreglaré al orden sus títulos y libros, aunque sea presuntoriamente." Memoria de D. Nicolás de Arredondo, en RADAELLI, *Memorias...*, pág. 374. Los epígrafes que utiliza son los siguientes: La Santa Fe Católica — Estado eclesiástico y Real Patronato — Real Audiencia Pretorial — Real Audiencia de la Plata — Gobernación y Política de Buenos Aires — Campaña de Buenos Aires — Campaña de la Otra Banda del Río de la Plata — Agricultura y cría de ganados en Ambas Campañas — Introducción de negros.

723. Tratado de límites (España y Portugal); Artículos reservados (sobre entrega por Portugal de Annobón y Fernando Poo); Restitución de prisioneros y artillería (con Portugal); Malvinas; Frontera de Indios (establecimiento de fuertes); Armas (sobre relaciones de cañones, etc.); Tropa y milicias (sobre dotaciones); Temporalidades (promoción de los negocios de temporalidades); Faenas de cueros (protección contra el desorden en la matanza de ganados); Reglamento de sueldos y gratificaciones; El Gran Chaco; Azogues (sobre desigual distribución de este elemento en los virreinos para el laboreo de las minas); Distribución de diezmos; Nuestra Señora del Socorro (parroquia establecida en 1767); Pueblos de Misiones del Paraguay (reforma de los abusos introducidos); Adiciones. Memoria del Virrey Cevallos en 18 de junio de 1778. RADAELLI, *op. cit.*

724. CARLOS PEREYRA, en el prólogo, págs. X-XI, a Pérez Bustamante,

interna como externa. Ya se recordará que como Capitán General defiende los territorios de los ataques enemigos. Además de ello, nunca se prescinde de él totalmente cuando se trata de nuevos descubrimientos y conquistas. Antes de prohibir su intervención, puede verse cómo el Adelantado don Pedro de Alvarado se concerta con el Virrey don Antonio de Mendoza para los nuevos descubrimientos, asociándole, a fin de evitar las diferencias que podían esperarse de sus intereses particulares ⁷²⁵, y el Rey confirma la condición de “compañero” en el Virrey, para que participe con la mitad de los beneficios de la Armada, y no con el tercio, proveyendo cargos en aquélla, en la que iba Rui López de Villalobos, como “Teniente de Gobernador e Capitan General” ⁷²⁶.

Cuando se les prohíbe intervenir en los descubrimientos se hace, como ya se dijo, para descargarles de preocupaciones y para que concentren su atención en los problemas característicos de su cargo. Aun así y todo, y para superar la prohibición, al Marqués de Cañete se le envía poder en 1556, como se había hecho con el licenciado Gasca, para poder proveer alguna o algunas gobernaciones en los nuevos descubrimientos y poblaciones ⁷²⁷, y en 1614 consta que se les sigue dando este poder especial, por estimarlo necesario para la tranquilidad del país ⁷²⁸.

Por lo que se refiere al orden interno, Solórzano destaca cómo el Virrey puede disponer todo lo conveniente para la seguridad de

op. cit., dijo: “Estableciendo el precepto de las instrucciones al sucesor, la corona de España no sólo imprimió sinceridad a la obra gubernativa, sino que, involuntariamente, creó un manantial de datos históricos que, siendo oficiales, pueden consultarse como si expresaran el criterio de un adversario.” Vid. también LOHMANN, op. cit., págs. 9-12.

725. “... por escusar las diferencias y escandalos que se esperaban entre Don Antonio de Mendoza, Visorrey della, y mi sobre el dicho descubrimiento... e sin que por su parte ni por la mia se respetase ningund interese particular... nos concertamos y hecimos compañía en todo lo que se descubriese...” Del Adelantado D. Pedro de Alvarado al Rey en 28 de marzo de 1541. CDU, tomo 2, doc. 1.

726. CDU, tomo 2, docs. 2, 3 y 4.

727. AGI, IG, leg. 737.

728. “Porque sin embargo que esta ordenado cerca de que no podais probeer gobernacion alguna para nuevos descubrimientos puede ser necesario para evitar el desasossiego.” AGI, IG, leg. 512, fols. 6-7.

las provincias a su cargo ⁷²⁹. Es un problema fundamental para el Virrey, ya que, incluso, es el que determina su aparición, pues, como se recordará, el envío de Virreyes o “gobernadores de gran porte” es debido a la necesidad de que haya unos altos magistrados que mantengan asegurado debidamente el orden público. Cuando falta el Virrey, también es ésta la causa de que se solicite su reemplazamiento, como puede verse en la consulta del Consejo de Indias de 26 de agosto de 1555, en relación con la revuelta del Capitán Francisco Hernández Girón, en la que subraya la necesidad de virrey ⁷³⁰.

El orden público preocupa constantemente a los Virreyes. El Conde de Nieva, en 1562, advierte la situación peligrosa en que se encontraba el virreinato peruano desde los últimos días de su antecesor, el Marqués de Cañete, y califica a la tierra como peligrosa ⁷³¹. Don Martín Enríquez, uno de los virreyes más temerosos, desea contar con muchas armas, juzgando que el peligro había de proceder de los indios, negros y mulatos ⁷³², y llega a proponer el restaurar la pena de castrar a los negros rebeldes, como lo habían hecho D. Antonio de Mendoza y D. Luis de Velasco, ya que eran muy peligrosos con los cuchillos y no temían la pena de azotes ⁷³³. Juan José Vertiz, como uno de los hechos más destacables de su

729. “... así por sus poderes e instrucciones como por costumbre antigua, pueden ordenar y disponer todo aquello que juzgaren convenir para la seguridad, quietud y buen gobierno de las Provincias de su cargo, y en particular para la conversión y conservación de los Indios”. SOLÓRZANO, *op. cit.* en nota 266, lib. V, cap. XIII, núm. 12.

730. “... y para estos alcamientos y alteraciones, conviene mucho que aya Vissorey en ella... se le deue dar poder particular con general administración para que si viere que conviene pueda perdonar a qualesquier personas, que ovieren sido culpantes (sic), y hazer todo lo que viere convenir al seruicio de Dios y de su Magestad, asiento y paçificación de la tierra...” AGI, IG, leg. 737.

731. “... y entienda V.M. que cuando el Marques de Cañete murió estaua ya començado a encender un fuego, que no ha sido poco amatalle... questa tierra es de manera que diez Hombres que se junten en alguna parte ponen en cuidado...” Del Conde de Nieva al Rey, en 30 de abril de 1562. AGI, Lima, leg. 28 A.

732. 22 de septiembre de 1572. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

733. 18 de octubre de 1579. AGI, Méjico, leg. 20.

virreinato, destaca en su Memoria el haberle correspondido la cruel rebelión de Tupac Amará⁷³⁴.

El orden público es también el que origina a veces críticas del orden normativo real por parte de los Virreyes, como puede observarse en la que Francisco de Toledo hace de las Leyes Nuevas⁷³⁵. También es el factor que puede originar el desplazamiento, aunque temporal, de su sede virreinal⁷³⁶.

La administración de justicia.

Se ha insistido mucho en que el principio gobierno-senatorial castellano que inspira el sistema virreino-senatorial indiano separa la justicia del gobierno, para entregar aquélla en manos de la Audiencia. No obstante, si esto es cierto en cuanto a visión general, no lo es en términos absolutos, que conduzcan a pensar que el Virrey, fuera de su papel como presidente de la Audiencia, no interviene en la administración de justicia. Esta intervención tiene lugar, preferentemente, en relación a los indios, dada la condición débil de éstos, de la misma manera que en otros territorios hispánicos el Virrey tiene una especial intervención en las causas de menores, viudas y menesterosos⁷³⁷. La legislación recopilada, que arranca de 1591, atribuye a los Virreyes el conocer en primera instancia de los pleitos entre los indios, y entre españoles e indios, cuando éstos fueran los reos, pudiendo optar en el caso de ser actores por la jurisdicción ordinaria o por la Audiencia, y, en todo caso, con ape-

734. "... la cruelísima rebelion de que José Gabriel Tupac Amará fué pérfidamente autor..." De la Memoria de Juan José Vertiz, en RA-DAELLI, op. cit., pág. 38.

735. "Sucediole blasco nuñez con la indiscreta y material execucion de la letra de las nuevas y más justas leyes... con la qual se perdió a si y a V.M. el Reyno..." De Francisco de Toledo al Rey en 8 de febrero de 1570. AGI, Lima, leg. 28 A. Cartas del Virrey Francisco de Toledo, fol. 70 vº.

736. El Visitador D. Diego de Robles aconseja que los Virreyes, después de estar ocho o diez meses en la ciudad de los Reyes, se vayan a la de Cuzco, de donde dice haber salido siempre los motines, que aunque los corregidores "sean quan valerosos y justicieros quisieren", los "vezinos della son gente rica y pueden mucho". AGI, Patro.º, leg. 171, ramo 14.

737. Para Cataluña, vid. LALINDE, op. cit., págs. 399-400.

lación del Virrey ante la Audiencia ⁷³⁸. En las Instrucciones del Virrey D. Luis de Velasco a los Justicias de Nueva España, dadas en marzo de 1592, se da conocimiento de la Real Cédula por la que se permite a los indios optar entre sus justicias y la Audiencia cuando litigan como actores contra españoles, y por la que se atribuye al Virrey la primera instancia en los casos de españoles contra indios o indios entre sí, permitiéndose los de estos últimos ante los Justicias hasta la cuantía de diez pesos, llevando en cada Juzgado un libro para hacer relación de los pleitos civiles entre indios y fijando el valor por declaración del demandante, oído el reo sumariamente y sin tela de juicio, determinando el juez ⁷³⁹. Un auto del mismo Virrey, dictado en 2 de arzo de 1592, ordena a los alcaldes y corregidores no entrometerse en los pleitos entre indios, o en aquellos en que éstos fueran reos y los españoles actores, y remitir las causas civiles a él, en el estado en que se hallaren, y las criminales, a la Sala del crimen de la Real Audiencia ⁷⁴⁰.

Además de ésto, participa decisivamente en los pleitos tocantes a la Hacienda ⁷⁴¹; envía Jueces de Comisión, con señalamiento de estipendio ⁷⁴²; en virtud de R. C. de 13 de diciembre de 1760, remite adonde corresponda los recursos del Rey en materias de justicia entre partes, salvo los que pertenecen a su Gobierno por razón de su jurisdicción privativa ⁷⁴³; crea jueces cuando los ordinarios son insuficientes ⁷⁴⁴, etc.

738. 9 de abril de 1591, en Rec. Indias, III, 3, 65.

739. AGI, sec. 5.^a, Aud. Méjico, leg. 1254.

740. Loc. cit.

741. Llegado el Conde de Coruña ve pleitos tocantes a la hacienda y hace que se vean. Dos de ellos son con el Marqués del Valle sobre la provincia de Tlanalmac, que da por resultado que catorce pueblos se integren en la Corona real. Carta del C. de Coruña en 15 de octubre de 1581. AGI, Méjico, leg. 20.

742. Conforme a las leyes, envía Jueces de Comisión, señalando estipendio a los no togados, nunca superior al de éstos. Vid. RC. de 28 de enero de 1757, en BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 753.

743. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 773.

744. El Virrey del Plata Juan José de Vertiz, por ser pocos los dos jueces ordinarios de la ciudad, dice lo siguiente: "determiné publicar con la denominación de comisarios de barrios, en que dividí toda esta capital,

El fomento de la riqueza del país.

El Virrey interviene en todas las medidas que puedan contribuir directa o indirectamente al fomento y desarrollo de la riqueza del Virreinato, tal como regulación del comercio, obras públicas, industria y minas.

Solórzano destaca cómo el Virrey se preocupa de que los pueblos estén abastecidos y avituallados, con precios acomodados, ya que de la falta se sigue la intranquilidad⁷⁴⁵. La preocupación por la estabilidad de los precios es constante⁷⁴⁶, en lo que es factor preponderante los accidentes de la navegación con España⁷⁴⁷. Para conseguir la estabilización, el Virrey recurre a la fijación de tasas⁷⁴⁸, o a la prohibición del incremento de algunos cultivos en

otros muchos honrados vecinos que en su distrito celasen las ofensas de Dios y pecados públicos, las muertes, robos y heridos, con facultad de prender in fraganti y firmar el sumario". En RADAELLI, op. cit., pág. 42.

745. SOLÓRZANO, op. cit., lib. V, cap. XII, núm. 43.

746. En carta de 24 de octubre de 1575, el Virrey D. Martín Enriquez dice al Rey que manda a los Oficiales de Veracruz hagan su abecedario y que se lo manden sin publicarlo, para por persona de confianza obtener "el precio de como corren todos los generos de Mercaderías considerando el costo de subirlas, la corrupción..." El Virrey dice que hay que evitar el valorar todo lo aportado por una flota por el precio del día, pues al mes los precios son diferentes: "... parece que con navios particulares se puede guardar, mas quando llega todo una flota...". Según decreto marginal, al Rey le parece bien la opinión del Virrey. AGI, Méjico, leg. 19.

747. El mismo Virrey, en 9 de octubre de 1576 anuncia que se prevé que no llegue la flota de los Reinos de Castilla por incendio en el puerto de Cádiz de algunas naos y el riesgo del tiempo y de los enemigos. Manda hacer "cala y cata y manifestacion de los generos mas forçossos e ymportantes al proveimiento de la rrepublica y embargarles... vinos, azeite y papel cerarruan yerro labrado y por labrar seda paños de Castilla cobre y estaño".

748. El Conde de Monterrey, en 9 de enero de 1599, prohíbe que las personas que no sean mercederes de Castilla por cuya cuenta hayan venido los géneros, no puedan vender el aceite a más de ocho pesos la arroba y a nueve pesos por menudo, ni la resma de papel a más de cuatro pesos por menudo y a dos y medio reales la mano, y por herrar un caballo, más de doce reales por las cuatro patas y un real por herrar cada herradura. Todo ello corresponde a especulación por no haber habido flota. AGI, sec. 5.^a, leg. 1254, Aud. de Méjico.

detrimento de otros ⁷⁴⁹. Dentro de una política proteccionista, controla la llegada de la navegación extranjera ⁷⁵⁰, e, incluso, pone reparos a los tratados internacionales ⁷⁵¹.

Además de dirigir o controlar las principales obras públicas, su información ha debido ser decisiva en cuanto a los proyectos presentados para aquéllas, alguno tan audaz como el formulado a fines del siglo xvii por Fray José de Burgos para la apertura del Canal de Panamá, y en el que el Virrey, Conde de la Moncloa, demostró una miopía extraordinaria ⁷⁵².

749. El Conde de Monterrey en Méjico, a 19 de agosto de 1599, prohíbe sembrar caña de azúcar sin su licencia, por ir en detrimento de la tierra necesaria para el trigo y maíz, "cuya falta y carestia por yr como ba creciendo la gente no podria dexar de sentirse si en lo susodicho no se proveyese de rremedio rrestringiendose". AGI, sec. 5.^a, leg. 1254, Aud. de Méjico. También prohíbe, cumplimentando orden del Rey, el que se repartan indios a los ingenios de azúcar.

750. Vid. la comunicación de 20 de noviembre de 1682, dirigida al Virrey del Perú, Duque de la Palata, y también al Virrey de Nueva España, Presidentes de Guatemala y Santo Domingo, Gobernadores de Habana, Cuba, Puerto Rico, Venezuela, Cumaná y Margarita, y al General de la Armada de Barlovento, en que se les avisa la salida de un navio francés con ánimo de comerciar en aquellos puertos, advirtiéndose: "poniendo el cuidado que conviene para no permitir comercio con este, ni otro ningun navio de extranjeros". MURO, op. cit., doc. 115.

751. El Conde de la Monclova, en carta al Rey de 20 de diciembre de 1698, pone reparos al capítulo 15 de los Tratados de La Haya, por cuanto establecen un libre comercio con Francia, y amparándose en la interpretación que se dio al de los Pirineos dice que a América no pueden ir comerciantes extranjeros. AGI, Lima, leg. 91.

752. Un despacho del Rey al Conde de la Monclova, en 10 de abril de 1696, le comunica que le ha escrito Fr. Domingo Álvarez, franciscano, sobre el proyecto de un fray José de Burgos, de la Provincia de los Doce Apóstoles, para comunicar los Mares del Sur y del Norte por Panamá y en el paraje de Cruces, no habiendo sino que romper tres leguas. El Rey dice que aunque otras veces se había propuesto lo mismo por diferentes ministros, nunca se había hecho tan profundamente, y pide informe al Virrey, aconsejándole reserva. El Virrey, desde Lima, y en 6 de noviembre de 1697, contesta que no hubo necesidad de inquirir, pues, propuesto en el Real Acuerdo, dice: "... y considerando yo, no sólo, no conuenia admitirle, pero ni que se tratase dell". De Fr. Domingo Álvarez dice: "como nacido en España trato con demasiado ardor la alternatiua de su Religion", ocasionando poca quietud y poco éxito en la conversión de infieles. A. Fr. José

El Virrey controla el progreso de la industria introducida en Indias, y se muestra satisfecho de él, como es el caso de D. Martín Enríquez con la industria textil en Nueva España⁷⁵³, o bien, intencionadamente, adopta una postura inhibicionista, como es el caso del mismo Virrey respecto de la industria sedera⁷⁵⁴. Asimismo se favorece la industria nueva o no importada de España, como es la de la explotación del añil⁷⁵⁵. También vigila la constitución de talleres, especialmente en cuanto tiene lugar con abuso de los indios⁷⁵⁶.

de Burgos le cree de la Mancha, llevando dieciocho años en América, donde tomó el hábito, diciendo de él: "ha estudiado con aprovechamiento... su genio melancólico e imaginativo... pero buen Religioso y observante de su Regla". Respecto al proyecto, el Virrey manifiesta: "Hice tan poco aprecio de ella (la planta o proyecto) como de las que suelen hacer los Astrónomos de los espacios imaginarios de la Luna... tengo genio muy contrario a los Arbitristas, mas en profesión opuesta, pues es un Religioso teólogo". Estima que si no hay hacienda para mover la poca tierra de un baluarte, menos la habría para el proyecto, que, además, traería grandes inconvenientes, pues incluso cegaría el río Chagre y las dieciocho leguas de Portobelo a Panamá las convertiría en cincuenta, "aunque se triplicase la descomodidad y el costo del tráfico del Comercio a las Ferias de Portobelo, por las utilidades grandes que se seguirían para la mayor seguridad de este Mar del Sur". AGI, Lima, leg. 91.

753. D. Martín Enríquez informa al Rey en 8 de abril de 1571 sobre el gran adelanto en el negocio de los paños, diciendo que casi se sirve de ellos toda la Nueva España, aun incluyendo Guatemala y Tabasco, y exportándose al Perú. Dice que se trata de paños negros, pues "de colores no son buenos pero al fin se hazen muchos y se gastan". AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

754. "... lo que tova al beneficio de la seda no lo fauoresco ni desfauoresco sino Voy lo dexando caminar como V.M. me lo a mandado". Loc. cit.

755. En carta de 22 de septiembre de 1571, el mismo Virrey informa sobre el beneficio del añil, "yerba de arta importancia", diciendo que lo inició un tal Ledesma, "y como a primero ynbentor se le hizo merced que nadie lo pudiese usar sino el". También informa que tiene sociedad con el Marqués del Valle, "la qual esta ya desbaratada". Loc. cit.

756. Por Cédula de 22 de febrero de 1680 se ordena al Virrey, Presidente y Gobernadores, un informe detallado sobre los "obrajes", a fin de demoler los establecidos sin licencia, lo que está basado en el abuso de los indios: "... se han erigido obrajes por autoridad sola de mis Virreyes, o de las Justicias, señalando para su trabajo a indios forzados con varios pretextos...". Habla del cuidado de los Reyes, y el de sus Virreyes, Audien-

Por lo que se refiere a las minas, es obsesión de los Virreyes el envío de plata a España. Junto a ello, preocupación más sentida es la del azogue, que permite el beneficio de la plata, el cual se busca diligentemente, por ejemplo, en 1558, y del que se obtienen malos precios en 1572. También la sal es muy buscada, en cuanto es necesaria para el beneficio de los metales ⁷⁵⁷.

Actividades diversas.

Polarizando el Virrey el gobierno, su intervención se extiende a todos los campos. En el orden de la sanidad, el Virrey crea hospitales ⁷⁵⁸, se preocupa por las epidemias ⁷⁵⁹ y ha de vigilar la fabricación de drogas y sustancias tóxicas diversas ⁷⁶⁰.

Al Virrey corresponde también la policía de imprenta ⁷⁶¹, lo que

cias y Corregidores, y añade: "... aunque según algunos informes que he tenido debiera haber sido mayor..." Ordena demoler "los que estuvieren sin título legitimo o sin licencia y orden mia". MURO, *Cedulario...* doc. 40. En 7 de noviembre de 1680 se encarga a Virrey, Presidente y Gobernador el señalar congrua bastante suficiente a los indios en los obrajes. Op. cit., doc. 64.

757. Una fanega llega a valer un marco de plata en año de muchas aguas. Vid. AGI, Méjico, leg. 20.

758. D. Martín Enríquez informa al Rey en 23 de marzo de 1580 sobre el Hospital de San Lázaro, del que es instrumento el Dr. Pero López. Envía ordenanzas para aprobar, gozando de los privilegios de la Casa de San Lázaro, de Sevilla. AGI, Méjico, leg. 20. El mismo Virrey funda un hospital en el Puerto de San Juan de Ulúa.

759. En 1580 hay "pestilencia", que ataca fundamentalmente a negros y mulatos en las minas.

760. D. Diego de Robles, visitador, en su Memorial sobre el Gobierno de Nueva España pide que el Virrey en su visita vea las casas de los indios, a ver si se hace "pulcre", sobre el que informa: "El dicho vino se haze con unas rraices que enloquece a los indios y se embriagan con ello y rrebientan e mueren de que se sigue grandes daños demas de los delitos y pecados que cometen en grande ofensa de dios nuestro señor con sus madres hijas y ermanas sin sentir ni entender lo que hazen". AGI, Patr.º. leg. 171, ramo 14.

761. D. Martín Enríquez dice al Rey en 23 de septiembre de 1575 que no se imprime nada en virtud de la Cédula dada en El Pardo en 1 de diciembre de 1573 prohibiendo imprimir "en esta tierra" breviarios, diurnales, libros de horas, etc.

en realidad forma parte de sus actividades para el mantenimiento del orden público.

También interviene el Virrey en la organización de la función educativa, sobre todo la de alto grado. Una Cédula dada en Madrid en 2 de enero de 1572 demuestra que a cargo del Virrey había corrido el señalamiento de los salarios de los preceptores de gramática, que, por cierto, eran altos, de lo que da noticia Solórzano, así como de que el Virrey Francisco de Toledo puso en la ciudad de Trujillo un preceptor de gramática extranjero, al que se le señaló quinientos pesos de salario⁷⁶². El Virrey don Martín Enríquez se atribuye el haber favorecido el desarrollo de las letras y haber apoyado a todas las Ordenes religiosas que se dedicaban a la enseñanza⁷⁶³. Cuando se trata de Universidades o estudios, creadas a imitación de las españolas⁷⁶⁴, el Virrey interviene en la provisión de las cátedras, decretándose, por ejemplo, en 1606, que lo fueran por cuatrienios, frente a la provisión vitalicia que se practicaba con el Virrey Francisco de Toledo⁷⁶⁵, y suele nombrar el Canciller, de entre una terna propuesta por la propia Universidad⁷⁶⁶.

La designación de oficios.

Siendo la magistratura más alta, el Virrey interviene más o menos decisivamente en la designación de todos los oficios de la

762. SOLÓRZANO, op. cit. en nota 419, tít. 14, 1, 6.^a.

763. "Yo siempre he favorecido las letras después que vine como una de las cosas más importantes." D. Martín Enríquez al Rey en 23 de septiembre de 1575. AGI, Méjico, leg. 19. El mismo Virrey, en 28 de abril de 1572, menciona un colegio de doncellas como muy provechoso y dice: "Empecé por poco y para mestizas...". AGI, Méjico, leg. 19, ramo 3.

764. Vid. PUGA, op. cit., fol. 137.

765. SOLÓRZANO, op. cit., tít. 14, ley 5.^a. Dice es sacado de carta del Rey al Conde de Monterrey en 20 de junio de 1606.

766. En la Universidad de Lima, el Maestro escuela de la Catedral es el Canciller, que confiere los grados mayores. Al faltar aquél se plantea el problema de nombrar Canciller, y el Virrey nombra al Arcediano, dignidad superior al Maestro escuela, pero resulta no tener grado mayor, pidiendo entonces el rector que sea un individuo graduado. Como anteceden-

Administración. Cuando éstos son muy inferiores, no desciende a intervenir directamente, pero señala su número y su manera de elección, conforme consta, por ejemplo, por lo que se refiere a los pueblos de indios de Nueva España, donde prescribe la existencia de dos alcaldes, regidores y mayordomos, elegidos de entre los propios naturales y removibles anualmente ⁷⁶⁷.

Otras veces, el Virrey realiza directamente el nombramiento, como ocurre en 1591, cuando el Rey ordena nombrar un letrado y un procurador para ayudar a los indios, y el Virrey, D. Luis de Velasco, al que, por cierto, se le intitula entonces Lugarteniente general, dicta auto para que se posesionen de los cargos al licenciado Gaspar Valdés, abogado de la Real Audiencia, y P. Díaz de Agüero, procurador ⁷⁶⁸. A veces atribuye el oficio a título provisional, en tanto el Monarca no disponga otra cosa en contrario, como hace don Martín Enríquez en 27 de noviembre de 1574, designando al secretario de la Audiencia como contador y administrador de la alcabala, al haber dispuesto el Rey que desde 1 de enero de 1575 se pagará aquélla en Nueva España de lo que se vendiera y comprara ⁷⁶⁹. Cuando el nombramiento lo verifica directamente y sin limitación, no deja de reconocer que la remoción puede hacerse por él o también por el Monarca, como cuando el Conde de Monterrey nombra veedor de las obras y fábricas reales a Juan Cerdán ⁷⁷⁰.

Quizá el nombramiento directo de oficiales por el Virrey más

tes o "ejemplares", el Virrey cita varios, y como más importante el de don García Hurtado de Mendoza en 1592, dejándolo al Rector y claustro conforme a constituciones de la Universidad de Salamanca, y nombrándose un Doctor, que sucesivamente recae en el Chantre, el Arcediano, un canónico y el Doctor más antiguo. Carta del Virrey al Rey en 10 de febrero de 1699, en AGI, Lima, leg. 91.

767. Año de 1556. AGI, leg. 1.254, sec. 5.^a, Aud. de Méjico.

768. "El Virrey don Luis de Velasco Lugarteniente de su Magestad gouernador y capitan general de la Nueva España y Fresidente de la Audiencia Real que en ella reside". Madrid, 9 de mayo de 1591, AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico.

769. Loc. cit.

770. "... he acordado de proueerle y nombrarle como por la presente le proueo y nombro Por el tiempo de la Voluntad de Su Magestad y mía en su Real nombre...". 2 de junio de 1602. Loc. cit.

importante es el de corregidores y alcaldes mayores. Una Cédula de 28 de febrero de 1678 arrebató esta facultad a los virreyes del Perú y Nueva España, para hacerlo directamente el Monarca a través del Consejo de Indias. Sin llegarse a comprobar la reacción de esta medida en el Perú, las lamentaciones del Virrey de Nueva España y otros magistrados, y la conveniencia de aumentar el prestigio de Virreyes, Presidentes y Gobernadores, mueve al Monarca a restituir esta facultad por Cédula de 29 de febrero de 1680⁷⁷¹. En 1702 consta que el nombramiento de Alcalde mayor exige la aprobación del Virrey⁷⁷².

La doctrina del siglo xvii, representada por Solórzano, que sigue a Mastrillo y Ponte, entiende que al Virrey le corresponde privativamente la provisión de todos los oficios y presentaciones de beneficios de sus distritos, excepto los reservados al Rey con consulta a su Consejo. Los otros oficios puede designarlos, pero con carácter interino, y con la mitad del salario, dejándose, en todo caso, fuera de esta regulación lo relativo a los oficios de oidores y alcaldes de las Audiencias y prebendas de las Iglesias Catedrales⁷⁷³. Según el mismo Solórzano, los provistos por los Virreyes deben ser respetados por sus sucesores, en virtud de un deber de cortesía y, siguiendo a Mastrillo, en lo referente a Sicilia y Nápoles, distingue los provistos en tiempos limitados y los por voluntad y beneplácito, pues éstos deben cesar cuando lo hace el Virrey que los nombra⁷⁷⁴. A partir de la R. O. de 8 de abril de 1770 parece dibujarse una diferenciación entre los oficios cuya remuneración es menor de 400 pesos, y cuyo nombramiento corresponde al Virrey, aunque el Rey pueda aprobarlos o rechazarlos, y los demás, que son interinos, mientras no interviene el Rey⁷⁷⁵. Los criterios en Indias son similares a los que se aplican en los otros territorios hispánicos⁷⁷⁶.

771. MURO, *op. cit.*, doc. 42.

772. "... y que tal persona que fuere nombrada ha de ser de la aprobación del Virrey". 12 de diciembre de 1702. AGI, Ind. Nueva España, leg. 85.

773. SOLÓRZANO, *op. cit.* en nota 266, libr. V, cap. XIII, núms. 14 y 15.

774. SOLÓRZANO, *op. cit.*, libr. V, cap. XIV, núm. 31.

775. BELEÑA, *op. cit.*, tomo I, último foliaje, núms. 764-66.

776. Para Cataluña, vid. LALINDE, *op. cit.*, págs. 353 y ss.

Si se trata de oficios inferiores, en cuyo nombramiento no intervienen directamente los Virreyes, es también posible que éstos dispongan a quien corresponda hacerlo. El Marqués de Cañete, por ejemplo, sustrae a los Gobernadores la provisión de los alguacilazgos en 1556, y lo atribuye a los Corregidores ⁷⁷⁷.

Planificándose progresivamente la designación de oficios, una R. O. de 18 de junio de 1757 encomienda a los Virreyes el avisar las vacantes y empleos políticos y militares, así como los Obispos y prebendas eclesiásticas ⁷⁷⁸, y una R. O. de 17 de abril de 1770 concreta que eleven cada seis meses una nota de las vacantes en empleos políticos y militares de tipo perpetuo, y otra, para los de tiempo limitado, dos años antes de que cumplan ⁷⁷⁹. En tiempo de guerra, una R. O. de 31 de octubre de 1772, les permite nombrar interinamente las vacantes de Oficiales, precediendo propuesta del Coronel o Jefe de Cuerpo ⁷⁸⁰.

Independientemente de en la designación de oficios en forma regular, el Virrey interviene también en la venta de los mismos, que se practica, al menos, desde los tiempos en que don Juan de Ovando preside el Consejo de Indias, constando la comisión al Virrey de la venta de una escribanía de cámara de la Real Audiencia del Perú unida a la escribanía pública del cabildo. El Virrey lo pregona por todas las ciudades del virreinato, dando un plazo de treinta días para recibir posturas ⁷⁸¹. A veces, esta venta no tiene resultados, como en el caso de cuatro regimientos en la ciudad de Veracruz en 1579 ⁷⁸². En el siglo XVII el sistema sigue siendo

777. Carta de 15 de septiembre de 1556, en LEVILLIER, op. cit., tomo I, pág. 276.

778. BELEÑA, op. cit., tomo I, último foliaje, núm. 755.

779. Op. cit., núm. 756.

780. Op. cit., núm. 759.

781. "Relacion que el Virrey del peru inbia al Illmo señor licenciado don Juan de Obando Presidente del Consejo rreal de las Indias de lo que a pasado sobre la uenta y rremate de ciertos officios quesu magestad le cometio y mando bender", AGI, IG, leg. 856. "Su Magestad por dos cedulas rreales me mando y cometio que diese horden como se bendiesen ciertos officios...". La escribanía de cámara se dio a Francisco de Carabajal, que había ofrecido 9.000 ducados, lo que se consideraba no valía.

782. Así informa D. Martín Enríquez al Rey en 11 de septiembre de 1579. AGI, Méjico, fdg. 20.

utilizado con mucha profesión, imitándose el observado en Castilla⁷⁸³. La doctrina, representada por Avendaño, excluye precisamente de los oficios del Virrey, aquéllos que vende en nombre del Monarca, pues en ello no tiene nada que sea suyo⁷⁸⁴.

El Virreinato como cargo de trabajo.

Si se hace caso a sus titulares, el Virreinato es un cargo de trabajo. Cuando a Martín Enríquez se le encarga la visita del territorio, manifiesta que tiene que acudir a tanto que no puede dormir mucho, si cumple con su deber⁷⁸⁵. En las Instrucciones que el mismo Virrey deja a su sucesor, el Conde de la Coruña, le advierte que, contra la opinión sostenida en España de que el oficio de virrey indiano es muy descansado y de que en territorios nuevos no hay muchas ocupaciones, la experiencia le ha desengañado⁷⁸⁶. Según comunica al Rey, todos los días había de dar audiencia pública

783. Enterado el Rey de que el oficio de repartidor de los negocios en la Audiencia de Nueva España lo lleva un portero por nombramiento del Virrey o del oidor más antiguo, y puesto que en las Chancillerías de Valladolid y Granada se vende, encarga que se haga también allí. También encarga el Monarca la venta de los oficios de escribano mayor de visitas con los oidores de la Audiencia de Guatemala, Contador de cuentas reales y participaciones de resultas para las cuentas Reales y defensor general de bienes de difuntos y menores. Se dirige a los Virreyes de Nueva España y Perú por sus distritos, y a los Presidentes de las Audiencias reales por los correspondientes a las mismas. Cédula de 24 de junio de 1679, en MUÑOZ, *Cedulario...*, doc. 10.

784. "... nam officium non est de Proregis dominio." "... in venditione officii nihil habet Prorex, quod sit suum". AVENDAÑO, *Thesaurus...*, título III, cap. V.

785. "... pues mire V. M. como puede acudir a todo esto un Virrey..." "... que no puede dormir muchas horas si a de hazer lo que deue". De D. Martín Enríquez al Rey en 2 de octubre de 1575. AGI, Méjico, leg. 19 ramo 4.

786. "Despues desto sabra V. S. que aunque juzgan en españa que el oficio de Virrey es aca muy descansado y que en tierras nuevas no deue auer mucho a que acudir que a mi me a desengañado desto la experiencia y el trauajo que e tenido". Instrucciones de D. Martín Enríquez al Conde de la Coruña. AGI, Méjico, leg. 20.

sin porteros, y esto dos veces, es decir, antes y después de comer, debiendo desconfiar y ser cauto en los negocios ⁷⁸⁷.

Sin embargo, pocos documentos nos darán idea del trabajo diario del Virrey, como el que ha legado D. Luis de Velasco ⁷⁸⁸. Los lunes por la mañana oía a los indígenas en todo género de negocios, acompañado de dos o tres intérpretes, haciendo relación o memoria de los negocios que convenía comunicar con la Audiencia para comunicarles el acuerdo, despachando los demás en forma verbal ⁷⁸⁹. Por las tardes asistía al Acuerdo, tanto para el despacho de los negocios de los naturales como para rotar los demás, despachando de ocho a diez de la noche los negocios de gobernación con el secretario. Los jueves hacía lo mismo, y los martes y viernes asistía de ordinario a los estrados para la audiencia de autos y pleitos.

Por la tarde, de una a tres atendía los negocios de los religiosos, y el resto del tiempo oía a los españoles, y lo mismo los demás días a cualquier hora. Los miércoles por la mañana transcurrían como los demás días, en el despacho de los naturales o indígenas, y por la tarde veía los negocios de la ciudad, siendo necesario todo el tiempo para ver las cartas de los prelados, religiosos, alcaldes mayores, corregidores y particulares, triplicándose el trabajo cuando venían o iban los navíos. Sobre todo, el mayor trabajo estaba en proveer los corregimientos y alcaldías mayores y buscar las personas que convenían para los cargos, soportando las pretensiones de los conquistadores y sus hijos de que se les había de dar de comer, siendo diez veces mayor el número de personas que número de cargos había ⁷⁹⁰.

787. "... que con esto y con dar credito a pocos y caminar despacio en los negocios que lo sufrían me auia hallado bien". De D. Martín Enríquez al Rey en 30 de octubre de 1580.

788. *Memorial de las ocupaciones que tienen de ordinario el Visorrey e oydores de la audiencia Real de la nueva españa*. AGI, IG, leg. 856, sin fecha.

789. "...y los demas los despacho sin que ynterben gan papel ni tinta..."

790. "... e sobre todo el mayor trabajo es el proveer de los corregimientos e alcaldias mayores e buscar las personas que conuienen para los cargos e sufrir los conquistadores e hijos dellos e de las otras personas

Por lo que se refiere al siglo XVIII, Smith ha opinado que en Méjico el oficio estaba sobrecargado, contraponiéndolo a los días de la concentración de formas y simplicidad de Felipe II ⁷⁹¹.

El interregno.

En cuanto el Virrey es uno de los dos elementos integrantes de un sistema, el caso de impedimento se resuelve, por regla general, atribuyendo su función al otro elemento. Una Cédula dada en Valladolid en 19 de marzo de 1550, establece que la función pase a cargo de los oidores de la Audiencia, en el supuesto de enfermedad o fallecimiento del Virrey ⁷⁹², lo que refleja la Copulata ⁷⁹³.

Ya en el siglo XVIII, agravado el Virrey Matías Gálvez, dispone que la Audiencia se encargue del gobierno, y el Regente se encargue de la Presidencia, Capitanía General y Temporalidades, ejecutándose así, y aprobándose por R. O. de 22 de enero de 1785 ⁷⁹⁴. Revilla-Gigedo discute en este mismo año, que no habiendo pliego de providencia, fuera el poder militar a la Audiencia, defendiendo una separación de los poderes civil y militar como en España, apoyándose, fundamentalmente, en la avanzada edad de los regentes y decanos ⁷⁹⁵.

En realidad, una R. O. de 29 de julio de 1780 había confirmado la correspondiente recopilada de que los virreinos vacantes recayeran en las Audiencias, aconsejándose los Ministros con el jefe de la Tropa, y la Real Resolución de 10 de enero de 1786, habiendo oído el Rey que los Subinspectores de los virreinos creían suceder a los Virreyes en lo militar, recordó que sólo a las Au-

que traen cédulas y pretenden todos que se les ha de dar de comer, e ay doscientos cargos e dos mill personas que pretenden ser probeydos a ellos”.

791. SMITH, op. cit., pág. 114.

792. ENCINAS, op. cit., tomo I, fol. 252.

793. “Por muerte, ausencia o defecto de los Virreyes gobierne la Audiencia”. Copulata, libr. II, tit. II, ap. 6. Disposiciones de 1550.

794. “... atenciones y despacho del Superior Gobierno...” BELEÑA, *Recopilación...*, tomo I, último foliaje, núm. 780.

795. SMITH, op. cit., pág. 143.

diencias y dichos Subinspectores correspondía el mando de las armas bajo las órdenes del Real Acuerdo⁷⁹⁶.

El indicado traspaso de competencia tuvo su excepción en la existencia de los llamados "pliegos de providencia", es decir, de instrucciones especiales dadas por la Monarquía para el caso del fallecimiento del Virrey. La R. Cédula de 2 de agosto de 1789, reserva para la Audiencia el mando político y militar cuando faltan esos pliegos⁷⁹⁷. Un memorial del siglo XVIII nos ha dejado constancia de lo observado en caso de fallecimiento del Virrey. Un escribano de gobierno daba "fe de cadáver", certificación que con oficio dirigía el Secretario del Virrey al Regente de la Audiencia, el cual convocaba el Acuerdo extraordinario y avisaba al Dean para "tocar la Vacante". En tanto la muerte del Rey se anuncia con 200 campanadas en la Catedral, correspondiendo las Iglesias, la del Virrey, se hace con 100, disparándose tres cañonazos por la Comandancia de Artillería y una cada media hora hasta la retreta, reanudándose después a las cuatro de la mañana, y una cada media hora, mientras se encontraba el cadáver insepulto.

Se procedía a la apertura de la "Alacena" donde se encontraban los pliegos de providencia, y que se hallaba en la Sala principal de la Audiencia. La apertura tenía lugar ante el Regente, oidores y fiscales, o en caso de no haberlos, se extendía certificación, recayendo entonces el gobierno y capitania general en la Audiencia, y la Presidencia de ésta en el Regente. Se remitía después oficio al designado, con testimonio de la "fe de cadáver", auto y pliego de providencia, a fin de que acudiera a hacerse cargo del Gobierno, comunicándose a la Real Sala del Crimen, Arzobispo y Subinspector general, con aviso a la restante tropa y jefes⁷⁹⁸.

Finalmente, hay que destacar que la lejanía del territorio hizo más frecuentes los interregnos, siendo a veces verdaderas odiseas

796. Vid. PÉREZ, *op. cit.*, tomo IV, pág. 518.

797. *Op. cit.*, tomo 28, pág. 554.

798. "Noticia breve de lo que se practica en Vacante de Virrey", en BELEÑA, *op. cit.*, tomo I, último foliaje, pág. 362.

los viajes de los Virreyes electos para tomar posesión de sus cargos ⁷⁹⁹.

IV

LA RESPONSABILIDAD DEL VIRREY

Las limitaciones de su poder.

Las disensiones que surgen durante el régimen virreinal capitulado, demuestra bien claramente la concepción que la Monarquía tiene de las limitaciones del poder virreinal. Cuando Diego Colón en 1511 ordena un pregón para exhortar a todos a que se casen y reglamenta los repartimientos, el Monarca advierte que todo lo que sea de importancia debe consultarlo con él previamente, y no actuar sin esperar su respuesta ⁸⁰⁰. Como se ha dicho, en el régimen no capitulado, el Virrey es un agente real, que ha de limitarse a ejecutar las órdenes del Monarca, de la misma forma que los Virreyes de los restantes territorios hispánicos.

Independientemente de esta limitación substancial, sobre el Virrey recaen prohibiciones especiales que le hacen incurrir en responsabilidad si no las observa. Sobre él pesa la prohibición de llevar a Indias a sus hijos, yernos y nueras, consagrada en la legislación recopilada, la cual, si bien arranca de 11 de abril de 1660, refleja una práctica anterior ⁸⁰¹. Aun recibiendo licencias para ello, en las Instrucciones, desde 1561 para Nueva España, y

799. Vid. la carta del Virrey de Nueva España al Rey en 16 de diciembre de 1589, AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico. Tienen que esperar en Ocoa durante ocho días a que pase el punto de la luna, y allí la marquesa y él reciben "unas calenturas tan rrecias" que les duran todo el camino, de forma que aunque llegan a puerto en 26 de septiembre, no alcanzan Méjico hasta el 17 de noviembre, "y con tan pocas fuerzas que oy no puedo decir que las tengo cumplidas".

800. "... e para acatallas debeislas consultar conmigo antes que alla se hayan de proveer, que sean de importancia...". Año 1511, CDU, tomo 1, doc. 2.

801. Rec. Indias, III, 3, 11. "... estilo y costumbre que ha habido...".

desde 1576 para Perú, se les prohíbe casar a los hijos y las hijas en Indias sin expresa licencia del Monarca, según refleja la Copulata⁸⁰², y según recoge con alguna variación la legislación recopilada⁸⁰³. También necesita licencia para emplear cualesquiera otros familiares, como puede observarse en 1589, respecto a un cuñado del Virrey de Nueva España⁸⁰⁴. Muy severas son las órdenes de no contratar, que se ordena en especial capítulo en las residencias y visitas, y que se recoge en la legislación recopilada⁸⁰⁵, como también en la doctrina, representada por Avendaño⁸⁰⁶, que también insiste en la no licitud de admisión de "munera", salvo de los Obispos⁸⁰⁷.

También es posible la recusación del Virrey, siendo problema debatido en la doctrina el de si lleva consigo la de la Audiencia, pronunciándose Solórzano por la negativa, salvo en el caso de probarse que todos los oidores o parte de ellos estuvieran ligados al Virrey, de forma que pudieran ser recusados por las mismas causas⁸⁰⁸.

802. Copulata, II, 3, núm. 43.

803. Rec. Indias, II, 16, 82, recogiendo legislación que arranca de 10 de febrero de 1575, prohíbe el casamiento de hijos e hijas de Virreyes, Presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales, o el de ellos mismas. La disposición de 8 de julio de 1578, Rec. Indias, II, 16, 83 aclara la anterior, autorizando la de los hijos, cuando es fuera del distrito de la Audiencia en que residen.

804. El Virrey pide al Rey en 16 de diciembre de 1589 licencia para emplear a D. Diego de Velasco, hermano de la marquesa. El otro hermano, don Luis de Zúñiga, falleció durante el viaje. AGI, sec. 5.^a, leg. 1.254, Aud. de Méjico.

805. Rec. Indias, II, 16, 64.

806. Avendaño, que prohíbe toda contratación pública por el Virrey, porque "Publicum hoc exercitium non licet, estque graue peccatum", cuando se trata de dar dinero a un comerciante reteniendo parte del lucro, dice: "non videatur in eo mortale crimen intercedere (Thesaurus..., tit. III, capítulo III, núms. 1 y 2), siempre que no sea con intervención de hijos o criados, "Quia tunc Prorex ipse est causa principalis" (op. cit., núm. 3).

807. "Nam Episcopi non sunt ex subditorum numero nec lites habituri, quae ad eos spectent". Op. cit., cap. IV.

808. "... no me detengo en resolverlo, porque este punto ni en España, ni en las Indias, jamás se ha practicado, ni se podrá practicar, si no es en caso que se probase que todos los Senadores o algunos de ellos son de tal

La exigencia de responsabilidad.

La alta dignidad del Virrey no parece compatible con la exigencia de responsabilidad por los procedimientos ordinarios. Ya se ha mencionado que en Cerdeña, los gobernadores desean tener la condición de virreyes para escapar de ese procedimiento, y en Cataluña, los lugartenientes generales no están incluidos entre las magistraturas que "purgan taula"⁸⁰⁹. Como se recordará, los Colón, basándose en estos precedentes, pretenden también no estar sometidos a responsabilidad, siendo ésta una cuestión muy debatida desde el principio, como ya destacó Haring⁸¹⁰.

Existiendo en Castilla dos procedimientos de exigencia de responsabilidad, de los que uno, la residencia, es el ordinario, y el otro, la visita, es el extraordinario, los Virreyes pretenden no estar sometidos al primero. Efectivamente, éste va en cierta manera contra su dignidad, pues hace participar a la magistratura de la condición común de todos los oficios. Por otra parte, la residencia, tomada periódicamente, no permite eximirse, en tanto, la visita, sin esa periodicidad, puede no corresponder en un momento determinado. En 1574, el Virrey de Nueva España, que manifiesta que a ningún virrey se le ha tomado residencia, solicita que se le exija cuentas por vía de visita, evitando que sea el primer residenciado⁸¹¹. De esta solicitud, Ovando da cuenta al Rey, y el Con-

suerte afectos al Virrey o Presidente que puedan también ser recusados por las mismas causas que a él se le oponen". SOLÓRZANO, op. cit., libr. V., cap. XIII, núm. 45.

809. Vid. LALINDE, op. cit., págs. 242 y ss.

810. Según HARING, op. cit., pág. 28, la cuestión de si el Virrey del Nuevo Mundo estaba sujeto, fue debatido desde un principio, opinando el Consejo Real en 1511 que la Corona podía ordenar una residencia del Almirante y sus funcionarios, de acuerdo con las leyes de Castilla, en tanto Diego Colón alegaba que este procedimiento no se había aplicado a los Virreyes en Castilla y León, y que además el oficio era perpetuo. En 1520, siempre según HARING, tácticamente parece haberse admitido la inmunidad, pero están sujetos a investigaciones a cargo de "comisarios" nombrados por la Corona, por cuyos informes, el Rey o su Consejo, obran apropiadamente.

811. "... que es obligado salga del gobierno de manera que se entienda así y que pues a ningún virrey se ha tomado residencia, aunque el recibe

Consejo de Indias se pronuncia favorablemente a la petición del Virrey ⁸¹².

Sin embargo, en el siglo xvii, al menos, los Virreyes han sido residenciados. Desde Aranjuez, en 8 de mayo de 1612, el Rey comisiona al Virrey de Nueva España, Marqués de Guadalcazar, para tomar la residencia al Arzobispo D. Francisco García Guerra por el tiempo que había desempeñado el cargo por la promoción de D. Luis Velasco, Marqués de Salinas, a la Presidencia del Consejo de Indias ⁸¹³. En 1649, el Alcalde Mayor de Guexocingo denuncia al Conde de Salvatierra por haber marchado sin dar residencia ⁸¹⁴. Lo que sucede es que con frecuencia han debido ser dispensados, como para el siglo xvii puede deducirse de un borrador del Consejo de Indias, del año 1564, en el que la Presidencia ha de proponer las personas que tomaran la residencia de los distintos oficios, exceptuándose las de los virreyes ⁸¹⁵, y para el siglo xviii ha constatado José María Mariluz Urquijo ⁸¹⁶. Esto no tiene nada de particular si se tiene en cuenta que las exenciones son también frecuentes para los oidores de las Audiencias, defendiendo Matienzo la visita, en lugar de la residencia, como se hacía en Castilla, y llegando finalmente la resolución de ser relevados, a través de la R. C. de 21 de mayo de 1787 ⁸¹⁷.

La residencia es pregonada delante de la residencia del Virrey, concretamente, por lo que se refiere a Nueva España, en la puerta principal de las casas reales, en la entrada de la calle de San Francisco y boca del portal principal de la plaza de la ciudad, y en el puente de la esquina de las casas del cabildo, designándose

muy gran merced que se le tome cuenta de como ha bivido para que V. M. lo sepa esto, sea por visita, y no sea el primer virrey residenciado". Consulta del Consejo de Indias de 1574. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 4.

812. "... sea por uia de visita y no de residencia porque dize que a los virreyes no se suele tomar Residencia sino uisita." "Al consejo parece que sea uisita..." AGI, Patr., leg. 171, ramo 22.

813. AGI, Méjico, sec. 5.^a, leg. 1.254.

814. 8 de enero de 1649. AGI, Méjico, leg. 91, ramo 2.

815. Borrador del Consejo del año 1654, en AGI, IG, leg. 855

816. JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, 1952, págs. 106 y ss.

817. Op. cit. pág. 99.

Secretario y asesor ⁸¹⁸. Los pliegos de preguntas para el examen de testigos en la pesquisa secreta, nos ilustran suficientemente sobre los cargos que pueden pesar sobre un Virrey. Tales preguntas son las siguiente: 1.ª Si le conocieron y tuvieron noticia del tiempo que permaneció; 2.ª Si el Virrey recibió cantidades de oro, joyas de oro o plata, preseas u otra cosa por administrar justicia y hacer alguna cosa a la que por su cargo estaba obligado a proveerla o a no hacerla; 3.ª Si tomaron cantidades de la Real Hacienda o bienes de la república, que no le fueron debidos; 4.ª Si dejó de hacer alguna cosa que fuera en daño o perjuicio de alguien por negligencia, omisión o descuido, y 5.ª Todo lo que fuera de pública y notoria voz y fama.

Si el Virrey puede ser residenciado, él a su vez suele residenciar a los demás, como puede observarse en Martín Enríquez, al que se le encomienda en 1572 la de Gobernador y oficiales de la provincia de Copala ⁸¹⁹. En otras ocasiones, lo que hace es intervenir en desarrollo anómalo de alguna residencia, como en virtud de Cédula de junio de 1580 hace el Conde de la Coruña en la del Dr. Carcamo, a fin de hacer información sobre amenazas y violencias de oidores y corregidor de Méjico a los testigos ⁸²⁰. Incluso se les encarga la visita de los pueblos principales de cada partido y provincia, sin aguardar la residencia, pues a ésta escapaban todos, como se hace con D. Diego de Robles en Nueva España ⁸²¹.

En todos aquellos períodos en que el Virrey se ha eximido de la residencia, no ha escapado de la Visita. El propio D. Antonio de Mendoza es visitado por el licenciado Tello de Sandoval, al que se le encomienda la tarea desde Valladolid en 26 de junio de 1543, no sin hacer la protesta de entera confianza en el Virrey y justificarlo por cumplir con una obligación ⁸²². Los puntos sobre

818. 10 de diciembre de 1613. Se nombra secretario a Juan Benítez Camacho, escribano del Rey y teniente de escribano mayor de la gobernación. Se nombra asesor al licenciado Miguel de Chaves, abogado de la Real Audiencia.

819. AGI, Méjico, leg. 19, ramo 3.

820. 15 de octubre de 1581. AGI, Méjico, leg. 20.

821. Memorial sobre la gobernación de Nueva España por D. Diego de Robles, en AGI, Patr.º, leg. 171, ramo 14.

822. "... y porque aunque de la persona de don Antonio de Mendoza

los que recae la visita son los de la manera de usar el oficio de virrey y gobernador; la forma de guardar las instrucciones y provisiones dadas; los agravios inferidas a las personas, y las cosas en que pudiera haberse excedido.

La Visita, encomendada para instruir lo relativo a la responsabilidad del Virrey, no debe entrometerse en el gobierno del Virreinato, y así se advierte al licenciado Valderrama, visitador de Méjico, en 1564, poniéndose como modelo, precisamente, la visita encomendada al Licenciado Sandoval en 1545⁸²³. Sin embargo, las competencias son frecuentes. Cuando en 1585, D. Pedro Moya de Contreras, arzobispo de Méjico y visitador, escribe a los alcaldes mayores y corregidores para tomar cuenta de las comunidades de los pueblos indios, el Virrey, Marqués Villamanrique, declara no corresponder aquella materia a la visita, por ser de gobierno, reclamándolo como Virrey y Gobernador, así como lo referente a la rendición de cuentas de los propios de ciudades y villas de españoles. También reclama sobre lo referente a cuentas de guerra y gastos de ésta contra los chichimecas, unas veces como Gobernador y Capitán General, y otras como Virrey y Capitán General⁸²⁴. Si es en el siglo XVIII, en la época de Gálvez, los choques han sido constatados también por Smith⁸²⁵, que también ha subrayado la impopularidad de la Visita, e incluso la ineficacia cuando el Virrey era rico, o no había ofendido a los amigos⁸²⁶.

Finalmente, también los Virreyes colaboran algunas veces en la Visita de los oficiales. Una Cédula de 13 de septiembre de 1680,

visorrey y Governador de la dicha nueva españa tenemos la confianza que es razon todavia por cumplir con lo que somos obligados, hemos acordado que sea visitado." PUGA, op. cit., fol. 95 v.º.

823. "... no se entrometa en las cosas de gobierno tocantes al Virrey, sino en informarse de como ha usado su oficio." COPULATA, lib. II, tit. II, ap. 28.

824. "... no es negocio que toca, a la Bissita sino de gobierno..." Reunión celebrada en 28 de diciembre de 1585. AGI, Méjico, leg. 20.

825. SMITH, op. cit., pág. 103.

826. SMITH, op. cit., págs. 134-135.

por ejemplo, a fin de poner remedio al retraso de la conclusión de la indicada visita en los casos de recusación, autoriza a los Virreyes y Presidentes de Audiencia para nombrar un adjunto con cuya asistencia pudieran substanciarse y determinarse⁸²⁷.

JESÚS LALINDE ABADÍA

A B R E V I A T U R A S

- ACA. Archivo de la Corona de Aragón.
 AGI. Archivo General de Indias.
 AHDE. Anuario de Historia del Derecho Español.
 AR. Archivo Real.
 Aud. Audiencia.
 BUS. Biblioteca de la Universidad de Sevilla.
 C. de A. Consejo de Aragón.
 CDU. Colección de Documentos de Ultramar.
 CODOIN AGI. Colección de Documentos Inéditos del Archivo General de Indias.
 IG. Indiferente General.
 Ind. Indiferente.
 Patr.". Patronato.

827. "... cuando recusen a los Visitadores que se nombraren... puedan nombrar acompañado con cuya asistencia se sustancien y determinen..."
 MUÑOZ, op. cit., doc. 55.

LOS NEGOCIOS «PIETATIS CAUSA» EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES POSTCLASICAS

SUMARIO: *Introducción* 1. La generosidad privada en el Bajo imperio. *Las constituciones imperiales en el ordenamiento jurídico del Bajo imperio.* 2. El origen divino del Poder. 3. Papel político de la legislación imperial. Distintos elementos integrantes del Derecho imperial sobre materia eclesiástica. 4. Épocas a distinguir dentro de la legislación imperial postclásica.—*Modificaciones introducidas "ratione pietatis" por el Derecho imperial:* 5. a) *Requisitos formales en el negocio jurídico.* La constitución de Constantino C.1.2.21 y las sucesiones en favor de la Iglesia.—La Novela 5 del emperador Marciano. 6. La constitución del León y Antemio C.1.2.14 del año 470 y los negocios *quocumque iure facti*.—La ley del emperador Zenón C.1.2.15 para las donaciones piadosas.—La *insinuatio donationis* en el Derecho justiniano. 7. b) *El peculio "quasi castrense".* El privilegio peculiar en tiempos de León y Antemio (C.1.3.33.[34]). 8. El peculio de los clérigos en el Codex justiniano (C.1.3.49[50]).—Posible papel de este instituto en los actos dispositivos *pietatis causa*. 9. c) *Inmediatividad en la ejecución de la liberalidad testamentaria "ratione pietatis".* La "*mora ex re*".—Cumplimiento *sine ulla cunctatione* C.1.3.28.1, León 1, a. 468. 10. La *mora ex re* de la constitución justiniana C.1.3.45(46) 4 y el concepto delictivo del retraso. 11. d) *Régimen excepcional de los patrimonios originados por los negocios "in bonum animae".*—La jurisprudencia postclásica y las *res divini iuris*. 12. El concepto de lo sacro y la nulidad de la compraventa sobre cosas eclesiásticas en la constitución leoniana. 13. Reglamentación del emperador Anastasio (C.1.2.17). 14. El Derecho justiniano de la compilación (C.1.2.21 e I.2.1.8). 15. Los nuevos enfoques del problema en las Novelas de Justiniano. La Novela 7 y la Novela 120.

INTRODUCCIÓN

1. El nuevo orden ideológico que supuso la rápida propagación de los principios cristianos, a partir del siglo IV, trajo consigo nuevos enfoques psicológicos determinantes del actuar humano y, con ellos, una visión de los negocios jurídicos gratuitos en favor de la propia alma del causante. Hemos de aclarar que, al hablar del *bonum animae* y de la preocupación ultraterrena del hombre que va a

morir, no pretendemos nunca que este bien del alma —descanso o paz— haya sido creación exclusiva de las orientaciones dogmáticas del cristianismo. Sí fue obra del cristianismo su forma histórica concreta. Esa forma que, ya en los años trescientos, adoptó el *bonum animae* por influencias culturales determinadas y que producen como resultante una proliferación abrumadora de actos dispositivos en favor de la Iglesia y de los establecimientos de caridad. Sin embargo, la preocupación del más allá es tan antigua como la humanidad, y como todo en la Historia del Pensamiento, va sufriendo un movimiento ascensional de espiritualización progresiva.

Sobre este fondo, pues, de antiquísima y ancestral inquietud del hombre por su propio destino tras la muerte, que también durante la época pagana fue más y más espiritualizado¹, pasamos a la

1. En la creencia de la inmortalidad, puede notarse como una evolución desde la más antiguas ideas materializadas, que en Roma coincide con la fase latino-etrusca, y en donde la vida ultraterrena se asocia a un deseo telúrico de descanso en la propia tumba, a los conceptos más espiritualizados que en pleno siglo II y casi siempre por lejanas influencias orientales tienen su apogeo universal en el imperio romano. Aun dentro de estas formas espiritualizadas, podrían notarse, dentro de la enorme dificultad que suponen el separar los elementos integrantes de una cultura religiosa, dos tendencias. Una de raíz más occidental y por tanto más romana, sería la inmortalidad de la fama y del recuerdo. En esta corriente se integrarían todas las famosas fundaciones funerarias que poblaron el mundo imperial en los primeros siglos de la era cristiana y cuya razón de ser es, fundamentalmente, un vivir ultraterreno en la memoria de los amigos y parientes. (Existe una bibliografía tan numerosa que citamos exclusivamente un trabajo que nos parece quizás el más significativo. Se trata del estudio de LE BRAS: *Les fondations privées du haut Empire*, en *Studi Riccobono III*, p. 23 ss.) La otra tendencia que parece incluso superponerse a esta de las fundaciones *ad colendam memoriam*, tiene una raíz más exótica y provinieron del oriente helenizado y de las corrientes filosóficas, transformadas también en religiones más o menos comunes. En ella, la inmortalidad y el descanso supone más bien un vuelo místico del alma hacia las alturas divinas de un Dios universo o un Dios solar.

Pueden considerarse imprescindibles para el estudio evolutivo de la Religión antigua greco-romana las obras de CUMONT: *After Life in roman Paganism*, Nueva York, 1951; BANET: *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, 1957; LATTE: *Römische Religionsgeschichte*, Munich, 1960; BIANCHI: *Recenti studi sulla religione romana*, en *Studi romani* 9 (1961); etc.

época cristiana, que al tomar en sus manos el timón de la política sociológica no hace otra cosa que dar un nuevo paso en esta plasmación espiritual en la preocupación por la suerte del alma. Por otra parte, el cristianismo que se hace cultura cristiana, que toma cuerpo y encarnación histórica en Bizancio, no podía dejar de recibir el impacto de las fuerzas ideológicas orientales, pues fue fundamentalmente en oriente donde los Padres griegos imponen su modo concreto de enfocar el problema de la muerte. La idea penitencial, el resarcimiento de daño, la devolución de los bienes mal empleados en vida, fueron, junto con la tendencia maniquea o monofisita de la maldad del mundo y de la materia y la consecuente necesidad de abandonar las riquezas incompatibles con la salvación, los grandes centros motores del actuar cristiano de estos siglos.

Esta caridad, en parte iluminada y carismática y en parte también emulativa y humanizada, como sin mucho esfuerzo podemos deducir de las propias fuentes literarias y de las abundantes historias eclesiásticas tan en boga entonces, escritas para edificación del pueblo cristiano², había de ser canalizada por el estrecho cauce de unos negocios jurídicos romanos, vulgarizados por la práctica postclásica y deformados, a veces, por la excesiva tendencia pragmática de los juristas de los siglos IV y V. Esta realidad social de cientos de actos dispositivos cristianos de carácter gratuito, no sólo supuso un nuevo planteamiento medular del concepto de liberalidad³, sino que afectó también al concepto jurídico de lo gratuito

2. Entre todos los historiadores eclesiásticos orientales destacan fundamentalmente Sozomeno: *Historia ecclesiastica* (PG. 67, 844-163); Teodoro de Ciro: *Historia religiosa seu ascetica vivendi ratio* (PG. 82, 1253-1496) e *Historia ecclesiastica* (PG. 82, 882-1280); Eusebio de Cesarea: *Vita Constantini* (PG. 20, 905-1253), *Ad coetum sanctorum* (PG. 20, 1253-1316) y *Laudes Constantini* (PG. 20, 1316-1440).

3. Ya puede notarse esto desde los más antiguos monumentos literarios de la primitiva cristiandad. Así, por ejemplo, la *Didaché* o doctrina de los doce apóstoles y la *Didascalia*, en donde aparece la idea de la limosna con un nuevo enfoque cristiano. Sobre la *Didaché* puede verse la traducción de ERRANDONEA, Madrid, 1946, p. 49 ss. y de la *Didascalia* es interesante el estudio de LAGARDE: *Didascalia, apostolorum syriaci*, Leipzig, 1954. Más claro y en cierto modo más innovador es el concepto de la limosna-deber que nos presenta San Juan Crisóstomo, que va alejándonos cada vez más de la tradicional idea de la donación, causa gratuita. *Vid. Obras de San*

y, de rechazo, influyó en la tipificación y calificación de donaciones y legados.

En una época de amplia captación de nuevas directrices, el Derecho romano, a la vez que recibe su última helenización, cristianizada ya por la yuxtaposición de la nueva cultura, adapta sus figuras y las líneas generales del viejo ordenamiento clásico por la necesidad de dar cauce a estos nuevos actos jurídicos tan numerosos y en donde los piadosos testadores y donantes disponen de sus bienes en las más caprichosas formas, no siempre respetando los antiguos principios, casi axiomáticos de la jurisprudencia romana⁴.

Los dos grandes soportes del Derecho romano postclásico, la jurisprudencia y el derecho imperial, realizaron un gran esfuerzo de habilitación para poder dar entrada, a veces con fórmulas más o menos ingeniosas, dentro del ordenamiento a estos negocios jurídicos nuevos hechos *in bonum animae*. En más de una ocasión, parece como si la propia realidad social hubiese sido de verdad quien ha llevado las riendas en este campo, dando la impresión de que no sólo las obras jurisprudenciales, sino, incluso, las mismas leyes imperiales corren a la zaga de esa situación desbordante, cubriendo lagunas, creando figuras o derogando normas, cuando ya quizá la práctica diaria de los notarios o el consejo de juristas anónimos lleva años de adelanto sobre el Derecho escrito.

Es, quizá, el Derecho imperial en torno al *bonum animae*, interesante de estudiar porque por su privilegiada situación política y por tratarse de un cuerpo legal joven y vigoroso, es capaz como nadie de recoger la más mínima influencia, siendo por ello altamente sensible a las nuevas oscilaciones ideológicas cristianas.

Juan Crisóstomo. *Homilias sobre el evangelio de San Mateo II*, BAC, Madrid, 1956, p. 83, 331, 565 ss.

4. Justiniano en una constitución (C.1.2.25[26]) del año 530 hace referencia a una cierta costumbre o práctica testamentaria muy extendida, que saltando por encima de todos los obstáculos del ordenamiento jurídico, ha dado pie a que en muchos testamentos se instituya heredero al propio Jesucristo, a un santo mártir o algún arcángel. Vid. MURGA: *El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho romano postclásico y justinianeo*, en *AHDE* 35 (1965), p. 375 ss.

LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DEL BAJO IMPERIO

2. Diocleciano dejó en manos de sus sucesores un poder político tan peculiar que puede considerarse como el final evolutivo de un largo proceso iniciado ya con los emperadores militares del siglo III. Una amplia y profunda metamorfosis, bajo la influencia de ideas helenísticas y orientales, convierten el cetro imperial en el símbolo de un poder monárquico bastante cercano a los principios constitucionales del imperio persa⁵. Esa larga evolución, con factores en un primer momento tal vez sólo ideológicamente cercanos a las concepciones sacrales de oriente, pero luego, tras la creación de la capitalidad constantinopolitana, también con una fuerte presión geográfica y social, convierte la potestad imperial en algo muy cercano a la divina potencia celeste, apareciendo desde entonces la voluntad de los emperadores como una especie de *divinus consensus*⁶. El príncipe es *dominus et deus*⁷ y todo el imperio estará estructurado bajo esta protección imperial dominadora y divina. Cómo se conserva y se desarrolla la fundamentación política del poder, después de Constantino, es un problema complejo, con multitud de implicaciones y que prolongaría inútilmente nuestro estudio, apartándonos del tema que verdaderamente nos interesa tratar: la repercusión y la mutua influencia que se da, a partir de Constantino, entre los nuevos enfoques cristianos para los negocios jurídicos *in bonum animae* y la joven legislación imperial, colocada.

5. Dentro de la inmensa bibliografía sobre el tema, puede tener interés el primer volumen de STEINS *Geschichte des spätromischen Reichs I. Vom römischen zum byzantinischen Staate*, (284-476), Viena, 1928; VASILIEV: *Histoire de l'empire byzantin I*, trad. francesa, París, 1932; PARIBENI: *Da Diocleziano alla caduta dell'Impero d'Occidente*, Roma, 1941; FIGANIOL: *Histoire romaine IV, L'Empire Chrétien*, París, 1947; MAZZARINO: *Trattato di storia romana II. Impero romano*, Catania, 1956, p. 279 ss.; VÖLKL: *Der Kaiser Konstantin*, Munich, 1957; también el estudio de GAUDEMET: *Le régime imperial*, en *SDHI* 26 (1960), aunque con carácter general, a partir de la p. 295 se refiere al poder político del dominado; AMELOTTI: *Da Diocleziano a Constantino*, en *SDHI* 27 (1961), p. 241 ss.

6. *Vita Numeriani*, 12,2.

7. Aurelio Víctor: *de Cues.*, 39,5.

por las circunstancias políticas concretas del Bajo imperio, en un rango legislativo excepcional.

No podrá nunca Constantino liberarse, aunque lo hubiese pretendido, del peso tremendo de esas circunstancias históricas, legadas por Diocleciano. Es, en efecto, también un monarca absoluto, que asume el título de *dominus* —el título completo de *dominus et deus* hubiera sido chocante para la nueva mentalidad religiosa—, pero al que añade otros nuevos, como el de *dominus bono reipublicae natus*, del que nos dan fe las inscripciones epigráficas de la época⁸. Tras la victoria del puente Milvio, Constantino el Grande entra triunfalmente en la Historia de Roma, y también, a partir de ese momento pasará a la historia eclesiástica, a las obras de los Padres y a la leyenda, como un nuevo Moisés, objeto directo de la divina protección.

Todos los emperadores a partir de Constantino se sienten de verdad elegidos de Dios y creen sinceramente que ha sido la Divinidad quien puso en sus manos el dominio del universo⁹. Esta conciencia del origen divino del poder es, sin duda, anterior a Constantino y ya presenta alguna versión pagana de carácter helénico-oriental en la segunda mitad del siglo III. Ahora, sin embargo, la doctrina teológica cristiana le ha prestado un nuevo ropaje dogmático más en consonancia con las nuevas creencias¹⁰.

Como es natural, toda esta concepción política del poder imperial tuvo que tener una repercusión inmediata en el orden legislativo. Las constituciones de los emperadores empezaron a estar como impregnadas de esta peculiar omnipotencia soberana, reflejo de la divina¹¹, sobre todo en aquellos casos en los que el legislador, so-

8. *CIL III*. 5326; 5726; 11844.

9. Eusebio de Cesarea: *Vita Constantini*, 133. Sobre esta obra histórica, además de la edición de MIGNE (*PG.* 20, 905-1440), puede verse la de HEIKEL en la colección: *Die griechischen christlichen Schriftsteller* 7 (1902), p. I. ss. Es asimismo interesante el estudio de ALTANER: *Agustinus und Eusebius von Kaisarica*, en *Byzantinische Zeitschrift* 44 (1951), p. I. ss.

10. León I: *Epist.* 73 (*PL.* 54,900). Vid. DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, Milán, 1948, p. 125 ss.

11. Sobre el carácter especialmente confesional de los emperadores del Bajo imperio, sobre todo de Constantino, puede verse: BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, Milán, 1952, p. 262 ss.; EHRHARDT: *Constantin der Grosse*

licitado por el propio acuerdo conciliar, reglamentaba materia eclesiástica o reforzaba sagradas disposiciones sinodales.

3. Es fácil comprender que las constituciones del Bajo imperio jueguen un gran papel en la reglamentación de todas las figuras jurídicas que puedan producir estos años, alrededor de aquellos negocios más empleados por los piadosos cristianos occidentales y bizantinos. Las *leges*, como un aparato normativo de exquisita sensibilidad, lograrán captar las nuevas corrientes ideológicas, y no solamente aquellas más importantes y que afecten al Derecho público en cualquiera de sus ramas, sino estas otras que interesan : hombre de la calle, al cristiano corriente que quiere disponer de sus bienes en vida o para después de muerto, tratando de utilizar para ello los negocios jurídicos romanos usuales.

Precisamente por estar las constituciones orientadas en una tendencia oficial de la política, concorde con la Iglesia, alimentan su esquema doctrinal con los principios del credo cristiano. Ahora bien, como fácilmente puede comprenderse, los principios de la cultura cristiana, tan elocuentemente desarrollados en la obra literaria de los Padres de la Iglesia, son aún demasiado generales y, salvo en alguna ocasión muy concreta en la que el criterio legislativo ha pasado, con toda limpieza y claridad, directamente de la patristica a las leyes imperiales¹², lo normal es que antes de llegar a la letra de la ley, hayan sufrido una serie de tamizaciones sucesivas, como una especie de preparación para el casuismo legislativo. Este es precisamente el papel que vienen a cumplir, por ejemplo, las disposiciones de los concilios ecuménicos o provinciales, las inspiraciones procedentes de la doctrina y de los jueces eclesiásticos

Religionspolitik und Gesetzgebung, en *ZS* 72 (1955), p. 127 ss.; *Id.*: *Some aspects of Constantine's Legislation*, en *Studia patristica II*, Berlín, 1957; STRAUB: *Kaiser Konstantin als Episkopos τῶν ἐξῆς*, en *Studia patristica I*, p. 678 ss.; VOGT: *Constantinus der Grosse*, en *Reallexikon für antike und Christentum*, s. v.

12. Este es el caso de la doctrina sentada por San Ambrosio con relación a la venta de los vasos sagrados de las iglesias para aplicar el precio de la venta a la redención de cautivos (*De off.* 2.15, 70-71 (PL. 16,121 ss.) que parece reflejarse en la legislación justiniana (C.1.2.21, año 529 y Nov. 7, año 535).

ante los casos concretos e, incluso, los criterios introducidos por la propia vida cristiana de la sociedad.

Muchas veces fueron los cánones de los concilios reabsorbidos por la ley imperial, que podía prestar su apoyo normativo de este modo a la Iglesia en aquellos momentos en que esta trataba de hacer su propio ordenamiento jurídico¹³. El apoyo imperial fue, sobre todo, absolutamente necesario cuando, tras la caída de occidente bajo los bárbaros, la distancia con Roma aún se hizo mayor y las discusiones, incertidumbres y rivalidad entre las iglesias hacía mucho más difícil la aparición de normas eclesiásticas de carácter universal¹⁴. Estas circunstancias hacen explicable el hecho de que durante todo el siglo IV y la primera mitad del siglo siguiente los emperadores recojan referencias directas de los concilios¹⁵ y que Teodosio II, el año 421, mande observar de modo general las disposiciones conciliares: *Omni innovatione cessante vetustatem et canones pristinos ecclesiasticos, qui nunc usque tenuerunt, per omnes Illyrici provincias servari praecipimus*¹⁶.

Durante mucho tiempo, la doctrina de la Iglesia impregnó con sus criterios el Derecho imperial del Bajo imperio, transmitiendo a las constituciones la seguridad ortodoxa de su contenido¹⁷. Más tarde, Justiniano va mucho más allá, y en el año 533 escribe al papa Juan II, *sanctissimus archiepiscopus almae urbis Romae et patriarcha*, una declaración de principios religiosos en los que, red-

13. JONKERS: *Quelques remarques sur les Peres de l'Eglise et les Conciles et les constitutions des empereurs chrétiens en leurs rapports réciproques, comme sources pour l'histoire du Bas-Empire*, en *Melanges de Visscher I* (1949), p. 493 ss.; ALIVISATOS: *Les rapports de la législation ecclésiastique de Justinien avec les canons de l'Eglise* en *Atti Congresso Roma 1933 II*, p. 79 ss.; BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, cit. p. 230 ss.

14. DIESNER: *Kirche und Staat im spätrömischen Reich. Aufsätze zur Spätantike und zur alten Kirche*. Berlín, 1963.

15. Así, por ejemplo, Graciano, Valentiniano y Teodosio en C. Th. 16.1,3, año 381, hablan de la *fides vera ac Nicaena*, y Valentiniano, Teodosio y Arcadio el año 386, en C. Th. 16.1.4, aluden a la *fides constantinopolitano (concilio) confirmata*.

16. C. Th. 16.2.45 (C.1.2.6 y C.11.21.1).

17. WENGER: *Über canon und regula in den römischen Rechtsquellen*, en *ZS. kan. Abt.*, 32 (1943), p. 495 ss.; BIONDI: *Religione e Diritto canonico nella legislazione di Giustiniano*, en *Scritti Giuridici I*, p. 551 ss.

dentem honorem apostolicae sedi, se adbiere de modo absoluto a cuanto la Iglesia enseña —*sicut vestra apostolica sedes docet atque praedicat*— y ha definido en los cuatro concilios, *in Nicenae. in hac regia urbe convenerunt... qui in Epheso primo congregati sunt... qui in Chalcedone convenerunt*¹⁸. La fidelidad justiniana a las enseñanzas de la Iglesia sigue siendo con los años el norte de su política religiosa, y esto se observa también en las novelas¹⁹.

Otra tamización o reglamentación intermedia puede llegar a la ley imperial de contenido religioso, a través de la inspiración suministrada por la doctrina jurídico-política de los clérigos palatinos y por el *usus iudicandi* de la *episcopalis audientia*. Aunque mucho menos precisa, como es lógico, que la elaboración conciliar, entran también en las constituciones estos enfoques cristianos, que el pensamiento de los grandes personajes de la Iglesia, cuya proximidad física y espiritual con los emperadores fue tan grande, puede ir dando en cada momento a la política legislativa. Sin duda que no fue pequeño el papel que desempeñaron algunos Padres de la Iglesia dentro de la corte imperial, y más de una vez se deja adivinar la influencia directa de su consejo en la norma promulgada²⁰.

También llegan a las *leges* los criterios que el modo cristiano de enjuiciar los problemas jurídicos, va sentando —como una especie de uso forense eclesiástico— el diario tramitar de los más variados litigios ante el tribunal de los obispos. Esta jurisdicción

18. Esta singular constitución justiniana, incluida en el *Codex* (1.18) está formada por una carta del emperador al Papa Juan II. Justiniano se ha visto envuelto en una serie de enojosas cuestiones teológicas y mirando al occidente, no puede olvidar a la Sede romana. Por ello tiene gran empeño en que el Papa reconozca su conducta ortodoxa y esta es la razón de dicha carta enviada a Roma con los obispos Hipacio de Efeso y Demetrio de Filipos. En ella se afirma rotundamente la aceptación de los cuatro concilios generales de la Iglesia de Dios. El *Liber Pontificalis* añade que, con la embajada envió gran cantidad de objetos preciosos para la basílica Vaticana. Vid. SABA: *Historia de los Papas I*, Barcelona, 1951, p. 165 ss.

19. Nov. 6, c.1,8, año 535; Nov. 131, c.1, año 545.

20. A este respecto son interesantes las obras, ya citadas de BIONDI: *L'influenza di Sant'Ambrogio sulla legislazione religiosa del suo tempo*, en *Scritti Giuridici I*, p. 645 ss. y las de BRUCK, en especial: *Kirchlich-soziale Erbrech in Byzanz Johannes Chrysostomus und die mazedonischen Kaiser*, en *Studi Riccobono III*, p. 377 ss.

especial de la *episcopalis audientia* tuvo tal importancia en la época de Constantino que, incluso, por voluntad de una sola de las partes, podía ser llevado el asunto a la decisión arbitral de la autoridad eclesiástica²¹. Aunque no es demasiado clara la situación que pudo plantear esta jurisdicción episcopal en sus relaciones con la jurisdicción ordinaria, parece ser, sin embargo, que a partir del año 398 los emperadores Arcadio y Honorio insisten sobre la necesidad del consentimiento de las dos partes litigantes para poder trasladar el asunto al arbitraje episcopal²².

De todos modos, estos tribunales de la Iglesia pueden dirimir en todos los asuntos porque es una jurisdicción electiva y el valor de la decisión corresponde, en los asuntos civiles, al de un laudo arbitral: *Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non velabuntur, sed experientur illius, in civili duntaxat*

21. Sobre la *episcopalis audientia*, puede verse, además de la abundante bibliografía que cita BIONDI en su obra *Diritto romano cristiano I*, p. 445, n. 3, los últimos trabajos aparecidos, principalmente: INSTINSKY: *Bischofsstuhl und Kaiserthron*, Munich, 1955, p. 47 ss.; VAN DEN BRINK: *Episcopalis Audientia*, en *Mededelingen der Koninklijke Nederlands Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam, 1956; VISMARA: *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del Vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel Diritto romano e nella storia del Diritto italiano fino al secolo nono*, en *Publicazioni delle Università cattolica del Sacro Cuore*, 54, Milán, 1937, con la recensión de VOLTERRA en *SDHI* 12 (1946), p. 353 ss. Esta obra es sin duda la más completa y exhaustiva. Ultimamente tenemos además el artículo de JAEGER: *Justinien et l'episcopalis audientia*, en *Rev. hist. de Droit français et étranger* 4, 38 (1960), p. 214 ss.

22. Puede observarse, en efecto, como una marcha atrás en la política imperial con relación a la *episcopalis audientia*. En la constitución de Constantino (*Sirmond.* 1) del año 333 se mantenía con toda claridad que era sólo suficiente la voluntad de una sola de las partes para llevar el juicio al tribunal del obispo: *Quicumque itaque litem habens, sive possessor sive petitor vel inter initia litis vel decursis temporum curriculum, sive cum negotium pergratur, sive cum iam coeperit promi sententia, iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, ilico sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad episcopum personae litigantium dirigantur*. Menos expresiva, pero más antigua quizá (la constitución no tiene fecha cierta) es otra ley de Constantino del mismo sentido contenida en C. Th. 1.27.1. Arcadio y Honorio, el año 398, requieren ya para las causas civiles el consentimiento mutuo (C.1.4.7), como claramente también confirman diez años después en C. Th. 1.27.2.

*negotio, more arbitri sponte residentis iudicium*²³. Sin embargo y aunque puedan los obispos resolver en todos los asuntos, es lógico pensar que irían al juez eclesiástico, con preferencia, todos aquellos litigios civiles, en los que se debatiese un tema relacionado directa o indirectamente con la Iglesia, aun aquellos de carácter claramente patrimonial. Dentro de éstos no es difícil tampoco imaginar que debieron ser bastante frecuentes las decisiones episcopales en aquella materia que más inmediatamente nos interesa: ejecución de legados o fideicomisos frente a los herederos o a las personas gravadas, cumplimiento de gravámenes modales en aquellos negocios que lo admitan, prestaciones periódicas de alimentos o limosnas en forma de legados más o menos inciertos, reclamación de donaciones *inter vivos* o *mortis causa* frente a parientes, posiblemente morosos en el cumplimiento de la piadosa voluntad del difunto manifestada en cualquiera de las formas usuales dentro de esta sociedad cristiana del Bajo imperio.

Tal vez y casi inconscientemente se fuera introduciendo un nuevo modo de ver todos estos asuntos litigiosos, tan frecuentes y repetidos y quizá también el culto juez eclesiástico no se apartase demasiado de una solución jurídica auténtica. Sin embargo, surgió, sin duda, un amplio trato favorable a todo este tipo de disposiciones con fines de caridad o de culto y muy posiblemente, con los años, surgiese una cierta praxis que de algún modo repercutió en la legislación imperial, sobre todo, ya comenzado el siglo v. Esta práctica, piensa Biondi²⁴, pudo ser un conjunto amalgamado de normas jurídicas y morales, leyes seculares y cánones de la Iglesia, junto con orientaciones generales deducidas de la producción literaria de los Padres y todo ello, como envuelto en una masa de reglas, nacidas de usos y costumbres locales, más o menos generalizados.

Los elementos que pudieron pasar, pues, a las constituciones imperiales, procedentes de este *usus iudicandi* eclesiástico quizá no fuesen demasiado concretos²⁵ y pudieran reducirse a un espíritu

23. C.1.4.7, año 398.

24. BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, cit. p. 456.

25. Esta es la opinión de BECK en su estudio *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung*, en *Atti Congresso Roma 1933 II*, p. 109 ss.

general de criterio favorable a todos aquellos litigios en los que se dirimiese un interés de la Iglesia, de los pobres, cautivos, etc. Tal vez se tratase tan sólo de la *equitas*, esa alusión genérica a la *lex Christiana* que hace el emperador Constantino al hablar del *iudicium episcopale*²⁶ y las sentencias de estos tribunales no se acomodasen, según cree Busek²⁷, a los principios jurídicos romanos, sino a normas puramente morales o de Derecho natural, de acuerdo con el estadio cultural del pensamiento cristiano de estos siglos.

No obstante, esta opinión, lo más probable es que siendo la *episcopalis audientia* un producto histórico concreto nacido dentro de este imperio romano tardío, aportase algo más que esa genérica equidad de la *lex Christiana* de la constitución constantiniana. No podemos olvidar que estos venerables y piadosos jueces²⁸ son fundamentalmente hombres cultos romanos y que tal vez formaron parte de la más alta aristocracia palatina, tanto por su inteligencia como por su linaje, por lo cual indefectiblemente arbitraron y resolvieron los asuntos de acuerdo con su elevada formación cristiana y social, con el enfoque preciso y propio de unas mentes preparadas culturalmente²⁹. Si se tiene en cuenta, además que toda la época preteodosiana son unos años oscuros y de una cierta mediocridad profesional en los jueces laicos, tanto por la falta de cultura jurídica como por la escasez de preparación humana, sobre todo en occidente³⁰, se puede entender mucho mejor que una praxis judicial eclesiástica, como la de la *episcopalis audientia*, pudiese brillar lo suficiente en la corte imperial para poder llegar a influir eficazmente en el órgano legislativo³¹.

26. *Si quis ad legem Christianam negotium transferre voluerit.* (C. Th. 1.27.1.) Esta constitución no tiene fecha segura.

27. BUSEK: *Episcopalis audientia, sine Friedens- und Schiedsgerichtsbarkeit*, en *ZS.* kan Abt. 28 (1939), p. 473.

28. C.1.4.29, 10-11, año 530.

29. Muchos de estos personajes, cuyas vidas transcurrieron junto al solio imperial, según nos atestiguan las *Historias eclesiásticas*, pudieron ser algunos de aquellos *florantissimi nostri palatii proceres*, de los cuales tan encendidos elogios hace Justiniano en su Novela 62, c.1 del año 537.

30. GAUDEMET: *Le droit vulgaire occidental*, en *LABEO* 3 (1957), p. 372 ss.

31. Un índice de este desequilibrio en la pericia juzgadora, entre los tribunales eclesiásticos y los civiles, cree descubrirlo JAEGER (*ob. cit.*, p. 226

Tenemos, pues, que la influencia episcopal no fue pequeña, aunque si se quiere, a la hora de determinar los casos en los que se pueda manifestar esta influencia, no resulta demasiado fácil concretarlo³². Sin embargo, en algún supuesto podemos avanzar algo más en esta conexión entre el órgano judicial de los obispos y las constituciones de Bajo imperio. Así, en todos aquellos momentos en los que el legislador imperial trata de regular cuestiones propias de la disciplina del clero o de los monjes es lógico entender que se pueda ver más inspirado por los criterios eclesiásticos que por los suyos propios. Tal vez fue este el caso, por ejemplo, de una constitución de Valentiniano II, Teodosio y Arcadio, de cortísima vigencia, contenida en el *Codex* teodosiano (16.2.27)³³. En ella se considera nulo el testamento hecho por mujeres, en favor de la Iglesia o con cualquier otro destino piadoso, *nullam ecclesiam, nullum clericum, nullum pauperem scribat heredes*. Si tan sólo dos meses después, en agosto del 390, los mismos emperadores (C. Th. 16.2.28) derogan la norma anterior, autorizando a las diaconisas y a las viudas a testar en favor de eclesiásticos, y dado lo específico de la materia legislada, es fácil conjeturar que esta versatilidad imperial responda más bien a cambios de criterios en las más

y n. 35) en la continua exhortación imperial a los jueces laicos, para que antes de la sentencia judicial, procuren por todos los medios una *diligens investigatio*, para poner a salvo la *acquittatis ratio et iuris praescripta* (C. Th. 11.31.5, constitución de Valentiniano, Valente y Graciano, año 370).

32. BIONDI (*Diritto romano cristiano I, cit.*, p. 456) trata de relacionar la posible influencia de la *episcopalis audientia* sobre las leyes imperiales, por medio de una vieja ley de Constantino, en la que se dice: *Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae acquittisque quam stricti iuris rationem* (año 314). Sin embargo, la fecha es quizá demasiado temprana, para que pueda pensarse que esa equidad, a la que alude el emperador, sea aquella visión cristiana propia de los jueces de la Iglesia.

33. Dadas las circunstancias jurídicas vigentes, el único camino posible para las disposiciones *mortis causa* en favor de los pobres, sería el utilizar una vía fiduciaria a través de un clérigo. La prudencia de los testadores se encaminaría o bien en la elección de una persona idónea y de confianza o bien fijar un sistema caucional, por medio de un gravamen modal. Tal vez las mujeres puedan ser menos prudentes y verse más expuestas a estas defraudaciones en el destino piadoso de sus bienes.

altas esferas religiosas, a donde siempre acudieron los emperadores: a la hora de reglamentar una materia tan delicada.

Se piensa, en efecto, que los testamentos en los que una mujer instituya como heredero a un clérigo o deje parte de sus bienes para un piadoso destino, dado lo impresionable del ánimo femenino, podría ser un campo peligroso y donde podrían abundar determinados abusos, fácilmente evitables con la disposición legislativa³⁴. El hecho de que esta sabia medida —no obstante su escasa vigencia legal— la dispusieron precisamente los emperadores, legislando en una tal materia, es un argumento muy expresivo de que su actuación estuvo respaldada por orientaciones generales de tipo eclesiástico. Por otra parte, nos consta que la norma no fue mal acogida en los ambientes propios del alto clero, por el testimonio favorable que nos llega a través de algunos grandes pensadores de la Iglesia³⁵.

Finalmente, un último arsenal, en donde la legislación imperial del siglo iv y v pudo alimentarse, sobre todo al introducirse en estos campos intermedios de los negocios *in bonum animae*, en donde el interés jurídico corre paralelo con el religioso, pudieron ser las propias normas, vividas al menos de hecho, por la sociedad cristiana de entonces, según el común sentir de los fieles. Por fuerza, se tratará siempre de elementos muy generales, pero también estos usos piadosos y esta práctica negocial en boga, favorable a

34. También nos da noticias de esta situación y de la norma imperial, Sozomeno en su *Historia eclesiástica* (7,16).

35. San Jerónimo mira esta ley en su *epistola ad Nepotianum* (52,6) como un remedio saludable para la Iglesia y no como un ultraje hecho a sus privilegios: *Nec de lege conqueror, sed doleo cur meruerimus hanc legem. Cauterium bonum est, sed quo mihi vulnus, ut indigeam cauterio?*

San Ambrosio mantiene los mismos sentimientos que San Jerónimo, se queja de la ley, pero cree que no debe ser revocada: *Soli ex omnibus clerico commune ius clauditur, nulla legata vel etiam gravium viduarum, nulla donatio, etc. Quod sacerdotibus fani legaverit Christiana vidua, valet: quod ministris Dei, non valet.* Se queja San Ambrosio de que la medida haya tenido que ser general, por culpa de unos pocos, pero como de todo ello redundarán bienes de general pobreza para el clero, la cree providencial (*Epíst.* 50).

Para mayor extensión puede verse THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise VI, cit.*, p. 103. Bar-le-duc 1866.

la limosna y a la fundación de centros de culto y de beneficencia, harán su entrada en la ley imperial.

Que la tendencia imperial, no obstante los principios políticos autoritarios imperantes en el orden legislativo, no rehuyó la aceptación de la costumbre cristiana, es algo que se desprende con toda claridad de las disposiciones imperiales con relación a los privilegios nacidos *ex consuetudine* y a los que el emperador Zenon³⁶ no tuvo dificultad en equiparar con aquellas otras situaciones singulares derivadas del Derecho imperial o de disposiciones judiciales.

Todo el complejo conjunto de normas nacidas del uso cristiano del Bajo imperio y que viene a ser una parte y muy importante del llamado Derecho vulgar, se convierte también igualmente en fuente material, en donde el poder legislativo imperial pudo beber e inspirarse al tratar de encauzar la desbordada actividad comercial de los piadosos cristianos de estos años³⁷. Esta nueva legislación reglamentadora de la vida jurídico-cristiana y que supone una innovación y una transformación tan grande en las concepciones clásicas, presenta una dirección ideológica muy concreta —y esta será siempre la dificultad con la que nos tropezaremos— producida por infinidad de presiones y por influencias muy variadas. Sin embargo, a pesar de haber tratado de aislar sus posibles componentes, ya se entiende que esto será absolutamente imposible en la realidad viva, donde todos ellos se dan perfectamente unidos.

Al tratar precisamente de ordenar y dar ropaje jurídico a aquellos negocios tan extendidos en los siglos postclásicos, como lo están todos los encaminados a alcanzar un fin piadoso, esta motivación espiritual, aunque no sea directamente eclesiástica, como pueda serlo la disciplina del clero o la organización monarcal, entra en un campo lo suficientemente cercano a las creencias religiosas, para que la Iglesia procurase siempre dar su opinión, reser-

36. C.1.3.34 pr. año 472. Vid. MURGA: *Las prácticas consuetudinarias en torno al "Bonum animae" en el Derecho Romano tardío*, en *SDHI* (en prensa).

37. Es interesante esta proximidad que, para LEVY, tiene el Derecho vulgar y la costumbre, en sus relaciones con el Derecho imperial. *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*, en *Gesammelte Schriften I*, p. 293.

vándose también la alta orientación legislativa, al menos por medio del consejo que el alto clero y los obispos de Constantinopla proporcionaron a los emperadores.

La enorme frecuencia material de miles de casos repetidos y con peculiaridades muy semejantes, hubo de provocar un casuismo legislativo receptor de esta abundante vida jurídica, haciendo, a través de las normas imperiales, aquel papel de desarrollo y evolución de las instituciones romanas, que en otros siglos había desempeñado la jurisprudencia clásica. La ley ahora, ha de iluminar y guiar, dar criterios analógicos e interpretar las formas negociales nuevas, sin salirse —al menos en lo esencial— de unas líneas generales muy amplias que la tradición jurídica impone, aun en estos siglos creadores de vulgarismo.

Principios patrísticos, legislación conciliar, puntos de vista cristiano-romanos de los tribunales episcopales, influencia doctrinal de un clero palatino bien preparado y que atempera criterios eclesiásticos y laicales, y este resurgir en la vida diaria de formas nuevas, aunque irregulares y poco encuadradas en los esquemas dogmáticos del *ius civile*, fueron los elementos materiales con los que fue construida esta joven legislación imperial cuando trató de regular aquellos testamentos, legados, fideicomisos y donaciones, pensados tan sólo como un medio jurídico para lograr la paz del alma. Todos esos elementos, no sólo se dan a la vez, sino que además se mantienen fundidos y compenetrados entre sí influyéndose recíprocamente, estando todos sometidos a unos mismos principios ideológicos que de ninguna manera son estáticos³⁸.

4. No es difícil encontrar en el estudio de la legislación imperial cristiana, sobre toda esta materia de negocios píos, dos épocas bastantes diferenciadas una de la otra y como respondiendo a principios ordenadores distintos. Un primer período comprendería todo el siglo IV y gran parte del siguiente, hasta los años próximos a la caída de Roma, siendo el *Codex* teodosiano su momento legis-

38. "Vulgarrecht und Kaisergesetze, Vulgarrecht und hellenistisches Volksrecht, vulgare und klassizistische Doktrinen, vulgare und organische Entwicklungen, vulgare und christliche Anschauungen standen nebeneinander" LEVY: *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*, cit., p. 294.

lativo más significativo. La segunda época, muy diferente de la anterior, culminaría en la compilación justiniana y llegaría hasta los últimos años de la creación normativa de la Novela 131 que viene a representar como la fase final, resumen y desarrollo de todas las normas vigentes sobre negocios hechos *ratione pietatis*.

El primer período, pues, desde Constantino al 476, es un momento intermedio y a veces lleno de contradicciones. Las constituciones imperiales aparecidas en estos años, participan un poco de las características generales de toda la época vulgar. Se observa la ausencia de una jurisprudencia preparada científicamente, sobre todo en occidente, que pudiese evitar en las obras jurídicas post-clásicas las fáciles deformaciones conceptuales. Por ello, algunas instituciones —tal vez las de más uso— entraron sin duda en una fase peligrosa de cierto desdibujamiento general. Algo de esto sucedió con la *lex Falcidia de legatis*, sobre la que la labor jurisprudencial del siglo V —*interpretationes* a las *Pauli sententiae* y al *Codex Gregorianus*— realizó una lenta transformación, incluso en el concepto radical de *Falcidia*, confundiéndola con otras instituciones hereditarias. Este fenómeno puede observarse igualmente en las leyes imperiales contemporáneas³⁹.

Toda la legislación que cuaja y se forma en el Bajo imperio bajo influencias helénicas y cristianas adquiere, en principio, un sentido innovador, no sólo por estar sometida a principios políticos y sociológicos de este carácter, sino porque al recaer sobre una materia que roza de alguna manera a los intereses espirituales de la Iglesia, la iniciativa imperial se hace aún más clara⁴⁰ y en cierto modo hostil a aquellos principios jurídicos vigentes que pudieran

39. No cabe duda de que a partir de Diocleciano, todo el centro de gravedad ideológico del imperio se ha ido desplazando hacia Constantinopla, con lo cual los fenómenos vulgarizadores detectan la orientalización e incluso se desdoblan, adquiriendo un matiz propio y peculiar en cada una de las dos zonas geográficas del mundo romano. Esta es la tesis de LEVY expuesta en dos de sus trabajos: *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung*, en *Gesammelte Schriften I*, p. 163 ss. y *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *Gesam. Schrift I*, p. 264 ss.

40. BRASIELLO: *Premesse relative allo studio dell'influenza del cristianesimo sul Diritto romano*, en *Scritti Ferrini in occasione della sua Beatificazione II*, p. 13 ss.

representar algún obstáculo para la fácil realización de unos negocios hechos en bien de la Iglesia, del culto cristiano o de la caridad ⁴¹.

Tras la caída del imperio romano occidental, toda la orientación política imperial, incluida, como es lógico, la legislativa, había de cambiar de signo. El emperador Zenón, que reina en Bizancio por segunda vez desde agosto del 476, va a presenciar un mayor aislamiento oriental y con él, todo el ordenamiento jurídico romano quedará mucho más sujeto al helenismo e irá perdiendo paulatinamente —tras el corto período compilador de Justiniano— clasicismo y occidentalidad. Una segunda nota característica va a tener, sin embargo, el Derecho imperial de esta época —por lo que se verá libre de algunos fenómenos vulgarizadores— y es la proximidad de las grandes Escuelas orientales, bajo cuyo valor científico la legislación y el Derecho romano de oriente adquieren caracteres muy peculiares ⁴². Esta influencia, indudable y comprobada en los tiempos compiladores —y el plan sistemático del *Codex* y del *Digesto* es buena prueba de ello— es, con todo, mucho menos segura al referirnos a los emperadores anteriores a Justiniano, porque aunque las Escuelas tienen ya en el siglo v una perfecta madurez ⁴³ y es lógico que la formación científica de sus juristas haya

41. Tal vez fue ese espíritu innovador de la política legislativa constantiniana lo que, pasados los años y ya en época de Juliano emperador, impulsará a Ammiano Marcelino a escribir refiriéndose a Constantino: *priscarum legum et moris antiquitus recepti* (*Rer. gest.*, 21. 18,8).

42. Para LEVY es también vulgarismo, aunque un vulgarismo peculiar y que él llama oriental, considerándolo distinto del que pueda darse en occidente (*Cfr.: West-östliche Vulgarrecht und Justinian. cit.*, p. 280 y *Oströmische Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, en *Gesam. Schrft. I*, p. 296 ss. Existe también, sin embargo, la tesis de D'ORS, expuesta en la encuesta dirigida por LABEO 6 (1960), p. 231 ss., para quien no puede hablarse propiamente de vulgarismo cuando la evolución jurídica va acompañada de una labor jurisprudencial bien dirigida. Por ello, piensa el romanista español, no debería hablarse de Derecho vulgar en un ordenamiento jurídico a la sombra oriental de las Escuelas de Berito y Constantinopla.

43. COLLINET: *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, en *Etudes historiques sur le Droit de Justinien II*, Paris, 1925, especialmente p. 120 ss. GARCÍA GARRIDO: *Clasicismo y vulgarismo en la Historia del Derecho romano*, en *Revista de Derecho notarial* 21-22 (1949), p. 13 ss.

llegado ya al consistorio palatino, las huellas que hayan podido dejar en la legislación imperial no son lo suficientemente concretas para que podamos seguir su pista con facilidad. Sin embargo, las constituciones del último tercio de este siglo v son ya algo más perfectas que las anteriores, con un mayor tecnicismo y acabamiento y adornadas de un sentido acometedor favorable a las modernas concepciones civiles que presagian ya de alguna manera el Derecho romano justiniano ⁴⁴.

Si quisiéramos seguir la línea evolutiva de esta segunda época, más culta y cada vez más alejada de occidente, podríamos notar un ritmo ascendente en el helenismo cristiano desde Zenón hasta el año 533, fecha de promulgación del Digesto. El Derecho romano que se había ido separando insensiblemente de los viejos modelos da en ese año un rápido viraje en la política legislativa que, sin duda, gana en occidentalidad y en clasicismo. Hay como una mirada fervorosa hacia toda la tradición jurídica romana de gloriosos juristas y en general hacia toda la antigüedad clásica: *Quod antiquitas bene statuit, novitas autem neglexit... novitas autem hoc dereliquit* ⁴⁵. Sin embargo, poco tiempo después, el propio Justiniano que tan devoto se mostró de lo occidental —escribe en latín y es de nuevo emperador de Italia— se va hundiendo cada vez más en aquel mar del helenismo, en donde el Derecho romano bizantino configurará todas las instituciones y figuras jurídicas y de donde ya nunca más saldrá. Tras ese brevísimo paréntesis, rápido como una mirada al mundo romano, que va ya a pesar muy poco en Bizancio, la actividad legislativa de Justiniano en las Novelas se va a ir encuadrando en unos caracteres propios, cada vez más separados del vulgarismo occidental germanizado: un acentuado helenis-

44. Según WIEACKER esta renovación científica de las constituciones imperiales del siglo v puede ya notarse claramente en las de León I, Zenón, Justiniano y Anastasio. Cfr. *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 56. Son también interesantes a este respecto las obras de PRINGSHEIM: *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, en *Atti Congresso Roma 1933 I*, p. 451 ss. (especialmente p. 474), y de BISCARDI: *Studi sulla legislazione del Basso Impero I y II*, en *Studi Scncsi* 54 (1940), p. 276 ss., y 56 (1942), p. 275 ss.

45. Nov. 23, c. 3, año 536.

mo oriental⁴⁶, de tipo científico o doctrinal por la proximidad de los maestros de Derecho. En cambio, en otras características, el Derecho justiniano no se mostrará radicalmente opuesto al Derecho occidental, sino que manifestará una evolución distinta pero paralela al ordenamiento jurídico romano del oeste de Europa; una mayor acentuación en la voluntad interna negocial⁴⁷ y una legislación cristiana inspirándose continuamente en la ortodoxia católica⁴⁸.

La regulación justiniana de los negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, en los que el causante haya pretendido una finali-

46. Como sucede con toda cuestión de hecho, resulta difícil determinar qué elemento pudiera predominar en la compilación justiniana, de tal manera que pudiera caracterizarlo. Por ello es una cuestión discutida si el Derecho justiniano es más romano que oriental o si más bien sucede al revés. Partidario de la primero parece ser RICCOBONO: *Fasi e fattori dell'evoluzione del Diritto romano*, en *Mélanges Cornil II*, p. 235 ss. Defensores de la tesis contraria son, entre otros, ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del Diritto romano postclassico e la formazione del Diritto romano giustiniano*, en *Studi V*, p. 163 ss.; CARUSI: *I rapporti tra Diritto romano e Diritti greco-orientali*, en *Studi Salandra*, Milán, 1928, p. 157 ss.; LEVY: *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung*, cit., p. 163 ss.; VOLTERRA: *Diritto romano e Diritti orientali*, Bolonia, 1937; CHIAZZESE: *Confronti testuali*, en *Annali Palermo* 17 (1943), p. 544 ss.

47. Igualmente difícil y discutida es la cuestión de esta mayor preponderancia del *animus* de los actos jurídicos. Para BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 1952, p. 50 ss., este elemento sólo comienza a ser esencial con Justiniano. Para KOSCHAKER: *L'alienazione della cosa legata*, en *Conferenze romanistiche*, 1940, p. 29 ss., el *animus* ya tiene una significación precisa entre los clásicos, aunque en el Derecho posterior adquiera un nuevo matiz. KUNKEL: *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1935, p. 83; finalmente, cree que el predominio del elemento espiritual sobre el formal es solamente propio del Derecho postclásico.

48. Pude verse la obra ya citada de BIONDI: *Religione e Diritto canonico nella legislazione de Giustiniano*, en *Scritti Giuridici I*, p. 541 ss., y algunos otros artículos del mismo autor, igualmente contenidos en el primer volumen de sus *Scritti: La concezione cristiana del Diritto naturale nella codificazione giustiniana* (p. 567 ss.) y *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani* (p. 593 ss.). Tiene también interés en este punto la obra de COLLINET: *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, en *Études historiques sur le Droit de Justinien III*, Paris, 1952, p. 42 ss.

dad espiritual y cristiana, habrán de verse, por fuerza, presididos por estas cuatro notas de todo el Derecho romano justiniano. Negocios con formas claramente helénicas y alejadas del antiguo clasicismo, regulación legislativa, que trata de ser científica y doctrinal, un interés cada vez más destacado por el *animus* negocial y por los motivos psicológicos que movieron al testador o al donante y, todo ello, puesto al servicio de los altos bienes celestiales, que con este tipo de figuras jurídicas se pretende alcanzar, bien para fomentar la ingente beneficencia que la sociedad bizantina ha puesto en manos de los obispos o bien en favor del culto divino, en cualquiera de sus formas, como, por ejemplo, la fundación de monasterios, iglesias, asceterios, oratorios, etc. Con todo ello, las Novelas justinianas⁴⁹ logran hacer posible, en un prodigioso alarde de coordinación, los nuevos horizontes que la evolución de la propia sociedad ha hecho necesarios y el rigor romano de algunas formas típicas, que a pesar de la helenización, siempre tratan de mantenerse.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS "RATIONE PIETATIS", POR EL
DERECHO IMPERIAL.

5. La intervención legislativa imperial, en los negocios jurídicos *mortis causa* y en las donaciones por motivos piadosos, aunque muchas veces, incluso explícitamente, en la exposición de motivos en la que el legislador trata de justificar la reforma concreta, se anula a la *pietas* o a la εὐσέβεια, como causa propulsora de la norma⁵⁰, lo cierto es que, aun cuando el legislador no sea

49. LEVY: *West roman vulgar Law. The Law of property*. Philadelphia, 1951, p. 12 ss.; *Id.*: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationrecht*, Weimar, 1956; VAN DER WAL: *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, en *LABEO* 10 (1964), p. 220 ss.

50. C.Th.15.1.37, Constitución de Arcadio y Honorio, año 398; C.Th.14.16.2, Honorio y Teodosio, año 416; Nov. Valentiniano 7.2, año 440; Nov. Valentiniano 10.1, año 441; Nov. Valentiniano 13.2, año 445; Nov. Marciano 1.pr., año 450; C.1.2.19, año 529; 1.2.22.pr., año 529; etc. Las constituciones justinianas en las que alude a la *pietas* son innumerables. *Vid.* MAYR: *Vocabularium codicis iustiniani I (s. v. pietas) y II (s. v. εὐσέβεια)*.

consciente de ello, el *pius animus* o la *ratio pietatis* no han sido más que los últimos determinantes, en un arco evolutivo, iniciado muchas veces siglos antes. Por otro lado, muchas de las pretendidas reformas imperiales sólo lo son aparentemente, ya que la norma legislativa es, en algunos casos, el colofón final de una larga génesis de *desuetudo*.

No resulta, pues, fácil, el poder separar los casos en los que el emperador llevó la iniciativa y aquellos otros, en los que más bien se ha visto arrastrado por la propia evolución de todos los factores integrantes del Derecho romano postclásico. Viejas instituciones civiles, cuyas horas estaban ya contadas, aparecen en el Derecho imperial cristiano más tardío derogadas alegando una piadosa razón legislativa. Tal vez, incluso, el legislador se expresa con sinceridad y lo creyera firmemente. Sin embargo, en muchas ocasiones el instituto jurídico estaba ya prácticamente en desuso o al menos muy transformado. Por ello, sin pretender, agotar el tema de las intervenciones imperiales y limitándonos a los supuestos más significativos, trataremos de examinar los distintos casos en los que la iniciativa imperial pudo ser más clara.

a) *Requisitos formales en el negocio jurídico*.—Ya sabemos que es este uno de los campos, en donde la evolución de lo formal a lo substancial fue más progresiva y en donde pudieron jugar las influencias más variadas⁵¹. No podemos, pues, atribuir la paternidad de esta desaparición de las exigencias formales en la vida comercial, de modo exclusivo, a la orientación cristiana de las leyes imperiales. Sin embargo, no cabe duda que, en un principio, tal vez fuesen los viejos requisitos civiles, sobre todo en el Derecho hereditario romano, los principales escollos donde tropezarían los piadosos testadores en sus caprichosas disposiciones *mortis causa* y en donde encontrarían las dificultades más insalvables. Grandes escollos y graves dificultades y siempre la amenaza de nulidad, por los defectos de forma tal vez frecuentes en una época en la

51. Tiene interés en orden al negocio jurídico la obra de ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954. Para consultar bibliografía puede servir la reseñada por BETTI: *Istituzioni di Diritto romano I*, Padua, 1947, p. 11, n. 3, y por KASER: *Das Römische Privatrecht II*, p. 47 ss., y notas correspondientes.

que la preparación y la formación jurídica, incluso en las clases sociales más elevadas, dejaba mucho que desear en comparación con los siglos que pasaron⁵².

A los cristianos del imperio constantiniano, tras los cambios psicológicos operados por el triunfo religioso de la fe, debía parecer, poco menos que un desacato el hecho de que una piadosa disposición de los propios bienes hecha por una persona ya fallecida, pudiera quedar sin efecto porque unos herederos legítimos, interesados en la sucesión *ab intestato*, pretendieran la nulidad por una simple deficiencia de la forma testamentaria. Tal vez latiese aquí, en esta mente un tanto iusnaturalista de los años trescientos, la consideración de estar ante una verdadera incongruencia, una especie de conflicto entre intereses divinos y humanos, entre los altos intereses de Dios y de su Iglesia y un pequeño residuo formalista y pagano, verdaderamente sin sentido y que la ley humana parece exigir. Indudablemente esa ley no sería "justa", es decir, no encarnaría el ideal de la Justicia, que es facilitar el camino de Dios. Por ello, es lógico concluir que una ley deja de serlo, cuando en lugar de ayudar a esa alta Justicia, contribuye a crear dificultades: *nam mihi lex esse non videtur —dice San Ambrosio— quae iusta non fuerit*⁵³.

Muy posiblemente y como lógica consecuencia de todo esto, la conciencia cristiana se fuera haciendo cada día más hostil a estos mortificantes requisitos de forma que pudieran hacer estériles los generosos impulsos de donantes y testadores, frente a las pretensiones ambiciosas de unos parientes más o menos interesados en la nulidad. Proporcionaba, entonces, la ideología cristiana unos principios orientadores que, como siempre, habían luego de traducirse en una clara inspiración para todo el ordenamiento jurídico. Sobre todo el Derecho hereditario, por su especial naturaleza tan vinculada al pensamiento religioso, es una de las cajas receptoras de mayor sensibilidad para recibir este tipo de influencias ideológicas⁵⁴.

52. Vid. supra n. 4.

53. San Ambrosio: *De obitu*, 37 (PL. 16, 1431).

54. VISMARA: *La norma e lo spirito nella storia del Diritto successorio*, en *SDHI* 31 (1965), p. 80 ss.

¿Fueron estas ideas las que pudieron mover al emperador Constantino o a sus prudentes consejeros el año 321, para liberar del requisito de forma a todas aquellas disposiciones *mortis causa*, en las que de alguna manera resultase beneficiada la Iglesia? La es-cueta y discutida norma es lo bastante imprecisa —*habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio de-cedens bonorum quod optavit relinquere*— para que no podamos tener una certeza absoluta de su significado. Sin embargo, parece quedar claro que no se deberá declarar la nulidad, *non sint cassa iudicia*, por razones puramente formales. Tradicionalmente, todos los comentaristas de esta ley de Constantino, han visto en las palabras *liber sit stilus*, referidas a esa *suprema voluntas, post quam iam aliud velle non possunt* y ese *licitum arbitrium quod iterum non redit*⁵⁵, la primera relajación de aquellos viejos principios formales vinculantes de los testamentos romanos.

Queda, pues, suprimida la necesidad de una forma concreta, en todos aquellos piadosos testamentos en los que el culto, la devoción o la caridad hayan sido los factores psicológicos determinantes del *animus* del *de cuius*⁵⁶, pensando, sin duda, en la *mens legislatoris*, este cristiano deseoso de favorecer a la Iglesia, destinataria de estos bienes y receptora de esa *suprema voluntas*, que dice el texto legal.

Se ha tratado también de investigar si bajo esa fórmula constantiniana, tan vaga y tan inconcreta, se dispensaba igualmente a los testamentos en favor de la Iglesia de la sujeción a toda norma, que aún estuviera en vigor en el siglo IV para las disposiciones *mortis causa*. Así, por ejemplo, entre los comentaristas Bartolo y Baldo, se discutió este problema con relación a la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁵⁷ y en un re-

55. La ley de Constantino de C.1.2.1. está también en el *Codex* teodosiano (16.2.4), con una redacción idéntica. Solamente la expresión *licens* ha sido cambiada en la compilación justiniana y sustituida por *licitum*.

56. Gothofredus, *Codex Theodosianus, ad h.l.*, considera que la ley de Constantino sólo atribuyó la capacidad de adquirir hereditariamente a la Iglesia sin introducir ningún tipo de dispensa en los requisitos formales. Sin embargo, entre todos los comentaristas se ha mantenido siempre la opinión contraria.

57. Bartolo cree que la ley de Constantino deroga, incluso, la vieja regla.

ciente trabajo⁵⁸ se ha planteado lo mismo con respecto a la legítima, es decir, si el testamento en favor de la Iglesia podría impunemente afectar los sagrados deberes familiares para con los parientes más inmediatos. Aunque no deje de ser conjetural, dada la brevedad del precepto normativo, lo más probable es que este *liber sit stilus* se refiera tan sólo a la forma y que no afecte a ningún otro principio básico del Derecho hereditario.

En realidad, no sólo toda la norma es lo suficientemente confusa, para no poder deducir con facilidad la intención del legislador, sino que además está relacionada con otro problema previo y que en cierto modo la condiciona: su relación con otra constitución de fecha incierta, ya que atribuida igualmente a Constantino, aparece, sin embargo, fechada el año 399, es decir, dos años después de morir el emperador⁵⁹. En esa constitución⁶⁰ se fija ya un nuevo régimen de libertad en las formas testamentarias de un modo absolutamente general y sin aludir para nada al carácter piadoso de la disposición. Con un criterio, pues, de amplia flexibilidad y en un cierto tono polémico, esta ley dada *ad populum* considera indigno que pueda anularse un testamento por el único pretexto de una formalidad no cumplida: *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum*.

El problema es, pues, el siguiente: Si esta constitución, incluida en el *Codex* justiniano (6.23.15), fuese verdaderamente del año 339, como parece admitir Mommsen-Krüger, es decir, si no fuese propiamente una ley de Constantino sino de sus hijos, tendríamos

civil. Baldo, en cambio, mantiene la opinión contraria. *Vid.* notas de Gothofredus en *Codex iustinianus, ad h.l.*

58. DUPONT: *Les successions dans les constitutions de Constantin*, en *IUR.A* 15 (1964), p. 68 s.

59. Constantino moría en mayo del año 337, y en el mes de septiembre del mismo año el Senado reconocía la sucesión en favor de sus hijos Constantino y Constante, bajo una especie de supremacía del hermano mayor, Constantino II (*Vid.* PARIBENI: *Da Diocleziano alla caduta dell'impero d'occidente, cit.*, p. 115 ss.; STEIN: *Geschichte des spätromischen Reiches I, cit.*, p. 203 ss.). Bien pudiera haber sucedido con esta constitución C.6.23.15 del año 339 y con la *inscriptio* de Constantino que se tratase precisamente de Constantino II y no de su padre.

60. C.6.23.15.

que, conforme con nuestra opinión, la otra ley de (C.1.2.1) del año 321, con su motivación religiosa —*religionis intuitu*— le habría precedido dieciocho años, abriendo el camino y rompiendo las ataduras de las formas rígidas, por otra parte ya en absoluta regresión, sobre todo desde que los principios inspiradores del Derecho pretorio⁶¹, la jurisprudencia romana clásica⁶² y las leyes imperiales⁶³ habían ido dejando anticuada aquellas normas del *ius civile* recordadas por Gayo en la *instituta*: ...*ut iure, civili valeat testamentum... requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit...* (2.115-116).

Si fuese así, repetimos, primeramente se hubiera producido la norma especial (C.1.2.1) y luego la general (C.6.23.15) y durante esos dieciocho años intermedios, solamente la Iglesia hubiera gozado del privilegio favorable, preparando lógicamente el terreno a la reforma general ya, por fuerza, inminente. Una reforma, sin nin-

61. El pretor admitía la *Bonorum possessio secundum tabulas*, con tal que apareciese claramente la voluntad del testador en unas tablillas confeccionadas ante siete testigos. Con esto sólo ya caen los viejos requisitos mancipatorios. Más tarde, cuando en el edicto se promete la defensa, por medio de una *exceptio doli*, al heredero que aparezca en las tablillas aun en contra del heredero legal, interesado en la nulidad de este testamento pretorio, la *Bonorum possessio* se ha hecho *cum re*, y por ello la forme solemne del testamento ha sido condenada a muerte. LENEL: *Das Edictum perpetuum*, § 149.

62. A través de pequeñas excepciones vacilantes frente a las antiguas exigencias formales se puede descubrir cómo los juristas clásicos habían ido comprendiendo, poco a poco, que la razón de ser de todos estos requisitos formales tan rígidamente exigidos en el Derecho quiritorio tuvieron tan sólo una justificación práctica, buscando la facilidad y clara identificación de la persona del heredero, por lo cual, si la voluntad del testador ya resultaba lo suficientemente clara, quizá ya no fuese necesario esta exigencia *ad sollemnitatem*. Posiblemente la jurisprudencia clásica, sobre todo la más tardía —aunque no falten precedentes en el siglo I—, haya ido intuyendo esta doctrina. Así, Ulpiano (1 *ad Sab.*: D.28.5.1), que al estudiar a Sabino nos trae a colación la opinión de otros juristas del siglo II, parece mantener, con relación a la forma de la institución de heredero, soluciones muy liberales y que, en cierta manera, parecen presagiar los tiempos nuevos.

63. *Divus autem pius, cum quidam portiones inter heredes distribisset ita: 'ille ex parte tota, ille ex tota' nec adieccisset 'heres esto', rescripsit valere institutionem* (D.28.5.1.5). *Item divus Pius rescripsit 'illa uxor mea esto' institutionem valere, licet deesset 'heres'* (D.28.5.1.6). Vid. GUALANDI: *Legislazione imperiale e Giurisprudenza I*, Milán, 1963, p. 76.

gún carácter violento, perfectamente concorde con las nuevas corrientes helenizadoras contrarias al formalismo de los actos jurídicos, como ya empiezan a notarse en las constituciones imperiales de fines del siglo III⁶⁴ y que tanto habían de contribuir al desarrollo del dogma de la voluntad en el ordenamiento jurídico⁶⁵.

No faltan, sin embargo, detractores, con relación a la discutida constitución C.6.23.15, junto con otras de las mismas características y análogo contenido (C.6.9.9. y C.6.37.21), que pretenden para estas leyes una antigüedad mayor —año 320—, salvando así la paternidad atribuida a Constantino⁶⁶. No obstante, parece difícil que esto pueda ser posible, por un lado, porque iría en contra de la normal evolución legislativa, en la que debe ir primero la excep-

64. A través de las inscripciones y papiros puede notarse cómo los emperadores del siglo III e, incluso, ya a partir de Adriano, van permitiendo testar en otra lengua distinta del latín. Alejandro Severo lo concede para siempre a los *cives romani* de Egipto (*Pap. Oxy.* 907 y 990). *Vid.* BIONDI: *Successione testamentaria. Donazioni*. Milán, 1943, p. 79. Más tarde, en una constitución de Diocleciano, del año 290 (C.6.23.7), parece ya formularse claramente la tesis del voluntarismo, triunfante frente a la del formalismo: *Errone scribentis testamentum iuris sollemnitatis mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur, et ideo recte testamento facto, quamquam desit 'heres esto', consequens est existente herede legata sive fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dari*. Algunos autores, sin embargo, como ALBERTARIO: *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, en *Studi V*, p. 263, opinan que esta ley de Diocleciano tuvo originariamente un sentido absolutamente contrario del que presenta en su redacción actual. Fue Justiniano quien, al tratar de incluirla en el *Codex*, tuvo que corregirla, para armonizar su significado con el contenido de las constituciones del año 339, principalmente con la C.6.23.15.

65. RICCOBONO: *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel Diritto*, en *Atti Congresso I*, p. 189.

66. Esto, autores, antiguos y modernos, que atribuyen a Constantino la constitución C.6.23.15, así como las otras de contenido paralelo (C.6.9.9. y C.6.37.21), piensan que la fecha 339 con la que aparecen en el *Codex* pudo ser debida a la data de una versión posterior en donde pudieron ser refundidas. Puede verse, SEECK: *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, en *ZS* 10 (1889), p. 225; DUPONT: *Les successions dans les constitutions de Constantin*, *cit.*, p. 59 ss.; también parecen mantener esa misma opinión, ALBERTARIO: *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, *cit.*, p. 75 ss., y GAUDEMET: *La Transmission des constitutions relatives au Droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares*, en *RIDA* 7 (1960), p. 433.

ción y luego la regla general. Además, porque si esto fuera así, la constitución C.1.2.1 para la Iglesia, no tendría mucho sentido, ya que quedaría reducida a una concreción inútil e innecesaria. Finalmente, el mismo tono un poco desenfadado del legislador, que llama a la forma *inanis observatio* y que considera la fórmula testamentaria romana como *imaginarius usus*, concuerda quizá mejor con unos años tardíos y más abiertos a la superación absoluta de la forma.

El régimen de liberalización insinuado ya en estas constituciones de Constantino y de sus hijos lo encontramos formulado, aún más ampliamente, en normas posteriores y siempre alrededor de algún negocio que por motivos piadosos, ha causado la necesidad de la ley. Este es el caso de la Novela 5 del emperador Marciano, que en su § 2 trata de salvar a toda costa de una vez para siempre, sea cualquiera la forma, lo que se deje, *ecclesiae vel martyrio vel clerico vel monacho vel pauperibus*. Tal vez la viuda Hypatia que ha hecho necesaria la intervención legislativa de Marciano ha sido de nuevo la excusa de una reforma deseada y esperada: *id modis omnibus ratum firmiterque consistat*. Todas las dudas que puedan surgir, con relación a las situaciones producidas por estas figuras *mortis causa* no fácilmente encajables en los moldes romanos, habrán de considerarse superadas: *omni in posterum de huiusmodi negotio ambiguitate submota*⁶⁷.

Pocos años antes de la constitución de Marciano, ya ha triunfado en el Derecho imperial del siglo v una doctrina aún más favorable a la libertad testamentaria respecto a la forma⁶⁸. Puede

67. Esta Novela de Marciano del año 455, está recogida, aunque con una redacción mucho más breve, en el *Codex* Justiniano (C. 1.2.13). También del mismo emperador y con un mismo sentido protector de los negocios jurídicos de fines religiosos o benéficos es el pequeño resumen contenido en C.1.3.24, del mismo año 455.

68. Durante el siglo iv, no obstante las reformas introducidas, aún eran necesarios los testigos para la confección del testamento. Así lo podemos deducir de C.Th.4.4.3.2 (Arcadio y Honorio, año 396?), que alude a la época anterior. No es muy clara la razón por la que algunas leyes (C.Th.4.4.7.2, Teodosio, año 424) hablan de *septem aut quinque (testes)* y si esto responderá a dos tipos de testamentos (*Vid.* BIONDI: *Successione testamentaria*, *cit.*, p. 53). Lo que sí parece deducirse de esta última constitución teodosiana

decirse que ha nacido un nuevo Derecho hereditario, en el que el *animus* ha ocupado el lugar preferente y la forma es tan sólo un medio de expresión de ese querer interno del *de cuius*. Por ello, no es extraño no sólo que se admita la expresión oral en la última voluntad, sino que, incluso, se le dé el nombre de testamento⁶⁹, cosa hasta ahora escrupulosamente reservada para el acto escrito. Colocada, pues, la formalidad de los testamentos en un lugar secundario, la constitución de Marciano es perfectamente congruente con toda la evolución general del Bajo imperio. Sin embargo, una vez más, en el preámbulo de la ley, aduce el legislador motivos religiosos, que parece ser los que más pesaron en su mente, al presentar al senado la nueva norma⁷⁰.

6. Como ya decíamos, en la última parte del siglo v, el mismo tono legislativo imperial ha cambiado. Las normas, más perfectas, tienen ahora una redacción más lograda, aunque continúan dentro de la misma dirección que, en su día, marcara Constantino en su constitución del año 321, con su escueta frase, *liber sit stilus et licitum... arbitrium*.

Por ello, la ley de León y Antemio del año 470, dada en Constantinopla, supone ya una ruptura absoluta con toda exigencia de forma, si se trata de salvar una disposición en favor de la Santa

es que ya no es necesario que los testigos tengan que ser *rogati*, puesto que pueden hacer este papel aquellos *qui fortuito venerint*. La mayor novedad, sin embargo, que va a traer el siglo v es el testamento oral, por la Novela 16 de Teodosio del año 439. Aunque en la *inscriptio* de la ley aparece el nombre de Valentiniano III, esta constitución no fue aplicada inmediatamente en occidente. Nueve años más tarde, en junio de 448, la Novela 26 de Valentiniano, promulgada en Rávena, importa esta reforma legislativa para Italia. Vid. Voci: *Diritto ereditario romano II*, Milán, 1963, p. 79.

69. *Si quis agere ex testamento quolibet modo sive scripto sive sine scriptura confecto de hereditate voluerit* (C.Th.4.4.7.pr).

70. La ambigüedad a la que hace referencia Marciano en su constitución tiene una razón muy concreta. La posibilidad de que el presbítero Anatolio, que ha sido instituido heredero por la rica viuda Hypatia, pueda serlo en realidad, ya que viejas normas imperiales derogadas parecen, sin embargo, dejar subsistir una situación dudosa. La norma de la Nov. 5, dada *ad casum*, sienta, no obstante, doctrina general, y el legislador trata de justificarla alegando razones piadosas, *pietas mea*.

Iglesia ⁷¹: *Verum sive testamento quocumque iure facto seu codicilo vel sola nuncupatione, legato sive, fideicommisso, aut mortis causa aut alio quocumque ultimo arbitrio aut inter vivos habitantibus largitate sive contractu venditionis sive donationis aut alio quocumque titulo*. Propiamente, en estas constituciones de fines del siglo V, estamos asistiendo, más bien, al nacimiento de un auténtico *ius singulare*, paralelo al papel privilegiado que ha comenzado ya a desempeñar la Iglesia, en la vida política de Bizancio.

Aún podríamos hacer notar otra cosa interesante en la ley anteriormente citada de León I y de Antemio, y es que, de pasada y como sin dar demasiada importancia a la enumeración de los actos dispositivos patrimoniales en favor de la Iglesia, se ha incluido por vez primera ⁷² a la donación dentro del elenco de las figuras jurídicas a elegir por el generoso cristiano bizantino. ¿Se podría aplicar también a esta el principio de libertad formal que parece deducirse de la expresión *quocumque iure facto*, que emplea el texto legal al referirse a los negocios *mortis causa*? Es verdad que la ley no lo dice expresamente. Sin embargo, el espíritu del precepto y su propia redacción es tal, que quizá sea suficiente para inclinarnos a una solución afirmativa. Un claro sentido de privilegio parece presidir la ley imperial, tratando de salvar de todos modos el contenido del negocio *mortis causa* hecho *ratione pietatis*. Por ello, no vemos la necesidad de excluir a la donación del favorable beneficio de este régimen singular, ya que, lo mismo que el testamento y el legado, no hace sino cumplir discretamente el necesario papel jurídico de medio negocial canalizador de limosnas o de ofrendas, que el causante hubiera preferido hacer en vida ⁷³.

71. C.1.2.14.

72. Algunos autores piensan que no es esta la primera vez que el Derecho imperial se refiere a la *pia donatio*. Así, por ejemplo, KASER: *Das römische Privatrecht II*, cit., p. 345, n. 38, cree encontrar una alusión a los actos de liberalidad en el *modis omnibus* de la ley de Marciano C.1.3.24 (a. 455). Sin embargo, la frase es tan imprecisa que no nos proporciona ningún dato seguro.

73. Podemos observar en esta constitución C.1.2.14 del emperador León, que la donación aparece extrañamente equiparada a una figura contractual: *aut certe inter vivos habitantibus largitate sive contractu venditionis sive donationis aut alio quocumque titulo*.

Admitido esto, ¿podríamos llegar, incluso, a considerar caducado para la *pia donatio*, absolutamente, todo requisito formal, como, por ejemplo, la *traditio advocata vicinitate*, imprescindible elemento de forma-publicidad impuesto por Constantino en el liberal régimen postclásico? Tampoco ahora podemos disponer de ningún dato seguro. Es verdad que este requisito de la donación, del que nos hablan los *Fragmenta Vaticana* (249,6), fue posiblemente un requisito esencial⁷⁴, impuesto por el emperador con el sentido práctico de evitar los graves inconvenientes producidos por la incertidumbre del momento de la *perfectio donationis*. Sin embargo, también es cierto que un pequeño índice de relajación en esta obligatoriedad se descubre claramente en toda la legislación del Bajo imperio, desde el último tercio del siglo IV⁷⁵.

Esta equiparación no resulta, sin embargo, extraña en esta época de los siglos IV y V y es conforme con los criterios desdibujados del Derecho romano vulgar y que pasan al Derecho imperial. Así podemos notarlo en muchas constituciones imperiales: C.Th.4.5.1 (C.8.36(37).2), Constantino, a. 331; C.Th.16.5.40.4 (C.1.5.4.3), Arcadio, Honorio y Teodosio, a. 407; C.1.2.14.5, León, a. 470; C.4.21.17.pr., Justiniano, a. 528; C.8.36(37)5(4)pr., a. 532; etc. Tiene interés para el estudio de la donación en esta época el artículo de ARCHI: *La evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, en *RIDA* 5 (1958), p. 395 ss., y la obra de LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., p. 238.

74. Esta parece ser la opinión general entre los autores, aunque no está absolutamente exenta de dudas, dado el carácter inseguro y lleno de lagunas del texto correspondiente. Puede verse, a este respecto, BIONDI: *Successione testamentaria*, cit., p. 685, n. 1.

Sobre los requisitos de forma de la donación posclásica, vid. LEVY: *West roman vulgar Law*, cit., p. 138 ss.; ARCHI: *La donazione. Corso di Diritto romano*. Milán, 1963, p. 79.

75. Durante el siglo IV, las normas imperiales han tratado de respetar la regulación constantiniana de la donación. Sin embargo, en algún caso —y aunque tratándose de supuestos muy concretos— parece ya admitirse la validez de alguna donación, aun en contra de los requisitos de forma exigidos en el esquema del año 323. Este es el supuesto de una constitución de Juliano del 363 (C.Th.3.5.8) sobre la *donatio ante nuptias* hecha a una menor de edad. También Honorio y Teodosio, el año 417 (C.Th.8.12.9 — C.8.53.28), parecen dispuestos a transigir en la no necesidad de la *traditio advocata vicinitate*, en una donación igualmente muy concreta y en la que el donante retiene el usufructo de la cosa donada. Finalmente, y ya con un carácter más general, Teodosio y Valentiniano III, en febrero del año 428 (C.Th.3.

Si, como debió suceder, el espíritu postclásico se manifestó hostil a la obligatoriedad de la *traditio*, no obstante su indiscutible necesidad para la publicidad de la transmisión, y si la legislación del *Codex* teodosiano nos da prueba de una cierta laxitud frente a la antigua norma constantiniana, ello fue, sin duda, obra de la labor jurisprudencial⁷⁶, que aun en esta época, no demasiado fácil para las grandes intuiciones, ha entendido que si la finalidad que supone la *traditio* pudiera alcanzarse de otra manera, ya no sería aquella tan necesaria⁷⁷.

Con estos precedentes, no resulta nada anormal que la constitución de León y Antemio del 472, a la que nos hemos referido, pueda estar ya muy cercana a admitir una donación piadosa *quocumque iure facta*, y que, una vez más, la *ratio pietatis* haya sido el ariete empleado para derribar los pequeños obstáculos que aún pudieran quedar de los antiguos requisitos de forma, esenciales para los actos de liberalidad.

Mucho más clara aún se nos presenta, a este respecto, una constitución del emperador Zenón (C.1.2.15) que aparece sin fecha en el *Codex* de Justiniano⁷⁸. Piensa el legislador que aquellas donaciones que, para fomentar el culto construyendo oratorios, se hicieron en favor de los mártires, apóstoles, profetas o de los santos ángeles, son válidas y exigibles, no sólo cuando se observaron todos los requisitos vigentes —*secundum sacras constitutiones*⁷⁹—, sino que incluso la pura promesa de la liberalidad puede ser ya suficiente para exigir el cumplimiento, quedando tanto el donante como sus familiares (herederos) sujetos a lo que piadosamente se declaró⁸⁰.

5.13), consideran siempre válida la donación *ante nuptias*, sin necesidad del requisito formal de la *traditio*.

76. DE DOMINICIS: *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, 1955, p. 94 ss.

77. Algo de esto puede deducirse de las obras jurisprudenciales de los siglos IV y V. Preferentemente las *Pauli sententiae* (4.1.11; 5.11.2) y la *Interpretatio* a las sentencias (3.11.3; 5.2.4; 5.12.4; 5.12.5). Cfr. ARCHI: *La Donazione, cit.*, p. 242 ss.

78. Por el lugar donde ha sido colocada esta ley dentro del *Codex*, podría considerarse fechada entre el año 474 y el 477.

79. Traducción latina de Krüger.

80. La expresión griega del texto original, ὁ ρησιμώμενος, corresponde

La evolución tenía que ser forzosamente así. Estamos en oriente y Roma ha caído ya o, estando a punto de ser invadida, prácticamente no cuenta para nada como contrapeso en esta progresiva helenización, siempre favorable al punto de vista sustancial de los negocios⁸¹. Por otra parte, vemos que en otra ley de Zenón (C.8.53(54).31) enviada a Sebastián, prefecto del pretorio el año 478, se mantiene ya este punto de vista absolutamente moderno con relación a los requisitos formales de la donación y a la *traditio advocata vicinitate*. Si la liberalidad puede ser probada por un documento público, resulta superfluo cualquier otra exigencia de la antigua forma, que no conserva otro sentido que el de un medio de prueba, *nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficient*⁸².

Si la doctrina imperial de las constituciones que regulan la forma de los actos gratuitos lleva ya estos derroteros, ¿puede extrañarnos que Zenón, un emperador monofisita y preocupado, obsesionado por la religión estatal, admita la validez de las donaciones para construcción de iglesias o capillas donde venerar el recuerdo de los mártires o donde pueda radicar el culto de los santos ángeles, apóstoles o profetas, sin más sustantividad que la pura promesa? Es, pues, el campo de la donación un terreno sumamente abonado ya por las tendencias espiritualistas greco-orientales, en todo este final del siglo v y en los años justinianos anteriores a la compilación⁸³. También Justiniano sigue en sus constituciones la directriz legislativa de sus antecesores. Por ello, la *insinuatio*⁸⁴, requisito de forma-publicidad de la época constanti-

todavía a un concepto pagano-clásico de la figura del donante y en el que parece incluirse aun los móviles de vanidad que subyacen normalmente en todo *animus donandi*, como si el legislador cristiano admitiese con ello esta pequeña visión humana, incluso dentro de la *pia donatio*.

81. La constitución del emperador León, del año 459 (C.8.53(54)30), parece entenderse por los tratadistas como una clara alusión a la superación de la forma, en las donaciones. *Vid.* ARCHI: *La donazione*, cit., p. 268 ss.

82. RICCOBONO: *Traditio ficta*, en *ZS* 33 (1912) y 34 (1913).

83. Las normas justinianas precompilatorias se hacen igualmente eco de estas ideas: C.8.53(54).33, a. 528, y C.8.53(54).34, a. 529.

84. PERNICE: *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, 1882.

niana que se conserva vigente en el *Codex* (8.53(54).25)⁸⁵, deja de ser necesaria no sólo por razón de cuantía⁸⁶, sino también por motivos de política imperial⁸⁷ y, fundamentalmente, por consideraciones de índole religiosa, como, por ejemplo, las liberalidades en que se ven favorecidos establecimientos de beneficencia (C.1.13.41(42).13, año 528)⁸⁸; las donaciones hechas con un fin piadoso general, *quae in causas piissimas procedunt* (C.8.53(54).34.1a, año

85. La *insinuatio* es una exigencia requerida para la validez, que aún se conserva vigente en la codificación teodosiana, con la misma fuerza que en la época de Constantino: *nullo alio modo firmas posse detineri* (C.Th.8.12.3, a. 316 [?]). Sin embargo, no deja de ser dudoso hasta qué punto en la práctica ese requisito sería observado. Así, por ejemplo, tenemos un dato muy interesante, a ese respecto, en la donación que, a fines del siglo v, es hecha a un *collegium* de Preneste. La inscripción correspondiente, y que contiene muchos datos y particularidades de interés, guarda un absoluto silencio sobre el requisito de la insinuación. ¿Se trata tal vez que la finalidad de publicidad se considera suficientemente salvada por la misma inscripción, hecha en un monumento público? Cfr. CUQ: *Une fondation en faveur des colleges municipaux de Préneste*, en *Nouv. rev. hist. D. français et étrang.* 28 (1904), p. 267 ss. Otro índice que nos muestra la ausencia de todo rigor en el requisito de la *insinuatio* lo descubrimos en una constitución del emperador Zenón del año 478 (C.8.53(54).31). En su frase final se nos dice: *donationibus, quae sine scriptis conficiuntur, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem Teodosii et Valentiniani*. ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 269 ss., cree que es una formulación lo suficientemente general para pensar que el legislador se refiera tan sólo a aquellas donaciones concretas que en esta fecha están exceptuadas de la necesidad del requisito formal.

86. Cuando la donación sea menor de trescientos sueldos queda dispensada de la *insinuatio*: *Sancimus omnem donationem... usque ad trescentos solidos cumulata non indigere monumentis* (C.8.53(54).34.pr). Esta norma, dictada en el año 529, fue modificada dos años después, elevando la tasa a quinientos sueldos (C.8.53(54).36.3).

87. Así, por ejemplo: Las donaciones hechas por los *viri gloriosissimi magistri militum* a sus soldados (C.8.53(54).36.1); las destinadas a la reconstrucción de edificios ruinosos (*cod.* 2); las hechas por el emperador o a los emperadores (*cod.* 34.1 a, y Nov. 52, c. 2, a. 537); las donaciones destinadas a construir una dote (C.5.12.31.pr).

88. *Manifestum enim est cum, qui xenodocho vel nosocomo vel ptochotropho vel orphanotropho quid relinquit vel donat sive in scriptis sive sine scriptura*. (Traducción latina de Krüger.) La misma doctrina mantiene Justiniano en la constitución C.1.2.19, del año 528.

529), y aquellas disposiciones gratuitas de bienes en favor de la obra de misericordia favorita del mundo greco-bizantino: la *redemptio captivorum* (C.8.53(54).36.pr, año 531).

Una vez más han roto el fuego las altas consideraciones espirituales para echar abajo los requisitos formales de la *insinuatio*. Todos los supuestos citados anteriormente no constituyen una enumeración exhaustiva de posibles donaciones piadosas. Ya se entiende que tienen tan sólo un valor ejemplificador⁸⁹; sin embargo, es para nosotros significativo que hayan sido ellas las que inauguraron el régimen excepcional. La más antigua de estas normas justinianas es la que se refiere a donaciones en favor de instituciones benéficas, hospitales y asilos para peregrinos, huérfanos y pobres (C.1.3.41(42).13). Fue promulgada en el mes de marzo del 528 por el emperador dentro aún del primer año de su reinado; en la ley se considera que la *pia donatio, sive in scriptis sive sine scriptura*, siempre será exigible. Indudablemente, la *ratio pietatis*, de la excepción al régimen general, debió pesar en el ánimo del legislador al publicar la constitución.

Todos los otros supuestos, no claramente religiosos, en los que Justiniano admite la donación liberalizada, sin necesidad de la *insinuatio*, son posteriores a esta fecha. Pero, además, algunos de los casos considerados por el emperador como dignos de un régimen peculiar, no andan demasiado lejos del campo de los intereses espirituales. Así, por ejemplo, las donaciones hechas a los emperadores o realizadas por éstos, que en cierta manera son más antiguas, ya que el privilegio de estas liberalidades imperiales es anterior a Justiniano⁹⁰, venían a tener, en la mayor parte de los casos, un piadoso final. En efecto, algunas de estas liberalidades hechas a la casa imperial eran inmediatamente destinadas al sostenimiento de instituciones benéfico-religiosas, asilos, hospitales y orfanatrofios, colocados muchas veces bajo el mecenazgo y protección del emperador o de alguna persona de su familia⁹¹, y en

89. ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 276.

90. En la Nov. 52, c. 2, del año 537, Justiniano, al referirse a este tipo de donaciones, recuerda los precedentes legislativos de la época de Zenón: *Hacc autem inaequalitas facta est ex novitate quam Zenonis piae memoriae introduxit constitutio, ut imperiales donationes non egeant monumentis.*

91. Cuenta el historiador Sozomeno: *Historia ecclesiastica* 9, 1 (PG 67,

cuanto a las donaciones hechas por los propios emperadores, es un hecho perfectamente constatado por las fuentes literarias históricas⁹², deducido de las constituciones imperiales⁹³ y, en general, del mismo espíritu cristiano de la época⁹⁴, que los príncipes vivieron, igual que los nobles palatinos, con una honda preocupación religiosa y de caridad, disponiendo gratuitamente de sus bienes en donaciones piadosas.

De todos modos, y a pesar de estos supuestos de excepción, ya se ha operado la transformación necesaria para que, tanto en las figuras jurídicas *mortis causa* como en las donaciones, se haya ido desplazando idealmente el centro de gravedad de las mismas hacia una mayor importancia del *animus*, como verdadero eje y centro natural de toda la vida jurídica. Tal vez por ello, tras la compilación justiniana, quede abierta para la donación la vía del puro pacto como único requisito para su exigibilidad. Así parece desprenderse de la doctrina del consentimiento que mantiene la *Instituta* (2.7.2)⁹⁵ y del texto legal de una constitución justiniana

1596) que la propia Pulqueria, hermana mayor del emperador Teodosio, mujer de ardiente celo religioso, mantuvo y llevó adelante muchos establecimientos benéficos, a los que tan aficionados parecen los cristianos bizantinos. También en esa labor de caridad era Pulqueria ayudada por las aportaciones dadivosas de diversos miembros de la corte palatina.

92. Sozomeno: *Historia ecclesiastica* 5, 2 (PG 67, 1228).

93. La liberalidad imperial puede deducirse de la propia legislación. El año 369, los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano disponen que las multas judiciales sean entregadas —supuesto de un demandado eclesiástico— para los necesitados (C.Th.11.36.20 — C.1.4.2).

GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958, p. 293 s.

94. En el arco de Constantino, inaugurado el año 315 y en el que se incluyeron esculturas, relieves y medallones más antiguos y traídos de otros viejos monumentos, aparece una bellísima composición escultórica en relieve, tal vez de la época de Marco Aurelio, y en la que puede verse a un emperador repartiendo o, al menos, presenciando una distribución de limosnas entre los pobres. No deja de ser significativo el que fuera elegida precisamente esta escena de piedad pagana como un ideal imperial para la nueva época que comienza. Cfr. PARETI: *Storia di Roma e del mondo romano VI*, Turín, 1961, p. 258 ss.

95. Puede verse, con relación a esta configuración justiniana de la

contenida en el *Codex* (8.53(54).35.5b) en la que la *traditio* se considera más como una obligación resultante del *consensus* que como un requisito esencial para la *perfectio donationis*.

Si fue esta doctrina verdaderamente justiniana, como piensan unos⁹⁶, o fue elaborada por los intérpretes, como opinan otros⁹⁷, es algo que tiene para nuestro trabajo un interés puramente secundario. Lo que sí lo tiene en esta intrincada selva de la forma negocial en el Bajo imperio, aun estando cometida a tantas influencias y tan complejas, es que hayan sido motivaciones piadosas, nacidas para el fomento y el desarrollo de negocios en torno al *bonum animae*, las que abrieron el camino y justificaron las intervenciones legislativas de los emperadores.

7. b) *El peculio quasi castrense*⁹⁸. Por supuesto que este instituto jurídico postclásico nada tuvo que ver en su origen con los negocios para el bien del alma. Sin embargo, la conexión sobrevino después, y la institución entera recibió, como por un efecto reflejo, la misma atención legislativa de los emperadores. Al incluirse dentro de este singular beneficio el patrimonio de los eclesiásticos hijos de familia⁹⁹, y siendo bastante normal, entre los

donación *ad exemplum venditionis*: PRINGSHEIM: *Animus donandi*, en *ZS* 42 (1921), p. 273 ss., y ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 275 s.

96. GIRARD: *Manuel*, 6.^a ed., p. 619; FERRINI: *Pand*, p. 847; PEROZZI: *Istituzioni II*, 2.^a ed., p. 731.

97. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit., p. 688.

98. Entre la bibliografía más interesante para el estudio del peculio tenemos: FITTING: *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Halle, 1871; ALBERTARIO: *Libera administratio peculii*, en *Studi I*, p. 137 ss.; LONGO: *Il concetto classico e il concetto giustiniano di "administratio peculii"*, en *BIDR* 38 (1930), p. 29 ss.; *Id.*: *Appunti critici in tema di peculio*, en *SDHI* 1 (1935), p. 392 ss.; ARCHI: *In tema di peculio quasi castrense*, en *Studi Besta I*, p. 117 ss.; GUARINO: *L'oggetto del "castrense peculium"*, en *BIDR* 48 (1941), p. 41 ss.; DAUBE: *Actions between "paterfamilias" and "filiusfamilias" with "peculium castrense"*, en *Studi Albertario I*, p. 433 ss.; LA ROSA: *I peculii speciali in diritto romano*, Milán, 1953; *Id.*: *Ancora in tema di "peculium castrense"*, en *Studi De Francisci II*, p. 393 ss.; *Id.*: *Peculium*, en *Novissimo Digesto italiano*, s. v.

99. No pudo afectar el peculio *quasi castrense* inicialmente, al menos de un modo directo, sino a aquellos clérigos que ejercitasen además algún oficio palatino y que pudieran beneficiarse por ello del singular *status* crea-

obispos y el alto clero, un uso cristiano y piadoso de estos bienes, sobre todo a la hora de la muerte, nada tuvo de extraño que muchas de las normas favorables que hemos visto aparecer a lo largo del Bajo imperio, y que regulaban toda la inmensa variedad de actos dispositivos con causa pía, afectasen y beneficiasen igualmente al *peculio quasi castrense*.

Este *peculio* no gozó, en un principio, de una sustantividad propia e independiente. El único *peculio* existente fue solamente el militar, y este otro aparecido con los cambios políticos y sociales del imperio cristiano, ni fue inicialmente regulado de un modo separado ni tuvo siquiera nombre y terminología adecuados durante los siglos IV y V¹⁰⁰, ya que la expresión de *peculium quasi castrense* es, sin duda, justiniana¹⁰¹. Creado por Constantino para altas jerarquías palatinas (C.12.30), fue extendido más tarde, alrededor del año 444, por Teodosio —todavía seguía hablándose de *ius castrensis peculii*— a todo el personal subalterno de la cancellería imperial —*scriniarios*— y en favor de los escribientes de palacio o *exceptores*¹⁰².

Sin embargo, una institución como esta, configurada por notas tan especiales como la plena disponibilidad, *inter vivos* y *mortis causa*, por parte de los hijos de familia titulares del *peculio*¹⁰³, y

do por Constantino el año 326 (C.12.30), de *castrensi omnium palatinorum peculio*.

100. El Epítome de Gayo (2.1.7) ya parece indicarnos en la época post-clásica, la existencia de un *peculio* distinto del militar. Sin embargo, la terminología empleada está aún sin formar, ya que solamente se emplean expresiones de tipo general: *...praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permissum est...* Cfr. ARCHI: *L'epítome Gai. Studio sul tardo Diritto romano in Occidente*, Milán, 1937, p. 86 ss.

101. Posiblemente es en el año 531, cuando por vez primera, Justiniano hace referencia al *peculio quasi castrense* en dos de sus leyes, incluidas en el *Codex* (1.3.49[50] y 3.28.37.1,a). Las alusiones que podemos encontrar en otras normas justinianas son seguramente fruto de interpolaciones compilatorias. Vid. ARCHI: *In tema de peculio quasi castrense*, cit., p. 124.

102. En el imperio romano tardío, se les da este título a los secretarios redactores de documentos públicos, a los escribientes judiciales y a los secretarios de protocolo. HEUMANN-SECKEL: *Handlexikon*, s. v.

103. Ulp. 40 *ad ed.* D.37.6.1.22; Paul. 11 *quaest.* D.35.2.18. pr.; Pap. 27 *quaest.* D.45.3.18. pr.; Pap. 2 *def.* D.49.17. pr.; C.12.37.5, Diocleciano.

el no sometimiento a las reglas ordinarias de la *querella inofficiosi testamenti*¹⁰⁴, llegó a convertirse en salvaguarda exterior defensiva, bajo la que pudieron esconderse seguramente multitud de negocios con fines piadosos o espirituales, escapando así de los escollos legales que siempre podía presentar el Derecho común aplicable a los actos de disposición. Tal vez por eso, el año 472, los emperadores León y Antemio (C.1.3.33.(34)) ofrecieron este camino del *ius singulare* a los obispos y presbíteros y también a aquellos diáconos que fuesen merecedores de este privilegio, por su vida ordenada y piadosas costumbres: *diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire.*

La constitución imperial, en la que ni siquiera se nombra para nada al peculio *castrense* (la expresión, ya dijimos que es justiniana) ni a las equiparaciones legales producidas desde Constantino a Teodosio, es, sin embargo, lo suficientemente expresiva para que, aun sin nombrarlo, nos esté definiendo las ventajas extraordinarias que el peculio supone en sus titulares eclesiásticos: plena disponibilidad de los bienes, aunque se trate de personas *in potestate, etiamsi in patris avi que aut proavi potestate, constituti sunt... tamquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa*, y la eliminación de posibles derechos de los parientes del clérigo, *ut ea bona quoquo tempore nunquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur... nec a patribus avibus aut proavis... vindicentur.*

La ley viene, pues, casi indirectamente una especialísima misión: aparentemente parece fijar un privilegio más en un estatuto patrimonial¹⁰⁵ para los eclesiásticos, en una época en la que estos ocupan, por una curiosa trasposición de mentalidad, un lugar eminente en la sociedad cristiana. Pero, además, consciente o inconscientemente, la constitución logra unos efectos mucho más amplios y de más largo alcance: los beneficiados son precisamente unas

104. Ulp. 14 *ad ed.* D.5.2.8.4; Ulp. 6 *op.* D.5.2.27.2; Constitución de Diocleciano del año 294, C.3.28.24.

105. GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain, cit.*, p. 172 ss., divide los privilegios del clero en tres clases: estatuto patrimonial, inmunidades fiscales y privilegios jurisdiccionales del fuero eclesiástico.

personas —obispos y presbíteros, y aquellos diáconos que por su ejemplaridad se hagan dignos de este trato favorable¹⁰⁶— que por su vida piadosa garantizan absolutamente el buen uso del privilegio e, incluso, aseguran, en la mayor parte de los casos, un piadoso destino, de culto religioso o caridad, para los bienes “peculiares”.

¿Sucedería con estos personajes de la Iglesia y con la constitución C.1.3.33.(34) algo parecido a lo que pasó con las leyes teodosianas y el testamento monacal?, o, en otras palabras, ¿sería la norma de León y Antemio la consagración, en forma de aparente privilegio clerical, de una situación de hecho piadosa y acostumbrada? Tal vez, al abrirse a los titulares, personas de religiosidad probada, una amplia facultad dispositiva, esté en realidad el legislador buscando una canalización legal y asegurada para esos negocios jurídicos cristianos que, según nos consta por la abrumadora prueba de las fuentes patrísticas e históricas, fueron tan usuales entre los obispos y presbíteros —sin duda alguna por la misma influencia ideológica monacal— y produjeron en esta sociedad de los siglos IV y V un porcentaje tan elevado de testamentos y donaciones en favor de la Iglesia y de la caridad¹⁰⁷.

Ha venido, pues, a resultar que este defender la libertad de donar y testar y este reconocimiento de la capacidad dispositiva es, en realidad, un asunto bifronte: privilegio por parte del sujeto —eclesiásticos sometidos a la patria potestad— y *ius singulare*, también, por parte de la materia sobre la que revierte, negocios jurídicos piadosos en bien del alma, ya que la constitución leoniana

106. Suponemos que, como cuestión puramente de hecho, tendría que ser concretado *ad casum*, qué diáconos deberían gozar de este privilegio y cuales otros habrían de ser excluidos. Dadas las características delicadas de esta selección, seguramente tendría que decidir el propio obispo.

107. Posidio de Calama, obispo y autor de una *Vita Agustini* (PL. 32), al hablarnos de la vida del obispo africano, nos da a conocer, en páginas muy interesantes, la vida eclesiástica occidental y como el ejemplo y la predicación de San Agustín hizo que muchos obispos y clérigos de su época dejaran sus bienes a los pobres o dispusieran de ellos, en forma de legados piadosos. Puede verse la nueva edición del texto revisado por PELLEGRINO. Turín, 1956. También cundió el ejemplo entre el clero oriental, principalmente en la iglesia de Egipto. Vid. THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline*, cit., p. 93 ss.

del 472 logra de un solo golpe sustraer un patrimonio, que normalmente se destinaba a fines espirituales, de las posibles apetencias de los parientes, liberándolo también de la congelación que la vieja concepción de la *patria potestas* producía siempre en el orden económico.

La norma imperial abre, pues, una vía aprovechable para estas personas de la sacrosanta fe ortodoxa, según las mismas palabras del legislador. Aplicable tan sólo a la parte oriental del imperio, la constitución deja a salvo siempre los derechos de los propios hijos de estos eclesiásticos, si los hubiera¹⁰⁸. Un supuesto paralelo al del *ab intestato* previsto por la norma teodosiana vigente (C.Th.5.3.1) y de acuerdo también con el espíritu de la Iglesia, que, muy templadamente, considera desaconsejable el dañar los legítimos derechos de los hijos, bajo pretextos piadosos o de caridad¹⁰⁹.

Esta regulación queda, como hemos visto, clara, en el siglo v, pero ¿qué norma sería aplicable antes del año 472? ¿Interpretaría la jurisprudencia postclásica la posibilidad de una aplicación analógica del peculio, recientemente creado por Constantino, para cargos palatinos? Estamos en el terreno de la pura conjetura, ya que el único término *a quo*, de que podemos disponer, es la ley del emperador León, que hemos estudiado, y aun así dentro de su relativa concisión. Por ello, lo que pudo suceder antes del 472 no nos consta de ningún modo. Es posible, sin embargo, que dadas las características del ordenamiento jurídico romano del Bajo imperio, la constitución C.1.3.33.(34), de León y Antemio, hubiera puesto también el punto final a una situación de hecho, de extensión analógica, y los primeros cimientos para el estatuto patrimonial eclesiástico, mantenido hasta entonces, como una especie de peculio extralegal tan sólo.

Si ello fue así y si ya la propia vida, antes que la ley, hubiese iniciado este camino, desde los años constantinianos, tal vez pudiera entenderse mejor la curiosa afirmación del Libro siro-romano

108. *sed ad eorum filios... perveniant... ab ipsorum liberis tamquam praecipua vindicentur.* C.1.3.33(34).

109. *Cum misericordia a domestico progredi debeat pietatis officio. Da ergo prius parenti, da etiam pauperibus.* San Ambrosio: *ad. Luc.* 18.8 (*Enchiridion asceticum*, 422.36).

que, al hablar de los clérigos hijos de familia, atribuye con toda claridad a Constantino la liberalización de estos eclesiásticos con relación a la *potestas* del *paterfamilias*: *Beatus rex Constantinus... liberavit autem κληρικὸς etiam a potestate parentium suorum* (§ 117). Tal vez el pequeño manual jurídico siríaco tuviese alguna lejana razón en su afirmación extemporánea, ya que, pasados tantos años, no fuese cosa fácil, en verdad, precisar el momento histórico de aparición del privilegio, como ocurre con tanta frecuencia en estos procesos generativos de las normas romanas del Bajo imperio. Posiblemente distintos estadios precedieron a la configuración absoluta del instituto: una situación de hecho, en el siglo iv, una constitución poco expresiva del emperador León, en el v, y en donde ni siquiera se alude directamente al peculio, y una institución jurídica justiniana, finalmente, con una regulación perfilada, como veremos a continuación.

8. El año 531, en efecto, Justiniano promulga una nueva constitución, C.1.3.49(50), en donde de una manera directa y auténtica interpreta la vieja norma leoniana, dictada sesenta años antes. Aquella situación privilegiada del 472, en la que se comenzaba a dibujar para los obispos, presbíteros y diáconos de vida honesta la situación patrimonial de un peculio singular, viene ya calificada, técnicamente y sin rodeos, en la nueva ley justiniana: *Cum lege leoniana viris reverentissimis episcopis et presbyteris et diaconis peculium habere quasi castrense concessum est...*

Justiniano va a llevar las cosas hasta el final, con una equiparación absoluta del peculio *quasi castrense* de los eclesiásticos y aquel otro patrimonio clásico de los hijos de familia militares. Sin embargo, dadas las características históricas tan especiales que contribuyeron al nacimiento y formación del peculio *castrense*, el intento justiniano no será posible sino a costa de muchas dificultades. Por ello, las dudas provocadas por esa deseada equiparación no debieron ser pequeñas, sobre todo dentro del campo institucional de los pretendidos derechos de los parientes y la aplicación de la *querella inofficiosi testamenti*¹¹⁰. Es fácil comprender que estos

110. *dubitabatur, si huiusmodi testamenta debent de inofficiosi querella expugnari, cum de omnibus personis, quae huiusmodi peculia meruerunt, eadem fuerat quaestio exorta. C.1.3.49(50).*

bienes eclesiásticos tienen unas notas tan especiales, al menos en su configuración como patrimonio peculiar, que aparecían como muy distintos no sólo del peculio *castrense*, del que le separaban grandes diferencias históricas¹¹¹, sino incluso también del patrimonio de los hijos de familia con oficios palatinos¹¹². No obstante estas circunstancias, Justiniano se decide por la equiparación con los privilegios militares, y con ello, la no ejercibilidad de la *querella* por parte de los parientes legitimarios¹¹³. Así, en una constitución

111. Una gran parte de las singularidades del peculio militar, no son más que las consecuencias del propio carácter excepcional del Derecho hereditario militar, planteado de un modo extraordinario, no sólo por las causas que las fuentes legales suelen aducir: *imperitia* (I.2.11.pr.), *simpli-citas* (D.29.1.1.1; C.6.21.3; C.6.30.22.15), *ignorantia* (C.6.30.22; D.22.6.9.1), etcétera, sino por otras razones sociológicas e históricas como por ejemplo, la influencia de algunas instituciones hereditarias helénicas, la afluencia de elementos provinciales al ejército romano, que hacen del testamento militar una especie de avanzadilla del Derecho hereditario del futuro, estructurándolo ya conforme a un Derecho de gentes, universal y flexible. Esto explica que en la compilación justiniana, las metas alcanzadas por el Derecho común, en este último estadio del Derecho romano, no se diferencian ya demasiado de las características que, en pleno Derecho clásico, tuvo el testamento militar. Entre la mucha bibliografía puede verse, sobre todo: ARANGIO-RUIZ: *L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel Diritto romano classico*, en *BIDR* 18 (1906), p. 157 ss., especialmente p. 187; *Id.*: *Istituzioni*, Nápoles, 1952, p. 528; TAMASSIA: *Testamentum militis*, en *Atti Ist. Veneto* 86 (1927); GUARINO: *Sull'origine del testamento dei militari in Diritto romano*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo de Scienze e Lettere* 72 (1938-1939); HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar*, Madrid, 1946, especialmente p. 119 ss.; BOLLA: *Zum römischem Militärtestament*, en *Studi Arangio-Ruiz I*, p. 273 ss.; CHEVAILLER: *Notes sur le testament militaire dans la législation impériale*, en *Études de Droit romain*, París, 1956.

112. Son varios los autores que piensan que el peculio *quasi castrense* no debe concebirse como una unidad institucional, sino como un conjunto de situaciones patrimoniales diversas. Así, por ejemplo: BONFANTE: *Corso di Diritto romano I*, p. 105 ss. y ARCHI: *In tema de peculio quasi castrense*, *cit.*, p. 129. Opinan, por el contrario, en favor de la unidad absoluta entre los diversos supuestos de peculio *quasi castrense*, FITTING: *Das castrense peculium*, *cit.*, p. 477 ss. LA ROSA: *I peculii speciali in Diritto romano*, *cit.*, p. 208 ss.

113. *Si quis in militia fecerit testamentum et intra annum post militiam decesserit, dubito an, querella inofficiosi cesset: et potest dici querellam inofficiosi cessare.* Ulpiano, 14 *ad ed.*, D.5.2.8.4.

simultánea a la que hemos visto e incluida por los compiladores en el libro tercero de *Codex* (C.3.28.37), el emperador, aunque de nuevo se hace eco de la inquieta situación de perplejidad normativa¹¹⁴, rompe lanzas igualmente en favor de la no aplicación del Derecho común en lo relativo a la *querella inofficiosi testamenti: hoc nihilo minus eis addito privilegio, ut neque eorum testamenta de inofficioso querella expugnentur* (§ 1, f).

Posiblemente con la equiparación justiniana hasta sus últimas consecuencias han ido las cosas demasiado lejos, sobre todo tratándose de supuestos eclesiásticos. Quizá el encasillamiento dentro del peculio *quasi castrense* con los otros casos de patrimonios formados en el ejercicio de la vida política palatina, hizo que estos bienes de obispos y clérigos, cuya razón de ser fue siempre muy distinta, gozasen de un privilegio un poco irregular. También pudiera ser —dentro de la línea de rigidez ideológica cristiana del siglo v y vi y que parece traslucirse especialmente en los primeros años justinianos— que por tratarse de un destino piadoso, de limosnas a los pobres, mantenimiento de iglesias o redención de cautivos, etc., se diese por buena, sin más, esta no aplicación de la *querella*¹¹⁵.

Bien pronto, sin embargo, se nota un cierto cambio de dirección normativa con arreglo a criterios más de acuerdo con la ley

114. *In his itaque omnibus quasi castrensibus peculiis dubitabatur, si contra huiusmodi testamenta de inofficioso querellam extendi oportet.* C.3.28.37.1d.

115. Aunque a base mucho más antigua, incluso precristiana, la postura de un rigorismo religioso, constituyó en occidente, y sobre todo en Bizancio, una peligrosa posición cultural cristiana, con innumerables implicaciones, tanto en el terreno dogmático —monofisismo—, como en el puramente ascético —maniqueísmo— muy especialmente a partir del siglo v. Es muy interesante por su amplitud el estudio de BECK: *Kirche und Theologische Literatur in Byzantinischen Recht*, Munich, 1959, p. 279 ss. Por fuerza, que este rigorismo tuvo que traslucirse en la propia normatividad legislativa de las constituciones imperiales, dando lugar a posturas un poco duras, sobre todo a partir del emperador Zenón, bajo cuyo reinado triunfaron más claramente estas ideas de cuño orientalista, con una visión cristiana deshumanizada y rígida. La supresión de los derechos legítimos de los parientes o, al menos su desdibujamiento, al entrar en colisión con otros intereses de índole espiritual o religiosa, tendría que ser, al fin y al cabo, una consecuencia lógica de esta manera singular de entender el cristianismo.

natural e incluso con la moral cristiana, que consideró siempre estos deberes familiares como algo sagrado¹¹⁶. Por otra parte, la equiparación absoluta con el peculio *castrense* era evidentemente inadecuado desde el punto de vista substancial, ya que la mayor parte de los privilegios militares eran más bien consecuencia del testamento militar y este fue siempre tan extraordinario, que se había configurado, aún dentro de la época clásica, como no sometido a ninguna norma típica, flexible y acomodable a todas las mentalidades¹¹⁷.

El cambio de criterio parece como adivinarse en la propia técnica interpoladora de los redactores del Digesto, puesto que las correcciones y retoques hechos sobre los viejos pasajes jurisprudenciales, con la finalidad de incluir en ellos el recién creado peculio *quasi castrense*¹¹⁸, han sido hechos precisamente en aquellos aspectos doctrinales de singularidades menos llamativas, como son por ejemplo el reconocimiento de la *testamenti factio* (D.39.5.7.6), el carácter no colacionable de los bienes peculiares (D.37.6.1.15), etcétera¹¹⁹.

Por otra parte, en este posible conflicto de intereses religiosos e intereses de la sangre, que es lo que, en último término, podría plantearse en el supuesto de un patrimonio eclesiástico, destinado por el testamento del *de cuius* a fines de devoción o a limosnas, se puede notar también este cambio de criterio, sobre todo en los últimos años justinianeos y concretamente en el c. 19 de la Novella 123 (año 546). Que no estamos ante una rectificación aislada, sino frente a la mitigación general de una inicial dureza, es fácilmente comprobable en el hecho de que un cambio parecido se ha operado en un terreno paralelo a este que nos ocupa. Así, por ejemplo, en el supuesto de la sucesión intestada de los obispos, la norma legislativa ha pasado de la primitiva rigidez que, en el año 528,

116. BIONDI: *Diritto romano cristiano III*, cit., p. 343 ss.

117. HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar*, cit., p. 155 ss.

118. Como ejemplo de estas interpolaciones tenemos:
aliove quo officio praecrat (D.36.1.17.12); *nec quasi castrense peculium* (D.37.6.1.15); *vel quasi castrense* (D.39.5.7.6).

119. También en la *Instituta* (2.11.6) donde aparece reconocido el peculio *quasi castrense*, se puede entender un poco la no absoluta asimilación de este instituto con el excepcional patrimonio de los militares.

suponía la constitución C.1.3.41.(42), 5-7, y en donde se disponía una sucesión absoluta en favor de la Iglesia episcopal, a una regulación mucho más humanizada el año 535 (Novela 5, c. 5), en donde se reconoce el derecho de los hijos a la cuarta legítima, y a la tajante disposición de la Novela 123, c. 38¹²⁰, en la que el respeto a los sagrados derechos de los hijos aparece de modo contundente: *ut nulli filiorum suorum minuat legitimam partem*.

Las nuevas corrientes del ordenamiento bizantino, tan favorables a los derechos legítimos y que se manifiestan en la política legislativa justiniana¹²¹, habían de tener también su correspondiente expresión en estos casos eclesiásticos. Por ello, en esta misma Novela 123, en donde, para la sucesión *ab intestato* de los monjes, se tienen en cuenta los derechos legítimos de los descendientes del *de cuius*, se pone también el punto final a esta situación subitativa tan prolongada del peculio *quasi castrense* y la *querella*. En el c. 19, mantiene Justiniano la antigua analogía, como años antes hiciera en la constitución C.1.3.49(50): el patrimonio eclesiástico puede configurarse jurídicamente a semejanza del peculio militar, *ad similitudinem castrensiun peculiorum*, y sus titulares tendrán amplísimas facultades para todo tipo de donaciones y testamentos. Por otra parte, se nota también, y ello parece lógico, una cierta expansión del privilegio peculiar a otros eclesiásticos de segunda fila. No sólo los altos personajes de la norma leoniana se beneficiarán de este *ius singulare*, sino que también se extenderá a los diáconos —sin hacer ya ninguna alusión a la integridad de la vida como condición *sine qua non*— y a otros: *diaconos et subdiaconos et lectores et cantores, quos omnes clericos appellamus*.

Sin embargo, junto con esta extensión a nuevos titulares del peculio *quasi castrense*, se pone fin a la vieja y confusa cuestión de los derechos legitimarios. Nunca podrán los causantes perjudicar la legítima expectativa de los hijos ni, en ausencia de estos,

120. La Nov. 5 se refiere tan sólo a la sucesión *ab intestato* de los monjes, mientras que la Nov. 123, c. 38, al ser redactada de una manera más amplia —*in quocumque ecclesiastico officio*— nos da pie a pensar en su posible aplicación, no sólo a los monjes, sino también a los obispos.

121. Nov. 115, año 542.

—otra novedad justinianea— los derechos legítimos que correspondían a los ascendientes del testador. La única diferencia que queda ya con el Derecho común se da tan sólo en el supuesto de hermanos y hermanas del testador que, al ser silenciados por la Novela 123, pueden considerarse definitivamente excluidos en la legitimación de la *querella* y, por ende, sin ningún derecho sobre los bienes de la herencia. Salvo esta excepción, en todos los demás casos se aplicará la regulación de la *querella* o, en su caso, de la *actio ad implendam legitimam*, sin que importe el carácter peculiar de los bienes o el piadoso destino de los mismos ¹²².

En resumen, nuestra opinión es que bajo esta institución post-clásica se escondió algo más que un puro *ius singulare* personal de los clérigos como ligeramente puede pensarse. En efecto, como hemos visto, bajo el ropaje externo del peculio *quasi castrense* se ha buscado en realidad un modo de escapar al Derecho común aplicable a donaciones y testamentos. Siendo el siglo v fundamentalmente un momento espiritual de gran rigidez monofisita, no nos puede extrañar que se haya tratado incluso de burlar con el peculio, las esperanzas más legítimas de los parientes cuando los derechos de estos se enfrentarán a los altos intereses de la Iglesia. Resulta significativo que esta plena disponibilidad de los bienes tanto *inter vivos* como *mortis causa* fuera precisamente concedida a aquellas personas —alto clero y diáconos de vida honesta, según la constitución del emperador León— que son precisamente quienes en estos años llevan la iniciativa y marcan la pauta en los negocios *religionis intuitu*. Por ello, cuando vueltas las aguas de esta rígida visión cristiana del siglo v a los cauces más humanizados del siglo siguiente y normalizada por Justiniano la posible fricción entre legitimarios y herederos de píos testamentos, el peculio *quasi castrense*, consagrado definitivamente en el Derecho romano tardío, aparece tan sólo como un instituto que concede a sus titulares una plenísima disponibilidad. Sin embargo, bajo toda su tuteante reglamentación y a pesar de las dudas que tanto atormentaron a Justiniano, el peculio de los eclesiásticos no ha sido sino el reflejo exterior de toda una polémica de intereses que la bene-

122. Tras la Nov. 18, del año 536, la *portio legitima* correspondiente a los parientes es elevada a un tercio del patrimonio hereditario.

ficencia privada tuvo que provocar. Como auténtica fortaleza amurallada, el peculio con su indudable singularidad pudo proteger y dar vía libre a toda una serie de actos piadosos en favor de la Iglesia, aún en contra de las normas firmes del ordenamiento jurídico vigente.

9. c) *Inmediatividad en la ejecución de la liberalidad testamentaria "ratione pietatis". La "mora ex re"*. El fenómeno social cristiano, multiplicando de modo creciente los actos dispositivos de carácter benéfico en las formas más variadas, tal como hemos visto, proporcionó al Estado romano postclásico y al poder político bizantino la solución generosa y fácil de un grave problema, que la beneficencia con sus cargas públicas, cada día más elevadas, suponían en un Estado ya de corte moderno, como el Imperio romano postdiocleciano. Este hecho social hizo que testadores y donantes, buscando altísimas metas espirituales de paz y descanso del alma —*pro peccatis, pro anima mea*— y también otros fines menos elevados pero humanamente lógicos, como el ancestral deseo de permanecer para siempre por la fama y el recuerdo¹²³ y la propia vanidad y deseo de emular a otros generosos testadores, resolvieran de un solo golpe el enojoso gravamen de una asistencia social urgente y obligatoria a pobres, peregrinos, enfermos abandonados, ancianos y huérfanos, asumieran la comprometida carga de redimir a los prisioneros de guerra en poder de los bárbaros y de los persas, y se enfrentaran con los gastos, cada día más cuantiosos, de construcción y conservación de iglesias y monasterios abiertos al culto en el extensísimo territorio bizantino¹²⁴. Esta ingente beneficencia, creada y mantenida por la caridad particular no tenía, sin embargo, en el Derecho romano postclásico y justiniano, otro camino abierto que las viejas figuras jurídicas clásicas, más o menos vulgarizadas por el uso y la interpretación de la jurisprudencia tar-

123. Justiniano en una de sus novelas (Nov. 67) muestra su preocupación por el estado ruinoso de algunas iglesias, fundadas en otras épocas con gran esplendor. Trata de encauzar, por ello, la iniciativa de posibles fundadores, para que en lugar de obras nuevas, apliquen sus bienes a las ya existentes. También así se puede ser "fundador".

124. DUFF: *The charitable Foundations of Byzantium*, Cambridge legal essays, 1926, p. 83 ss.

día. Tanto en la limosna hecha en vida del donante, como en las liberalidades aplazadas *post mortem*, la única vía posible era la que podían ofrecer, dentro del Derecho privado, las donaciones, testamentos, legados y fideicomisos.

Un grave obstáculo podía presentarse, con todo, en estos negocios jurídicos hechos *ratione pietatis*, tanto por la ausencia de capacidad de adquirir de estos establecimientos de caridad privada —futuras *piae causae*— como la auténtica incertidumbre de unos beneficiarios poco concretos o demasiado genéricos, como sucedía, por ejemplo, cuando el caprichoso donante o testador, sin añadir ningún dato especificador, dejaba sus bienes a los cautivos, a los pobres o a los huérfanos. No había, entonces, otra solución que la de utilizar una vía indirecta, a través de una donación con gravamen modal o de una disposición *mortis causa* de carácter fiduciario, intentando el negocio por medio de una persona capaz, fuera esta colectiva¹²⁵ o individual. Fue este segundo supuesto el camino más usual y una persona física, por razón de su cargo (el obispo, el abad de un monasterio, o el administrador de alguno de estos establecimientos benéficos recién estrenados) fue normalmente la elegida para llevar a cabo la piadosa voluntad del causante, tal como podemos descubrirlo a través de la documentación conservada en las colecciones papirológicas¹²⁶ y por las frecuentes referencias

125. Las personas colectivas tendrían además la ventaja de ofrecer resuelto el problema de la permanencia y continuidad, cuando el legado consistiese, por ejemplo, en una renta periódica, supuesto nada raro en las liberalidades en favor de los pobres y el culto. El nombrar heredera o legataria a la Iglesia, además de posible, a partir de su reconocimiento como persona capaz por Constantino en C.1.2.1 contaba con la ventaja de una absoluta garantía moral, que podría hacer, incluso innecesario el gravamen modal. No habría tampoco inconveniente en utilizar instrumentalmente a otros entes morales, como municipios o colegios, como se había venido haciendo con los legados *ad colendam memoriam* a los que tan aficionados fueron los romanos de los siglos II y III. Vid. MURGA: *El testamento en favor de Jesucristo*, cit., p. 371 ss.

126. Tal es el caso del testamento de Apa Abraham, obispo de Hermonthis (siglo VI) que nombra heredero a Víctor, monje y presbítero, discípulo suyo (*P. Lond I*, 77, p. 241. *Grundzüge und Chretomathie der Papyruskunde II-2.^a*, p. 370). Otras veces puede actuar el ecónomo (*P. Grenf.* 2.95; *P. Flor.* 3.289, etc.) o el administrador privado (*P. Maspero* 151,252;

que nos hacen las fuentes literarias de la época¹²⁷. La propia legislación imperial no hizo otra cosa posiblemente, sino reconocer esta situación llamando siempre a estas personas, principalmente al obispo¹²⁸ para cumplir el papel de titular o al menos de administrador de los patrimonios acumulados precisamente para atender a estos fines espirituales en memoria del causante.

Es lógico, por otra parte, que así sucediera, ya que por tratarse de bienes vinculados al culto y a la caridad y coincidiendo uno y otra con los propios fines fundacionales de la Iglesia, se reservó esta para sí, desde los primeros años del imperio cristiano, la realización y reglamentación exclusiva de estas tareas piadosas¹²⁹. Las constituciones imperiales venían una vez más a reforzar la naciente de hecho provocada por tantas donaciones y testamentos.

P. Oxy. 71, II, 10). Son interesantes los estudios de STEINWENTER: *Die Rechtsstellung der Kirchen und Klöster*, en *ZS.* (kan. abt.) 19 (1930), p. 12 ss. y de HAGEMANN: *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischen Recht*, en *Studien zur Rechtswissenschaft* 37 (1953) p. 76 ss. Puede verse igualmente una recensión de esta obra hecha por STEINWENTER en *ZS* 71 (1954), p. 493 ss.

127. San Basilio: *Epíst.* 94 (PG. 32, 488). Edición crítica de COURTONNE. París, 1917; San Gregorio Nacianceno: *Oratio* 43 (PG. 36, 577); San Gregorio de Nisa: *Oratio in laudem fratris Basilii* (PG. 46, 809).

128. Las constituciones imperiales parecen recoger la doctrina sentada por el Concilio de Antioquía (332-341) en donde se reconoce al obispo el poder (*ἐξουσία*) sobre los bienes dejados a la Iglesia. Por ello, a partir de la constitución C.1.3.28 1-2, del emperador León (a. 468), en donde abiertamente se concede al obispo la *facultas exigendi* para la litigación en todos estos supuestos de pías disposiciones testamentarias sin realizar, las normas imperiales van manteniendo siempre la misma postura: C.1.2.14, León (a. 470); C.1.2.15, Zenón (a. 477); C.1.2.21, Justiniano (a. 529); C.1.2.25(26) y C.1.3.45(46) pr. (a. 530); C.1.3.48(49).2 (a. 531) Nov. 120 c. 5-7 (a. 544); Nov. 131, c. 11 (a. 545).

129. Ya en el siglo IV, parece indiscutible la competencia general del obispo en todas estas materias más o menos relacionadas con la vida espiritual de los fieles. Tanto en las obras de los Padres (San Ambrosio: *Epíst.* 17.1, *PL.* 16, 1002) como en los concilios (Roma, año 378) se ha venido manifestando esta tendencia y también formulado de modo general, lo escriben Arcadio y Honorio a Apolodoro, procónsul de Africa, en agosto del año 399: *Quotiens de religione agitur, episcopus convenit agitare; ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audiri.* (C.Th.16.11.1).

La situación del obispo o del administrador, legitimado activamente frente a los gravados con el legado o el fideicomiso piadoso, la hemos de enfocar siempre en íntima vinculación con el fenómeno jurídico de la evolución de la capacidad de adquirir de esos entes colectivos, ya como algo separado de la propia personalidad de la Iglesia. Por ello, desde que inicialmente los encontramos como titulares destinatarios y todo lo más, con un gravamen modal desdibujado, hasta que se perfilan como puros ejecutores, *ratione officii*, y administradores de patrimonios autónomos, todo un arco de más de dos siglos se extiende y en el que, paso a paso, se va concretando la auténtica realidad jurídica de estos establecimientos bizantinos, fundados para la consecución de una finalidad concreta de asistencia caritativa.

De todos modos, la persona designada por el testador para velar por el cumplimiento de aquel negocio *in bonum animae* o el obispo, en su caso, se ven auxiliadas en tan peculiar y religioso deber por las constituciones imperiales, a fin de evitar, en lo posible, la lenta ejecución que una enojosa situación litigiosa pudiera provocar. Así, el emperador León el año 468, además de designar al obispo del difunto, como posible actor frente a los poseedores de los bienes hereditarios y supliendo la ausencia de un ejecutor designado en testamento, establece por vez primera la necesidad de que el cumplimiento del *pium arbitrium defuncti* se haga sin ninguna vacilación ni demora: *vir reverentissimus episcopus illius civitatis, ex qua testador oritur, habeat facultatem exigendi, quod huius rei gratia fuerit derelictum, pium defuncti propositum sine ulla cunctatione ut convenit impleturus* (C.1.3.28.1).

La necesidad de someterse al único camino abierto, a través de los legados, fideicomisos o sustituciones, supondría muchas veces que aquel *pium propositum* habría de demorarse, con gran perjuicio para los altos fines perseguidos. Tal vez de ahí, ese *sine ulla cunctatione*¹³⁰ del texto legal, para apremiar al gravado y posible moroso, y donde muy posiblemente comienza a barruntarse, en

130. *Cunctatio* tiene unas veces un significado subjetivizado, como de tardanza-vacilación (Quint.: 11.3.157) y otras veces, en cambio, parece tomar entre los clásicos un sentido más objetivo, como de puro retraso (Cicerón: *Oratio pro Sestio*, 47.100; *de off.* 1.21.71; *Oratio in Vatinius*, 6.15).

pleno siglo v, un enfoque nuevo de este tipo de obligaciones hereditarias, encarnadas en el Derecho privado por puras exigencias históricas, pero en las que empiezan a apuntar los primeros vestigios de su naturaleza pública¹³¹.

Durante la época clásica, la *mora* de la persona gravada por legados o fideicomisos, quedaba sometida a unas reglas muy elaboradas por la jurisprudencia, según la naturaleza de la prestación que se debiese cumplir¹³². Fuera de esto, y dentro de la *bona fides* y armonía humana que caracteriza al Derecho romano clásico, si se trataba de un legado pecuniario, era concedido normalmente al heredero un *modicus tempus*, para que pudiera procurarse el efectivo necesario con que pagar esta obligación hereditaria¹³³. Por el contrario, en la época postclásica, no sólo tiende a vulgarizarse el propio concepto de la *mora*¹³⁴, identificándose familiarmente, tanto

131. Cuando en el *Codex* se emplea el término de *cunctatio*, exigiendo el rápido cumplimiento de una obligación, parece referirse siempre a un especial tipo de prestación, que por su especial naturaleza y relación con la pública utilidad, no debe admitirse la dilación: Así, por ejemplo: C.5.73.4, Diocleciano y Maximiano (a. 303); C.2.7.26.4, Justino (a. 524); etc. En cuanto al empleo de la frase *sine ulla cunctatione* en la constitución de Constantino del año 326 (C.8.5.1) parece una adición justiniana, ya que no existe en el precepto correspondiente del *Codex* de Teodosio (4.22.1).

132. Así, por ejemplo: Para el legado vindicatorio, Ulp. 2 *resp.* D.30.120.2; para el legado damnatorio, Paulo 3 *ad Sab.* D.30.23; para la sustitución fideicomisaria, Ulp. 15 *ad Sab.* D.36.1.19 pr.; para los fideicomisos, Gai. 2.280; Pap. 7 *resp.* D.22.1.8; *Id.* 20 *quaest.* D.(22.1.)3 pr. y 4; Paulo 14 *resp.* D.22.1.14; *Id.* 21 *quaest.* D.31.84; *Id.* 14 *resp.* D.31.87.1, etcétera. Sobre la *mora* en Derecho clásico puede verse: SIBER: *Interpellatio und mora*, en *ZS* 29 (1908), p. 52 ss.; BETTI: *La "litis aestimatio" in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*. Camerino, 1909, p. 30 ss. GENZMER: *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzug im klassischen römischen Recht*, en *ZS* 44 (1924), p. 86 ss.; MONTEL: *La mora del debitore*, 1930; VOCI: *I limiti della responsabilità nell'adempimento del legati per damnationem e dei fedecommissi*, en *SDHI* 1 (1935), p. 48 ss.; NIEDERMAYERS: *Studien zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der "mora" seit Sabinus*, en *Festschrift Schulz I* (1951), p. 339 ss.; MAYER-MALY: *"Perpetuatio obligationis"*: D.45.1.91, en *IURA* 7 (1956), p. 6 ss.; ELEFANTE: *Interpellatio e mora*, en *LABEO* 6 (1960), p. 397 ss.; MONTEL: *Mora en Novissimo Digesto italiano* (1964), s. v.

133. Ulpiano, 51 *ad ed.* D.30.71.2.

134. En el Derecho romano vulgar, se dice que algo es prestado *sine*

en la jurisprudencia tardía¹³⁵, como en las leyes imperiales¹³⁶, con cualquier tipo de tardanza, sino que además la práctica occidental ha establecido ya un régimen común para el retraso en el cumplimiento de legados y fideicomisos por parte del heredero. Esa es, en efecto, la doctrina que nos llega a través de las *Pauli sententiae* (3.8.4):

Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt: mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.

Vemos en el texto que, junto con la equiparación de legados y fideicomisos sin cumplir, natural consecuencia de la *exaequatio post-clásica*¹³⁷, y la posibilidad consecuente de reclamar frutos e intereses, la *mora* a partir del siglo IV, se configura de tal modo, que el viejo requisito de la *interpellatio* procesal, tiende, en cierto modo, a desvanecerse¹³⁸. Finalmente, otra novedad postclásica parece vis-

mora, cuando en el mutuo no se fijó ningún plazo para la restitución. Un nuevo sentido popularizado equivalente a *tarditas* parece surgir en esta época (LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 111 ss.; KASER: *Das Römische Privatrecht II*, cit., p. 260 ss.

135. *Epit. Gai.* 2.7.8; *Interprt. Pauli Sententiae* 2.25.4.

136. C.Th.4.19.1, Graciano, Valentiniano y Teodosio (a. 380); C.Th. 11.1.18, los mismos emperadores (a. 381).

137. El texto original que pudo servir de base al postclásico de las Sentencias de Paulo, parece ser *Gai.* 2.280, aunque ésta no se refería más que a los legados. Los textos fueron después retocados y transformados por la jurisprudencia postclásica. La diferencia entre legados y fideicomisos, cada día más atenuada, tras las disposiciones del S. C. Neroniano, llega prácticamente a desaparecer tanto desde el punto de vista substancial, al equipararse en la constitución C.6.23.15, ambas figuras *mortis causa*, como desde el punto de vista procesal, con el procedimiento *extra ordinem*, que iguala también ambos institutos. GROSSO: *I Legati nel Diritto romano*, Turin, 1962, p. 127 ss.

138. El precepto de las *Pauli sententiae* resulta demasiado conciso, para poder deducir de él una doctrina clara sobre la *mora*. Por otra parte nos falta la *interpretatio* correspondiente del texto. En el pasaje se nos dice que la *mora* se produce, *cum postulanti non datur*, pero, ¿a qué se refiere el jurista postclásico, en esa alusión a la *postulatio*? ¿Hay que entenderlo en un sentido procesal y clásico como en el procedimiento formulario? Muy posiblemente no, ya que todas las instituciones procesales han sido transformadas con el procedimiento *extra ordinem*. Tal vez puede entenderse la *postulatio* con un sentido vulgar de reclamación. Si ello es así, la *mora*:

lumbarse en el *duplum* de la condena, derivándolo, no de la antigua *infinitio* de la *actio ex testamento* —vinculada por su antiguo origen de la *manus iniectio* a la condena duplicada— sino de un concepto nuevo y punitivo del mero retraso¹³⁹.

La idea, pues, de un *duplum*, sanción va haciéndose cada vez más clara en el Derecho romano vulgar, a la vez que en las constituciones imperiales —tal vez por consecuencia de la ancestral idea de la duplicación del *furtum*— el *duplum* va repitiendo como pena típica de multitud de delitos de carácter económicos: usurpaciones, defraudaciones, malversaciones de bienes públicos, etc.¹⁴⁰.

En este ambiente jurídico crecieron y se desarrollaron los legados y fideicomisos, dejados por píos testadores creyentes que buscaban la paz del alma y la quietud de sus conciencias. Es el momento de la constitución leoniana en donde se exige que estas mandas piadosas sean cumplidas sin demora, *sine ulla cunctatione*. Ya hemos visto como estamos asistiendo a un fenómeno histórico

podría comenzar con cualquier indicio de esa reclamación del legatario, con tal de que fuese conocido por el heredero. *Vid.* SIBER: *Interpellatio und mora*, cit., p. 60; LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 113.

139. Del concepto clásico y gayano (2.282) de la *mora* al postclásico sentido que toma el retraso culpable en el *Epítome* (2.7.8), existe ya una gran diferencia, como podemos ver a continuación:

Gai. 2.282

Item si legatum per damnationem relictum heres infititur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.

Epit. 2.7.8

Praeterea in hoc alia fideicommissorum et legatorum condicio est, quia fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur; legatorum vero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.

140. C.3.35.5, Diocleciano y Maximiano (a. 293); C.Th.7.4.24 (C.12.37.9), Arcadio y Honorio (a. 398); C.Th. 14.15.5 (C.11.23.3, *idem* (a. 399); C.1.51.3.1, *idem* (a. 399); C.Th.11.8.2 (C.10.20.1) *idem* (a. 400); C.Th.11.7.16 (C.10.19.7.3) *idem* (a. 401); C.Th.16.10.24 (C.1.11.6) Honorio y Teodosio (a. 423); C.Th.14.16.3 (C.11.24.2.1), Teodosio y Valentiniano (a. 434); C.6.30.22.10, Justiniano (a. 531); C.1.17.2.22 (a. 533).

muy importante en la evolución privado-pública del ordenamiento jurídico. Un fenómeno de tipo general, pero que se reproduce y se manifiesta en muchas ocasiones concretas. Tal vez sea por ello, por lo que en la constitución C.1.3.28 del año 468 esté ya, en cierto modo, implícito el hecho de que esta sagrada obligación del heredero o de la persona gravada, medio privada y medio religiosa, montada sobre la mecánica iusprivatística de la *actio ex testamento*, pero cumpliendo una misión mucho más alta que la del puro interés individual del actor, se vaya acercando más cada día a aquellas otras obligaciones, nacidas *de publicis contractibus*, y en las cuales el cumplimiento debe ser inmediato y sin plazos, según la norma de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio¹⁴¹.

10. La ley del emperador León ha sido como el primer paso para la configuración de una figura jurídica que va a dar su juego a partir de este momento hasta la época compilatoria y su texto legal pueda ser el precedente de la *mora ex re* que va a afectar a las obligaciones derivadas de todas las disposiciones *mortis causa* de carácter religioso, según expresamente lo establece Justiniano en el § 4 de su constitución C.1.3.45(46), del año 530. Ya hemos visto, como toda la jurisprudencia y la legislación anteriores, en los años vulgarizadores, ha dejado el terreno muy abonado para la formación definitiva de la *mora* objetiva de Justiniano, y así, unos meses antes de la constitución *Deo auctore*, el emperador llega de nuevo al concepto de *mora* delictiva, en una amplísima ley de aplicación general por la que se regirán todas las pías disposiciones que puedan hacerse al morir.

Un nuevo medio procesal establece también Justiniano en el § 6, una acción nueva —*condicticium ex lege actionem*— alejada cada vez más de la *actio ex testamento* tradicional, para que el devoto deseo, manifestado por el difunto por medio del legado o el fideicomiso, no quede sin cumplir. Se entiende en la ley, que esa sagrada obligación debe ser cumplida sin tardanza ni vacilación y

141. *Universi, quos in publicis contractibus manifestissimos debitores cognitio inquisitione convicerit, statim ut sententia fuerit promulgata, obnoxii redhibitioi teneantur nec illis aliquid ad excogitandas fraudes et versutias exerendas morae ac temporis relaxetur* (C.Th.11.36.27).

que, incluso, el mero retraso es ya algo delictivo que merece el castigo *in duplum*. No abandona el legislador la idea de este elemento penal y de su castigo correspondiente, aunque pretenda a veces, en un típico intento clasicista justiniano, vincularlo en viejos fundamentos tradicionales¹⁴². Por ello, y no obstante, ese sabor tradicional que manifiesta toda la constitución¹⁴³, la pura de-

142. En el § 7 de la constitución justiniana se nos dice que esta duplicación nace del no cumplimiento espontáneo, del mismo modo que entre los antiguos era normal cuando *ex infitiatione lis in duplum crescebat*. Hemos de advertir, sin embargo, que esta litiscrescencia o lo que de ella pueda quedar en estos tiempos justinianos es ya algo muy distinto de lo que fue el instituto clásico. En efecto, la *actio iudicati* perdió la litiscrescencia, y aunque conservó su antigua terminología, se ha matizado con un tono público de acuerdo con el procedimiento por libelo de esta época. (Puede verse: BIONDI: *Appunti in torno alla sentenza nel procedimento civile romano*, en *Scritti giuridici II*, p. 503; WENGER: *Actio iudicati*. Trad. de Goldschmidt y Pinter. Buenos Aires, 1954; LIERMAN: *L'actio iudicati nel processo giustiniano*, en *Studi Bonfante III*, p. 399 ss.; LEVY: *Westen und Oesten in der nachklassischen Entwicklung*, cit., p. 242 ss.; LA ROSA, Franca: *L'actio iudicati nel Diritto romano classico*, Milán, 1963). También perdió la litiscrescencia la *actio ex testamento*, y la *actio depensi* y la *de modo agri* fueron transformadas. Conservaron el *duplum* aunque de un modo peculiar, la *actio legis Aquiliae* y la nacida del depósito necesario (puede verse ROTONDI: *Scritti giuridici II*. Milán, 1922; ALBANESE: *Studi sulla lex Aquilia II*. 1950, en *Annali Palermo* 21 (1954), p. 70 ss.

143. Toda la constitución C.1.3.45(46) trata de seguir una línea conservadora y clasicista, como resultante de una clara influencia escolástica por parte de los maestros de Berito y Constantinopla, principalmente. Por ello, al tratar de la *exsecutio* universal que ya es característica de los *publica iudicia* (I.4.18.2) y que también se da en esta reclamación de los píos legados sin pagar, en un supremo esfuerzo, trata de justificar esta intervención *quasi publica* (I.1.26.3) de todos los ciudadanos, relacionándola con la legitimación *cui voluerit civium*, propia de las acciones populares clásicas, en donde el *unus ex populo* actuaba, en cierto modo, por todos, *suum ius populi tuctur* (D.47.23.1).

El cumplimiento de los legados cristianos interesa también a todos, por una común razón religiosa —*pietatis ratio communis*—, con lo cual la posición del actor legitimado se nos manifiesta, como en la *actio de sepulchro violato* y en las otras acciones populares, a través de un interés privado-popular, como en los viejos tiempos edictales.

Vid. MURGA: *Ex lege condiction, una acción popular cristiana*. Comunicación en el Congreso de la Société internationale des Droits de l'antiquité, en Perusa, septiembre de 1967.

mora es ya "castigable" ¹⁴⁴, por el hecho de dejar pasar el tiempo, a pesar de la reclamación episcopal. Parece como adivinarse que esta morosidad en el pago de los legados benéficos, pueda ser algo más que una ofensa al común y vago sentido religioso, *cum enim pietatis ratio communis sit*. Determinadas obligaciones públicas han quedado igualmente sin cumplir y unos bienes destinados a la beneficencia han quedado detenidos o malversados. Por ello, tal vez, sea esta *mora* peculiar uno más entre los supuestos antiguos de la *mora ex re* que, en cierto modo, y sin formar nunca categoría propia, se dieron también siglos atrás ¹⁴⁵. Aquellos casos aislados, más o menos lógicos, punitivos unos, como la tradicional situación del ladrón, perpetuamente en *mora*, —*semper enim moram fur facere videtur* ¹⁴⁶— y privilegiados otros, como el beneficio singular que disfrutaron los menores de edad, merced a un decreto de Septimio Severo ¹⁴⁷ —que los convertía automáticamente en acreedores de intereses en todos los créditos en los que fuesen titulares, *non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium* ¹⁴⁸— vienen a ser ahora todos ellos, gracias a esta labor escolástica de

144. Aunque *ἡσυχαστικόν* no tenga un sentido rígido de castigar, sí adquiere un significado punitivo o, al menos, de corrección, muy adecuado para una tarea legislativa, y así es utilizado normalmente entre los clásicos griegos.

145. La doctrina moderna, siguiendo la opinión de SIBER, *ob. cit.*, p. 52 ss., y de MONTEL: *La mora del deudor*, *cit.*, p. 25 ss., considera que los juristas clásicos nunca conocieron el concepto de la *mora ex re*. Casos diversos y de ninguna manera homogéneos fueron agrupados en una categoría unitaria en tiempos justinianos, dando lugar a oportunos retoques en las fuentes (D.22.1.32.pr.; C.4.7.7, Diocleciano (a. 294), en donde aparece un curioso acusativo, sin sentido de *mora in rem*, obra de la glosa del texto. *Vid.* SEGRE: *Miscellanea csegetica*, en *Studi Brugi*, Palermo, 1910, p. 394 ss.

146. Ulpiano 27 *ad ed.* D.13.1.8.1.

147. *nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt.* (Ulpiano, 5 *fideic.* D.40.5.26.1.)

La misma idea del *minoris aetatis favor* se deduce del pasaje de Paulo 14 *resp.* D.31.87.1 y de las constituciones de Diocleciano (a. 290) C.2.40(41).3 y C. 4.49.5.

148. Paulo *liber sing. de usuris*, D.22.1.17.3.

los maestros de Berito y Constantinopla, un grupo único dentro de la figura de la *mora*, como retraso en la prestación¹⁴⁹.

El no cumplimiento de los legados píos y la *mora* específica en la que incurren las personas gravadas por ellos, según el § 4 de la constitución justiniana C.1.3.45(46), con su secuela de frutos, rentas y accesiones, sin que sea necesaria la *litis contestatio* y sin mediar previa *interpellatio*, están, sin embargo, más cerca de los supuestos delictivos, que de los casos de privilegios. Hemos de vencer, no obstante, para ello, la natural inercia que nos hace ver siempre en todas las innovaciones justinianas que, de alguna manera, pueden afectar a la Iglesia o a las *piae causae*, situaciones singulares de privilegio eclesiástico¹⁵⁰, sobre todo, en aquellas ocasiones, como esta que estudiamos, en la que, al retener el heredero gravado unos fondos destinados a la beneficencia, se produce una situación jurídica que es posible explicarla, sin salirse demasiado de las líneas generales de ordenamiento jurídico vigente. Por otra parte, dadas las expresivas palabras del propio legislador, mucho más cuadra, en nuestro caso, el concepto de *mora*-sanción —*dupli exactione castigari convenit*¹⁵¹— que el aparente de puro privilegio, como incluso pudiera deducirse de algún pasaje justiniano posterior¹⁵².

149. Al grupo de casos en los que el deudor incurría en *mora*, sin necesidad de previa *interpellatio*, fueron añadidos los supuestos de ausencia del *debitor* (D.22.1.23.1 y D.22.2.2), siendo para SIBER (*ob. cit.*, p. 71 ss.) y para MONTEL (*ob. cit.*, p. 146 ss.) obra de los compiladores este agrupamiento. KASER: *Das römische Privatrecht II*, *cit.*, p. 261, n. 8, cree que la elaboración sobre la doctrina de la *mora ex re* es muy anterior a Justiniano, remontándola a la primera época postclásica y muy en relación con la labor escolástica.

150. Como mero privilegio lo interpreta ELEFANTE, *ob. cit.*, p. 431, e incluso opina que su consideración como *mora ex re* fue obra de los peritos del Derecho romano medieval.

151. Trad. de Krüger.

152. Sin duda que un cierto sentido de privilegio parece que va adquiriendo con el tiempo, tanto en la Instituta, 3.27.7, como, sobre todo, años después, en la Nov. 131, c. 11, 3. Sin embargo, esto más bien reforzaría nuestra opinión, ya que el Derecho justiniano, a medida que se va alejando de los modelos clásicos que las escuelas bizantinas pudieron ofrecerle un día, configura las instituciones con arreglo a modelos cada vez más excepcionales.

Solamente nos quedaría determinar qué tipo de delito estará en la *mens legislatoris*, al menos como modelo analógico, cuando quiso reglamentar este curioso incumplimiento. Que se trata de una injusta retención parece evidente. Tal vez, el pensamiento de Justiniano se mueva entre el concepto del *furtum*, ya tan amplio por la labor jurisprudencial, y algún otro delito público, más cualificado, como el *peculatus* o, quizá mejor, la situación delictiva prevista por la *lex Iulia de residuis*. También es posible que opere en este tipo de legados y fideicomisos en favor de la Iglesia, de las *piac causae*, del culto de los santos o, en general, en beneficio de pobres y cautivos, una influencia ideológica cristiana que nunca deberemos olvidar. Durante docenas de años, en sermones y homilias, la predicación de la Iglesia ha venido insistiendo en la limosna y fomentando las generosas dádivas de los fieles, con un enfoque ascético que nos aleja cada vez más de las características de la donación y de la liberalidad.

Por distintas vías, llegaron los Padres al mismo final: lo que se da a los pobres o se emplea en exigencias de la caridad, en cualquiera de sus formas, no es más que una devolución de lo que ya a Dios era debido¹⁵³. Al faltar, pues, dentro de estos legados y disposiciones *mortis causa* el elemento típico de liberalidad, que parece exigir la jurisprudencia romana y sobre todo, el Derecho justiniano¹⁵⁴, obtenemos una gran luz para comprender, aún dentro de su anomalía privilegiada, estas curiosas figuras *mortis causa* que tienden a escapar, de la vieja norma limitativa de los legados, contenida en la *lex Falcidia*, al plantear estas mandas piadosas como radicalmente fuera del campo de los legados o, todo lo más, como supuestos encajables dentro de la categoría extraordinaria del *legatum debiti*.

153. Sobre todo, a través de las homilias de San Juan Crisóstomo se va llegando a una idea más o menos común de una limosna-*debitum*, cada día más alejada del concepto de la gratuidad. Vid. MURGA: *Las prácticas consuetudinarias*, cit.

154. Aunque no muy perfecta la técnica definitoria de los juristas romanos, parece deducirse, dentro de los legados, la existencia de un elemento común de liberalidad. Así Modestino, en su *libro tertio pandectarum*, dice *legatum est donatio testamento relicta* (D.31.36), repitiendo luego la *Instituta* una idea parecida: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta* (I.2.20.1).

Si la influencia cristiana de la predicación fue verdaderamente tan poderosa, como parece deducirse de toda la producción cultural y literaria de la edad de oro de los Padres griegos, se entendería mejor toda esta fase final del Derecho romano justinianeo y, con ella, el carácter en cierto modo lógico de muchas figuras jurídicas, aparentemente privilegiadas y que constituyen el núcleo central del *ius singulare ecclesiasticum* de estos años.

Si ello es así, la idea de un *furtum*, especialmente agravado, por el destino religioso-benéfico de los bienes, aproximaría algo la injusta retención del heredero y su tardanza en cumplir la pía voluntad —*pium propositum*, según la expresión del emperador León— del difunto, con aquella inmoral conducta tipificada en la *lex Iulia de residuis*¹⁵⁵. En efecto, todos los casos previstos por la ley podrían ser aplicables, si consideramos los bienes destinados a la beneficencia, como *pecunia publica*:

Lege Iulia de residuis tenentur, qui publicam pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit neque in eum consumpsit. (Paulo, 11 *ad Sab.* D.48.13.2.)

Lege Iulia de residuis tenetur is, apud quem ex locatione, emptione, alimentaria ratione, ex pecunia quam accepit¹⁵⁶ aliave, qua causa pecunia publica resedit. Sed et qui publicam pecuniam in usu aliquo acceptam retinuerit nec erogaverit, hac lege tenetur. (Marciano, 14 *inst.* D.48.13.5 pr. 1.)

Eum, qui pecuniam publicam acceptam in usus aliquos retinue-

155. En el Derecho justinianeo queda vigente el antiguo delito, tanto en el Digesto (48.13.2 y 48.13.5.pr) como en la *Instituta* (4.18.11). También es posible, sin embargo, que el delito de la *lex Iulia de residuis* no fuese absolutamente distinto del *peculatus*, sino más bien supuestos derivados de esta misma figura delictiva. También pudiera ser que la propia *lex Iulia* que, a través de la *Instituta*, se nos aparece como una ley autónoma, no fuese en realidad sino un capítulo de la *lex Iulia de peculatus*. Puede verse: MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, p. 760 ss.; REIN: *Kriminalrecht der Römer*, Leipzig, 1844, n. ed. fotogr., 1962, p. 762 ss.; CUQ: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, s. v. MAYER-MALY: *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA* 12 (1965), p. 446 ss.

156. El orden de la frase del texto correspondiente sería más bien el siguiente:

apud quem ex pecunia quam accepit ex locatione emptione alimentaria ratione aliave qua causa pecunia publica resedit. (MommSEN, *ad h. t.*)

rit nec erogaverit hac lege teneri Labeo libro trigensimo octavo posteriorum scripsit. (Paulo, sing. de iudiciis publicis, D.48.13.11.6.)

Como es lógico, la equiparación no pudo ser absoluta, ya que en nuestro caso se trata tan sólo de una situación contigua a lo penal y próxima al delito. El moroso que tarda en pagar el legado o retrasa el momento de poner los bienes a disposición del obispo o del administrador de la *veneribilis domus* designada en el testamento, no ha entregado aun propiamente en la situación prevista por la *lex Iulia*, no obstante, toda la amplitud que posiblemente alcanzó esta figura delictiva¹⁵⁷. Sin embargo, la distancia no es demasiado grande, sobre todo en esta época, y ello, no sólo porque el delito clásico de la *lex Iulia de residuis* abarcó fundamentalmente toda una extensa gama de delitos de omisión¹⁵⁸, sino también porque existe una tendencia muy típica dentro de la mentalidad post-clásica, con su fuerte sentido de represión criminal, a configurar nuevos delitos en las situaciones de proximidad a ellos¹⁵⁹. Por ello, si los bienes donados o legados fueron destinados a atender a necesitados, a redimir cautivos o a socorrer huérfanos —convertidos ya esos bienes en *pecunia publica*, por su destino— al ser malversados o simplemente retrasada su entrega, la situación resultante se acerca al *peculatus* y a las figuras previstas por la *lex Iulia*. Pero también, si el destino que el piadoso testador impusiera a sus bienes fuese religioso o directamente afectado al culto de los Santos, a la reconstrucción de iglesias o monasterios, etc., ocurre una cosa parecida con la postura y situación del moroso gravado. Tal vez, se haya alejado un poco más de la *lex Iulia* y de sus malversaciones de fondos públicos, pero se ha acercado en este caso al

157. El delito de la *lex Iulia de residuis*, aunque naciese del *peculatus*, corresponde a una época de una mayor riqueza de figuras y en donde el mal uso de los bienes públicos da lugar a una más variada gama de posibilidades delictivas. MAREZOLL: *Observationes ad legem Iuliam de residuis*. Leipzig, 1843.

158. Este es el sentido que puede deducirse de la *Oratio pro Sulla*, de Cicerón, y como delito de omisión lo configura también REIN: "Daher ist dieses Vergehen mit Recht mehr als ein Unterlassen, denn als ein positives Verbrechen bezeichnet worden", *ob. cit.*, p. 696.

159. LAURIA: *Calumnia*, en *Studi Ratti*, Milán, 1934, p. 97 ss.

delito económico de *sacrilegium*, al adquirir los bienes hereditarios al sello de *pecunia sacra* ¹⁶⁰.

La fuerte conciencia cívica que ayudó a los paganos de la República y del Alto imperio a imponer una utilización limpia e incorruptible de los bienes públicos o religiosos, fuera de toda molesta sospecha, y que sirvió, a lo largo de muchos procesos famosos ¹⁶¹, para perfilar las antiguas figuras delictivas, es trasladada, con el advenimiento de los nuevos principios ideológicos del Bajo imperio y del ordenamiento político bizantino, a la concepción romano-cristiana sobre el empleo de los bienes afectados a una finalidad sagrada o pública. Por ello, esta situación predilectiva de no-cumplimiento del legado piadoso o de la simple *mora* que aparece en el párrafo 4 de la constitución justiniana están basados en la idea de una presunción de *animus* delictivo y que provoca inmediatamente el *duplum* de la condena y el incurrir en la responsabilidad de la *mora*, sin necesidad de *litis-contestatio* ni *interpellatio*.

No debió ser ajena, en este encuadramiento clásico y científico, la culta práctica, jurídica y escolástica, de Bizancio, ya que en todo el oriente prejustiniano parece notarse esta misma tendencia en el enfoque de la *mora*-sanción ¹⁶² e incluso, en el propio Dere-

160. Incluso etimológicamente *sacrilegium* (de *sacra* y *legere* = *furari*), nos indica una figura delictiva muy próxima al *peculatus*. *Sublegere furari est, unde et sacrilegus dicitur, qui sacra legit, id est furatur* (Servius Honoratus *ad Virg. Ecl.* IX, 21). Vid. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*, cit., p. 762 ss.; REIN: *Kriminalrecht*, cit., p. 691 ss.; BRASIELLO: *La repressione penale in Diritto romano*, Nápoles, 1937, p. 76 ss.; PFAFF en *Realenziklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Pauly Wissowa, s. v. Como es lógico, en la edad postclásica el delito sufrió las naturales alteraciones, ante las nuevas concepciones cristianas y políticas. Vid. BIONDI: *Diritto romano cristiano III*, cit., p. 464 s.; LEVY: *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, en *BIDR* 45 (1938), p. 144 ss. (*Gesammelte Schriften II*, p. 493 ss.); SECKEL-HEUMANN: *Handlexikon*, s. v.; DE RUGIERO, en *Studi Cagliari* 1, p. 140.

161. Muchas son las referencias que nos llegan de la antigüedad clásica con relación a famosos procesos de este tipo. Así, por ejemplo, el seguido contra los dos Scipiones (Cicerón: *Verr.* 1, 21), contra Cn. Pompeyo Magno, hijo y heredero de Q. Pompeyo Strabo, con relación al botín recogido en la batalla de Ausculum (Cicerón: *Brut.* 64; Val. Max.: 5.3.5, y muchos otros.

162. En oriente y quizá con más precisión se fue llegando a soluciones parecidas, dentro de la misma práctica negocial, a través de multas como

cho justiniano, existen igualmente casos de *mora* objetiva, que no están exentos tampoco de un cierto matiz de presunta culpabilidad¹⁶³.

Cabe finalmente pensar, al examinar todo este estado de cosas, si tal vez la constitución justiniana C.1.3.45(46) y su peculiar manera de enfocar los piadosos legados sin cumplir, no fuera sino el resultado final de un efecto reflejo operado por el cambio de mentalidad en la marcha ascendente y expansiva del poder público. En efecto, todo el ordenamiento justiniano, sobre todo a partir del año 530 —fruto científico de la compilación—, está orientado, al menos idealmente, por una especial tendencia legislativa a unir el Derecho romano clásico y tradicional del edicto y de los juristas de la edad de oro con las innovaciones más recientes e incluso revolucionarias impuestas por el desbordamiento apresurado de las nuevas formas de vida¹⁶⁴. Los juristas formados en las escuelas famosas y cuya proximidad al órgano legislativo se hace patente a partir de estos años, tratan de dar entrada a las antiguas acciones, dentro del nuevo orden jurídico justiniano. Esta especie de injerto procesal de la época clásica, dentro de los moldes nuevos, esta armonía de lo científico y lo práctico, parece también adivinarse en nuestra constitución. Un supremo esfuerzo para poder colocar

sanciones al retardado cumplimiento. Estas multas solían alcanzar el 50 % del capital prestado o debido (Ἐπιβολή), MITTEIS-WILCKEN: *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II-1.^a*, p. 119; TAUBENSCHLAG: *Geschichte der Reception des römischen Privatrechts in Aegypten*, en *Studi Bonfante I*, p. 417; *Id.*: *Der Einfluss der Provinzialrecht*, en *Atti Congresso, Roma I*, p. 281 ss.

163. C.4.66.2 (a. 529), para el enfiteuta que retrasó un trienio el pago o la entrega de las *apochae tributorum*; C.5.12.31.5 (a. 530), para el supuesto de dote prometida y no entregada, tras dos años de espera; C.5.13.1.7b (a. 530), para un caso de restitución de dote.

164. Ya este modo de actuar había sido, durante muchos años, el criterio propio de las Escuelas orientales, de lo cual es un ejemplo el catálogo griego sobre las acciones, como un cierto deseo de armonizar, en lo posible, las acciones clásicas en el molde nuevo de la *cognitio extra ordinem*. *Vid.* COLLINET: *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, en *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, París, 1947, p. 82 ss.; FERRINI: *Sull'opuscolo greco intitolato 'de actionibus'*, en *Rendiconti del Istituto Lombardo II*, 26 (1893), p. 717 ss. (*Opere I*, p. 365 ss.).

el incumplimiento y el retraso dentro del marco de las figuras clásicas conocidas, más o menos deformadas ya por los años transcurridos y por los cambios ideológicos, políticos y sociales. Sin embargo, el montaje, quizá algo artificial, de estos legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa*, etc., que cumplen una finalidad pública y estatal de beneficencia y que, no obstante, van encajonados en el vehículo de las figuras jurídicas del Derecho hereditario clásico, no puede resistir demasiado tiempo, y quince años más tarde, en la Novela 131 (c. 10, 11 y 12), casi se ha consumado ya ese desplazamiento hacia la esfera de lo público, adquiriendo la norma imperial un tono distinto de aquel que presidió la política legislativa de los primeros años justinianos. Como consecuencia de todo ello ha resultado que las personas gravadas por legados y fideicomisos píos van teniendo un trato cada día más parecido al que pueden tener los deudores del fisco.

11. d) *Régimen excepcional de los patrimonios originados por los negocios "in bonum animae"*.—Un fenómeno paralelo y semejante al que acabamos de estudiar es el que va a producirse en toda la compleja normatividad imperial, reglamentadora de esas masas de bienes que, con el paso de los años, los negocios *pro animae salute* han ido almacenando en manos, casi siempre, de la Iglesia ¹⁶⁵.

También aquí se produce una lenta y silenciosa transformación privado-pública en estos patrimonios que, siendo originariamente de carácter particular, tenderán a cumplir, sin embargo, una misión estatal y administrativa. Pero aún, si cabe, el problema es ahora más complejo porque, además de las notas de inalienabilidad e inembargabilidad —en cierta manera lógicas— que vinculan y dan cohesión a estos conjuntos patrimoniales de bienes afectados por su pío destino religioso o benéfico, otros fenómenos, no menos interesantes, se esconden y subyacen en estas prohibiciones imperiales de alineación y que, *ratione pietatis*, se van repitiendo incesantemente, sobre todo, en la segunda mitad del siglo v y en el Derecho justiniano. Nos referimos especialmente al papel, tal vez no consciente, que la inalienabilidad va a desempeñar en la protección de estos

165. GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain*, cit., p. 288 ss.

patrimonios. No deja de ser significativo la coincidencia cronológica que presentan las leyes imperiales que consagran la inalienabilidad de la *res ecclesiasticae* y aquellas otras que ponen los cimientos de la personalidad jurídica de los entes colectivos: establecimientos benéficos, *venerabiles domus* e, incluso, las propias masas de bienes destinadas por el fundador a un fin concreto de carácter espiritual. En efecto, es en la segunda mitad del siglo V cuando comienzan estos entes morales a tener una cierta autonomía jurídica, como algo independiente de la personalidad de la Iglesia, bajo cuya sombra anduvieron muchos años protegidos. Es entonces cuando la ley imperial se ve forzada por las circunstancias a explicar *ex novo* toda una reglamentación detallada para estos bienes, en cierta manera, indefensos, frente a las apetencias y la codicia de los propios clérigos administradores¹⁶⁶.

También, en este aspecto, los primeros pasos del nuevo régimen jurídico fueron muy prudentes, apoyándose exclusivamente en los viejos textos romanos, a través, naturalmente, de las reelaboraciones postclásicas. Probablemente no hubo otra base inicial para construir una muralla defensiva alrededor de estos bienes, aportados por la piedad de los fieles y llamados a cumplir tan alta misión, que aproximarlos lo más posible —dándoles así una mayor estabilidad— a las *res divini iuris*, según la *summa divisio gayana* (2.2)¹⁶⁷, conservada y modernizada por el autor del Epítome (2.1.1.) en esta época cristiana.

166. El régimen fiduciario o la misma carga modal impropia, con los que casi siempre estos bienes eran transmitidos, facilitaba muchas veces una impune malversación. Este hecho no debió ser raro, porque son frecuentes los ejemplos que nos proporcionan las fuentes históricas y los mismos cánones consiliares condenatorios de estos excesos. Este fue el caso de aquel clérigo ambicioso, Ibas de Edesa, condenado en el concilio de Calcedonia, THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline*, cit., VII, p. 88 ss.

167. PERNICE: *Labee I*, p. 255 ss.; LENEL: *Das Edictum perpetuum*, p. 456 ee.; GALANTE: *La condizione giuridica delle cose sacre*. Turín, 1903; BONFANTE: *Corso II-I.^a*, p. 17 ss.; SCIALOJA: *Teoria della proprietà nel Diritto romano I*, 1933, p. 141 ss.; SEGRE: *Corso. Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, 1926, p. 19 ss.; GROSSO: *Appunti sulle distinzioni delle 'res' nelle istituzioni di Gaio*, en *Studi Besta I*, p. 33 ss.; SCHERILLO: *Lezioni di Diritto romano. Le cose*, Milán, 1945, p. 40 ss.; KASER: *Das römische Privatrecht I*, p. 320 ss.

Grande fue, sin embargo, en un espacio de tiempo tan largo, entre un texto y otro, la evolución producida, y largo fue también el camino recorrido para poder incluir, entre las cosas divinas, estos patrimonios cuasi eclesiásticos. Ya en el lejano siglo II de Gayo, las estructuras sociológicas habían cambiado tanto que las antiguas cosas *sanctae*, no obstante su inclusión en el elenco del jurista clásico, ya habían, en la práctica, desaparecido, al menos con tal calificación, absorbidas en un rápido proceso de secularización¹⁶⁸. Por otra parte también, la propia esfera de lo público había ido ensanchándose cada vez más, abarcando incluso en cierto modo a todas las cosas divinas, ya que, por lo menos, para poder gozar de tal calificación no sólo era necesaria la ceremonia sacral¹⁶⁹, sino un requisito estatal previo de autorización, a través de una *lex*, senadoconsulto o permiso imperial¹⁷⁰.

168. Parece lo más probable que en la época de Gayo las *res sanctae* habrían ya desaparecido como tales, no obstante su inclusión en el texto de la *instituta*. En las clasificaciones de otros juristas ya no suelen aparecer, siendo absorbidas en la moderna categoría de las *res publicae* (Paulo 63 *ad ed.*, D.43.1.2.1; Ulp. 52 *ad ed.*, D.39.1.1.1). Es posible, por tanto, que Gayo, al confeccionar la clasificación en su obra, hubiese tenido en cuenta algún viejo modelo jurisprudencial, en cierto modo superado. *Vid.* ARCHI: *La summa divisio rerum in Gaio e in Giustiniano*, en *SDHI* 3 (1937), p. 11 ss.; SOLAZZI: *Quodam modo nelle Istituzioni di Gaio*, en *SDHI* 19 (1953); *Id.*: *Ritorni su Gaio*, en *IURA* 8 (1957), p. 1 ss.

169. Nada o muy poco sabemos del rito concreto de la consagración o *dedicatio*. Sólo nos consta su existencia, habiendo llegado hasta nosotros algunas fórmulas sacrales a través del *Corpus inscriptionum* (*CIL III*, 1, 1933). En la época clásica, se basaba en un acto unilateral verificado por el magistrado y asistido por el pontífice que le sugería las palabras adecuadas. A partir del momento de la *dedicatio*, la cosa dejaba de ser de Derecho humano, y desde entonces sólo el Derecho público podía proporcionar la necesaria tutela jurídica a los bienes sagrados: *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt: et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere: divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis...* (Ulp. 67 *ad ed.*, D.43.1.1.pr), SCHERILLO: *Lezioni*, *cit.*, p. 40.

170. El hecho de que el *populus* tuviese la última palabra, a través de la autorización previa de la *dedicatio*, hacía pensar a MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht II*, Leipzig, 1887, p. 59 ss., que ya bajo el substractum de la *res sacrae* apareciera el *populus*, como auténtico titular de las mismas, siquiera fuese de un modo inconsciente. Esa autorización previa seguiría los avatares de la política romana, pasando de los comicios al Senado, de la

Dentro de la línea general evolutiva del Derecho civil romano, es muy posible también que con las ceremonias religiosas y con los ritos sucediera algo parecido a lo que ocurrió con las formas contractuales. Una cierta tendencia hacia la liberalización y la mitigación de los requisitos formales¹⁷¹ hacia entretener, sobre todo en la época clásica más tardía¹⁷², que lo verdaderamente esencial —más que la consagración y que el acto administrativo paralelo— era el destino que esas cosas pudieran tener. Ese destino sagrado hace a las cosas divinas sin otros requisitos, como el propio Ulpiano parece querer decirnos en algún texto, en el cual vemos cómo

lex al *senatusconsultum*, para llegar, por fin, en la época imperial más tardía, a quedar sometida al arbitrio del príncipe. Tal vez por ello en un texto de Valente (Krüger lo cree de Venuleyo), en el que se habla de esta consagración, aparece una glosa explicativa que concreta históricamente la misión del emperador: *aut quid publice consecraverit permissu scilicet imperatoris...* (7 act., D.36.4.15), que ha sustituido ya, con su autorización, el antiguo papel del *populus* en la república.

171. Seguramente afectó también a los ritos sacrales y a las ceremonias religiosas el proceso de simplificación general que puede observarse en los requisitos formales de la negociación romana. Es lógico, sin embargo, que esta mitigación fuese mucho menor y que operase de un modo más lento que en la esfera de lo secular, ya que los fenómenos religiosos son siempre mucho más retardados en su evolución. Algo de esto parece desprenderse del testimonio de Cicerón: *de domo sua ad pontifices oratio*, 53, 136, y *Epistulae ad Atticum*, 4, 2, 33.

172. Existen testimonios de algunas mentes más elevadas que, incluso, desde épocas más antiguas habían intuido que lo sagrado le venía a las cosas por alguna razón más honda que el puro rito de la consagración. Así, Aulo Gelio (*Noct. att.* 4, 9), al estudiar, con curiosidad de erudito, el origen etimológico del término "*religiosus*", trae a colación la opinión de M. Sabino, *in commentariis, quos de indigenis composuit*: Es suficiente para que una cosa sea religiosa —en el sentido amplio de cosa divina— que *propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis sit*. Es por ello —concluye Gelio— por lo que *religiosus* viene simplemente de *reliquendo*. También Macrobio, ya en el Bajo imperio, pero gran investigador de la antigüedad romana, comenta un viejo texto de Trebatius en donde parece quedar claro que verdaderamente lo que hace sagradas a las cosas es su destino: *Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quicquid est, quod deorum habetur. Eo accedit, quod Trebatius profanum id proprie dici ait, quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est. Saturnalia*, 3, 3.2-4.

ciertas cosas no consagradas, pero destinadas de hecho al servicio de lo divino, participan igualmente de la disciplina general de las: *res sacrae* ¹⁷³.

Esto era lo máximo con lo que se podía contar en el siglo IV y en gran parte del siglo V para poder proteger estos patrimonios donados, legados o dejados en herencia para fines píos: aprovechar esta tendencia general ya iniciada a sustraer del comercio de los hombres, al igual que las cosas divinas o sagradas, aquellos otros bienes que en cierta manera cumplen un fin religioso y cercano a lo sacral. Ya podemos entender que, muchas veces, no era suficiente esta interpretación extensiva del texto gayano, porque, frecuentemente, ni siquiera eran estos patrimonios estrictamente cosas eclesiásticas, ya que la mecánica fiduciaria o modal empleada en el negocio jurídico dispositivo no facilitaba la base suficiente para poder considerar a la Iglesia como auténtica titular de los mismos.

Tampoco en la doctrina de los Santos Padres —fundamento último de las soluciones jurídicas cristianas— está del todo clara la distinción entre las cosas que son sagradas en virtud de la consagración pontifical y aquellas otras que lo son tan sólo por el destino piadoso, más o menos amplio, que pueden tener ¹⁷⁴. Falto, pues, el ordenamiento jurídico postclásico de una reglamentación legal apropiada para estos patrimonios dejados en herencia y en legados piadosos, no hubo más remedio que acudir a los viejos procedimientos cautelares de las prohibiciones de alienar y de las multas testamentarias, que tan frecuentes fueron en las fundaciones

173. *Illud notandum est aliud esse sacrum locum, aliud sacrarium, sacer locus est locus consecratus, sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur quod etiam in aedificio privato esse potest, et solunt, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare.* (Ulp. 68 *ad ed.*, D.1.8.9.2.)

También el jurista Paulo, con relación al delito de sacrilegio, nos dice en su *liber singularis de iudiciis publicis* (D.48.13.11[9].1), que incurren también en el delito los que se apoderan de las cosas sagradas de los particulares. Esta figura delictiva tiende en el texto a cobrar autonomía, separándose del *furtum* común y aproximándose al *sacrilegium*, a pesar de no existir la correspondiente *dedicatio*: *amplius quam fures minus quam sacrilegi merentur*.

174. FERRINI: *Postille giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcelina*, en *Opere II*, p. 487 ss.

sepulcrales romanas¹⁷⁵. Muchas veces no quedaba al precavido causante, que quisiera evitar el peligro de dilapidación de la herencia o el legado dejados *in bonum animae*, otro camino que este antiguo sistema de las fundaciones funerarias, única solución posible, sobre todo en aquellos supuestos como son los legados periódicos dejados para limosnas o para el culto, en los cuales la conservación de los bienes raíces constituye el único soporte estable para poder cumplir la voluntad testamentaria.

Aún se abría otra pequeña puerta a estas masas de bienes tan necesitadas de protección en unos modestos tanteos ofrecidos por un ordenamiento jurídico distinto del imperial. En efecto, antes de que los emperadores hubieran intervenido en esta espínosa materia, reglamentando el estatuto patrimonial de estas peculiares *res ecclesiasticae*, la naciente legislación de la Iglesia trataba de poner las primeras piedras en la doctrina jurídica de la inalienabilidad, con las prohibiciones de enajenar, emanadas de algunas disposiciones.

175. En plena época clásica fueron frecuentes estas prohibiciones dentro del ámbito del Derecho sepulcral. Era frecuente en las tumbas lujosas la existencia de multitud de accesorios: huertos, depósitos de aperos, viviendas para jardineros o guardianes, etc. Este conjunto de bienes no era estrictamente una *res religiosa*, ya que sólo podía gozar de este carácter —y de la inalienabilidad consiguiente— el *monumentum* o sepulcro. Tanto la jurisprudencia como la legislación imperial clásicas, habrán visto ya claramente la distinción, como podemos deducir de Ulpiano (25 *ad ed.*, D.11.7.6.1) que cita un rescripto de los *dixi fratres*, en donde se sienta esta doctrina. También en una constitución del año 245, recogida en el *Codez* justiniano (3.44.9), se dice que sólo es *res religiosa* la sepultura propiamente dicha. El resto, el campo sepulcral y los accesorios, pueden ser vendidos. Es por eso por lo que, si el testador quería evitar la disolución de este conjunto funerario, tenía que prever prudentemente una serie de cláusulas testamentarias de inalienabilidad.

Existe una abundantísima bibliografía sobre esta materia, por lo que nos reducimos a la más significativa: FERRINI: *De iure sepulcrorum apud romanos*, en *Opere IV*, p. 12 ss.; D'ORS: *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, p. 410 ss.; *Id.*: *Epigrafía jurídica greca e romana*, en *SDHI* 20 (1954), p. 481 ss.; DE VISSCHER: *Le Droit des tombaux romains*, Milán, 1963, p. 196 ss.; *Id.*: *Les fondations privées en Droit classique*, en *RIDA* 2 (1955), p. 197 ss.; LUZZATTO: *Epigrafía jurídica greca e romana*, en *SHDI* 17 supl. (1951), p. 307 ss.; también, sobre este tema de las *prohibitiones alienandi*, puede verse *FIRA III*, p. 252 ss.

sinodales que van saliendo a la luz, en la segunda mitad del siglo IV, a través de los concilios provinciales¹⁷⁶.

Es bastante probable que fuera precisamente como consecuencia de esta doctrina eclesiástica, extendida más tarde a toda la Iglesia universal¹⁷⁷, por lo que la propia jurisprudencia postclásica se pudo sentir inclinada, mediada ya esta centuria, a considerar como cosas divinas estos patrimonios —*patrimonia ac substantiae*— afectados a un destino religioso. Los principios vulgarizadores supusieron para el Derecho romano de estos años, por una parte, un incremento de la secularización, ya iniciada desde mucho tiempo atrás, de la esfera de lo público —antiguas *res sanctae*— y, por otra, la aparición de nuevas cosas sagradas o, al menos, una revisión de lo sacro, en concordancia con las nuevas orientaciones eclesiásticas imperantes. Así, la clásica extracomercialidad gayana de las cosas divinas aparece ya en una interpretación mucho más amplia en el Épitome¹⁷⁸, de tal modo, que según el texto postclásico (2.1.1) no sólo las cosas estrictamente consagradas¹⁷⁹, sino también las que, de alguna manera, pueden asimilarse a ellas quedarán fuera del comercio humano, inalienables *ex natura rei*:

176. Son muy frecuentes las disposiciones de los concilios de la Iglesia africana, en orden a la inalienabilidad de estos patrimonios cuasi eclesiásticos. Ya en la segunda mitad del siglo IV parece una doctrina admitida de modo general, y en el Concilio de Cartago del año 411 (*Codex eccl. afric.* c. 26 y 33) la doctrina queda expuesta con toda claridad. No sería extraño —piensa GAUDEMET: *L'Église dans l'Empire romain, cit.*, p. 310 s.— que esta primera protección de los bienes dejados a la Iglesia coincidiera con el papel de administrador, y no titular, que va teniendo el obispo.

177. Son importantes en este aspecto, sobre todo, las epístolas de San León Magno, a. 440-461 (*Epist.* 17, *PL.* 54, 703); San Hilario, a. 461-468 (*Epist. aev. merov.* 1, 27-28) y San Gelasio, a. 492-496 (*Epist.* 16, *PL.* 56, 770). En todas estas obras se hace un continuo llamamiento a la doctrina de la inalienabilidad, sin más limitación que la autorización episcopal.

178. HITZIG: *Beiträge zur Kenntniss und Würdigung des sogen. westgothischen Gaius*, en *ZS* 14 (1893), p. 202 ss.; CONRAT: *Die Entstehung des westgothischen Gaius*, 1905; ALBERTARIO: *Sull'Épitome Gai*, en *Atti Congresso, Roma I*, p. 502 ss.; ARCHI: *L'Épitome Gai*, *cit.*, p. 225 ss.; *Id.*: *La summa divisio rerum*, *cit.*, p. 15 ss.

179. También sobre la ceremonia de la consagración o *dicatio* influyeron necesariamente las nuevas directrices religiosas para dar paso a las formas litúrgicas episcopales correspondientes. Años más tarde, aparecerá

Divini iuris sunt ecclesiae, id est, templa Dei, vel ea patrimonialia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent.

No deja de ser significativa esta alusión a los *patrimonialia ac substantiae*, en el texto. Supone para nosotros un dato precioso, dada la posible fecha del Epítome, para precisar el momento aproximado de esta aparición legal de los conjuntos patrimoniales y fondos piadosos, inicialmente sometidos a las vicisitudes del Derecho privado, y tratados ya aquí con la consideración propia de la *res divini iuris*. El autor del Epítome ha sabido sustraer a estos fondos, aportados un día por la piedad privada, de la peligrosa situación en la que podrían encontrarse, dada su misma inestabilidad ante el ordenamiento jurídico, colocándolos bajo la denominación protectora y común de *res divini iuris*. Con ello, la fuente postclásica ha abierto la brecha definitiva en un concepto de lo sacro, ya por otra parte bastante desdibujado, como tuvimos ocasión de ver, facilitando con ello el camino de las abundantes constituciones imperiales que, a partir de este momento, comenzaran a reglamentar el estatuto privilegiado de estos patrimonios especiales.

12. ¿Cuál fue exactamente la postura legislativa imperial en esta complicada materia? Los primeros pasos de las constituciones imperiales fueron forzosamente bastante tímidos. Por otra parte, ya hemos visto cómo la propia legislación no se vio libre de las tendencias vulgarizadoras¹⁸⁰, mostrando unos síntomas parecidos a los manifestados por la jurisprudencia postclásica. Si esto fue así, no nos puede extrañar que en esta materia la directriz imperial haya caminado por los mismos derroteros y haya tendido, lo mismo que la jurisprudencia de su época, a aplicar extensivamente el aspecto inalienable de lo sacro a aquellos otros bienes que de una manera amplia venían cumpliendo una misión espiritual o religiosa.

No es, por otra parte, muy forzada esta interpretación del De-

ya claramente en la *Instituta* (2.1.8): *Sacra sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt*. Sobre la posible influencia eclesiástica en estos aspectos del Derecho justinianeo, *vid.*: CONRAT: *Römisches Recht im frühesten Mittelalter*, en *ZS* 34 (1913), p. 29, n. 1.

180. LEVY: *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*, *cit.*, p. 289 ss.

recho romano vulgar, porque, no sólo contaba en su favor los precedentes históricos del Derecho sepulcral, con su tendencia a cohesionar la tumba —única cosa *divini iuris*— y las pertenencias, sino que en general, en todo el Bajo imperio, parece notarse un intento parecido de agrupación de bienes, a la sombra de algún ente moral, cuya personalidad sea indiscutida¹⁸¹. Muy posiblemente este fenómeno, no sea sino la otra cara de la moneda en el problema difícil de la aparición de la personalidad jurídica colectiva. Al existir, de hecho, patrimonios afectados a un fin, abriéndose camino a través de fórmulas más o menos arbitrarias, estos bienes —al menos los inmuebles— comienzan una maniobra de aproximación hacia aquellas estructuras reconocidas y de cuya disciplina especial pueden beneficiarse. Es por esto, por lo que en algunas constituciones, ya desde finales del siglo iv —junto con las masas patrimoniales perfectamente admitidas, como las formadas por los bienes del Estado y del fisco¹⁸² y de la *domus divina*¹⁸³ y utilizándolas posiblemente como modelo ejemplar— comienzan a insinuarse estas *res* eclesiásticas, formadas por bienes no directamente sagrados, sino simplemente destinados a cumplir una misión piadosa. Misión o destino que, por otro lado, no anda muy lejos, en su infinita variedad de formas, de los fines propios de un Estado universalizado y cristiano¹⁸⁴.

181. LEVY: *Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, cit., p. 296 s.; STEINWENTER: *Über einige Bedeutungen von "ius" in den nachklassischen Quellen*, en *IURA* 4 (1953), p. 135 ss.

182. *Fundus iuris publici o iuris rei publicae*: C.Th.10.3.4, Graciano, Valentiniano y Teodosio (a. 383); C.7.38.2, Valentiniano, Teodosio y Arcadio (a.387); C.Th.15.1.32, Arcadio y Honorio (a.395); Nov. Valentiniano, 35.7 (a.452).

Fundus iuris fisci: C.Th.10.1.15, Arcadio y Honorio (a. 396); C.3.1.13.1, Justiniano (a. 530)

183. *Fundus iuris domus divinae*: Nov. Valentiniano, 10.1 (a. 441); Nov. Valentiniano, 34.3 (a. 451).

184. Algo de esto parece desprenderse de la propia redacción de algunas normas imperiales. Así, por ejemplo, en una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (C.Th.10.3.4 = C.11.59.6) del año 383 se va perfilando una cierta equiparación en el trato jurídico de la Iglesia y el Estado, al menos, en lo que se refiere a la situación paralela en que se encuentran sus propios patrimonios, como reza la rúbrica del título 3, del libro.

¿Fueron estos verdaderamente los primeros pasos de la legislación imperial sobre los patrimonios eclesiásticos? No hay ninguna dificultad en considerarlo así y, por ello, si examinamos la redacción vulgarizada del pasaje del Epítome de Gayo y sus *patrimonia ac substantiae quae ad ecclesiastica iura pertinent*, vemos que ese mismo concepto ya aparece en algunas constituciones de la segunda mitad del siglo IV, que nos hablan de *loca et praedia, quae nunc in iure templorum sunt* (C.Th.10.1.8, a. 364) y de *aedificia... quae de iure templorum fuerint congregata* (C.Th.10.3.5, a. 400). Ha sido, pues, en el Derecho imperial donde verdaderamente se ha iniciado, quizá por influencia eclesiástica¹⁸⁵, esta interpretación ampliativa que coloca estos patrimonios bajo la disciplina especial de las cosas sagradas, años antes que lo formularan las obras jurisprudenciales postclásicas. Forzosamente estas constituciones no podían hacer más. Sin embargo, aún con tan poca cosa, ya puede leerse algo entre líneas en algunas leyes, en las que se adivina como el futuro estatuto patrimonial de los predios, fincas y edificios que, de alguna manera, tienen relación con la Iglesia. Así, por ejemplo, en una norma de Honorio y Teodosio del año 412¹⁸⁶ y que se refiere tan sólo a la inmunidad que han de tener estos bienes, con relación a los *munera sordida*, ya parece darse a entender que la franquicia concedida, procede de su dedicación a tan altos fines: *ne praedia usibus caelestium secretorum dicata sordidum munerum fasce vexentur*¹⁸⁷.

¹⁰ del *Codex* teodosiano: *De locatione fundorum iuris enphyteutici et rei publicae et templorum*.

185. Es frecuente encontrar entre los escritores eclesiásticos el empleo de esta misma terminología que debió ser común con la usada por la cancillería imperial en la redacción de los textos legales. Así, por ejemplo: Lactancio: *De mortibus persecutorum*, 48,2 (Edición de MAZZONI, Siena, 1930); Eusebio de Cesarea: *Historia ecclesiastica* 10.5.15 (PG. 20.884); San Gregorio Magno: *De obitu Valentiniani* (PL. 16,1410 ss.). Es opinión general entre los que se han ocupado del tema, que esta concepción unitaria de los bienes eclesiásticos, tal como se desprende de los escritos patristicos, está muy relacionada con el nacimiento de la personalidad de las *piae causae*. SCHNORR V. CAROLSFELD: *Geschichte der juristischen Person I*, Munich 1933; EHRHARDT: *Das Corpus Christi und die Korporationen im Spät-römischen Recht*, en *SZ* 70 (1953), p. 299 ss. y 71 (1954), p. 25 ss.

186. C.Th.16.2.4 = Sirm.11 = C.1.2.5.

187. En el *Codex* Justiniano (1.2.5) se emplea en su lugar la expresión

No hemos de olvidar, sin embargo, que estamos asistiendo al nacimiento jurídico de los patrimonios autónomos y que estas formas iniciales han de ser necesariamente muy imprecisas. Por ello, también es bastante posible que esta situación que los bienes cuasi-eclésiásticos van obteniendo y de la cual disfrutaron tan largo tiempo, hubiese tenido una previa etapa anterior privilegiada y consuetudinaria. Sin duda, que esos privilegios que los emperadores León y Antemio tratan de refrendar en su constitución C.1.3.34(35), tan variados por su origen, como por su contenido¹⁸⁸ y que afectaban de modo general a los orfanotrofios, asceterios, iglesias, asilos, hospitales y monasterios, fueron el lugar común de donde surgieron todas las normas imperiales posteriores que trataron de llevar al ordenamiento jurídico todas estas singulares situaciones *de facto*.

Es evidente que esta norma de León y Antemio, cuyo carácter general es indiscutible, se refiere a las anomalías que el Derecho romano postclásico no ha tenido más remedio que admitir, por el portillo abierto del privilegio. La misma expresión *sive in aliis quibuslibet rebus praestita*, nos está indicando la amplitud del precepto. Finalmente, la reglamentación que el legislador, *pietatis intuitu*, trata de fijar en la ley, es un sistema de aplicación analógica, para que estos entes cuasi-eclésiásticos e incluso los mismos patrimonios —*aliasque res superius nominatas*— puedan gozar de la misma situación que la venerable Iglesia metropolitana de Constantinopla —*ad instar maioris venerabilis ecclesiae huius inclitae urbis*—. Situación de privilegio en donde van incluidos naturalmente algo del carácter sacral y, por supuesto, la nota de inalienabilidad correlativa.

Tanto, pues, las constituciones titubeantes de finales de la cuar-

adicata. Sobre esta voz puede verse: BATTIFOL: *De la dédicace des églises. Dédicace païenne et dédicace Chrétiënne*, en *Rev. Sc. Phil. et Theol* 28 (1939), p. 58 ss.; GUDERMANN: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaine, s. v.*

188. La constitución C.1.3.34(35) de fecha imprecisa (para Hänel es del año 469 y para Mommsen del 472) supone, la confirmación de un estado de hecho muy anterior. La otra norma imperial de los mismos emperadores, C.1.2.14, en donde se fija el régimen de inalienabilidad, pudo ser simultánea o, incluso, anterior. Sin embargo, esto es de todos modos, indiferente para nosotros, porque la primera ley tiene carácter general, mientras que la segunda es particular.

ta centuria, como esta situación de hecho entroncada en el privilegio eclesiástico, han sido los precedentes de la norma imperial, en donde por vez primera, de modo claro y contundente, se va a fundamentar el carácter inalienable de estos bienes. La constitución a la que nos referimos está fechada el año 470 y recogida en el *Codex* justiniano 1.2.14. Su trascendencia fue tan grande que, aun pasados muchos años, perdura su recuerdo en los años justinianos¹⁸⁹ y, en cierta manera, también su vigencia.

En la ley se nos dice que los bienes dejados a la Iglesia por piadosos testadores o donantes, a través de cualquiera de los modos legítimos del Derecho civil: testamento o codicilo, legado o fideicomiso, *mortis causa aut inter vivos* (§ 1), habrán de conservarse intactos privando el legislador al obispo y al ecónomo de la facultad de alienar esos bienes. Una importante novedad de la ley es que esta masa patrimonial, no sólo aparece ya configurada de un modo coherente, sino que incluye también algunos bienes muebles, tratados conjuntamente de un modo unitario con los predios y edificios¹⁹⁰:

Iubemus nulli posthac archiepiscopo in hac urbe regia sacrosanctae ecclesiae praesidenti, nulli economo, cui res ecclesiastica gubernanda mandatur, esse facultatem fundos vel praedia urbana seu rustica, res postremo immobiles aut in praediis colonos vel mancipia aut annonas civiles cuiuscumque suprema vel superstitis voluntate ad religiosam ecclesiam devolutas sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam (pr.).

La norma imperial busca por todos los medios un fin: la íntegra conservación de los bienes patrimoniales, dándole, aunque no lo diga expresamente, la consideración de cosas sagradas, desde el mismo momento en que los coloca en pie de igualdad y en la misma línea que a la santa Iglesia, *tamquam ipsam sacrosanctam et religiosam ecclesiam intacta convenit venerabiliter custodiri* (§ 2). Re-

189. En la Novela 7, *praef.*, del año 535, reglamentando igualmente los patrimonios eclesiásticos y los bienes de las *venerabiles domus*, el legislador dedica un recuerdo a la *Leonis piac memoriae constitutioni*.

190. Se trata de una tendencia doctrinal justiniana de carácter general, este trato jurídico inmobiliario, por pura cohesión patrimonial, a los bienes muebles —*mancipia*— e incluso a los derechos —*annonae civiles*—. KÜBLER: *Res mobiles und immobiles*, en *Studi Bonfante II*, p. 350 ss.

sulta lógico y consecuente, pues, con esta vieja idea de la *res sacrae*, que a la hora de determinar los efectos jurídicos del negocio celebrado, llegue el legislador fácilmente a la idea de nulidad de la alienación —*tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt* (§ 4)— y por tanto, a la posibilidad de reivindicar la cosa alienada, considerando no perdido, ni el dominio, ni la posesión (§ 10)¹⁹¹.

Es muy probable que, al establecer este régimen de nulidad, de tan complicadas consecuencias prácticas, estuviera presente en la mente del emperador, la solución semejante que, para el supuesto de venta de cosas divinas, había estado vigente en el antiguo ordenamiento clásico, a tenor de los principios más venerados y tradicionales de Roma¹⁹². Sin embargo, es mucho más probable que el modelo legal de esta solución leoniana haya estado más cercano, deducido de otras constituciones suyas, en donde, para algún caso concreto, se habla ya de la no eficacia de estos negocios¹⁹³ o, in-

191. Los límites entre la posesión y el dominio vienen a quedar un poco desdibujados en todo el Derecho postclásico. Se trata de conceptos jurídicos, para cuya fijación se requiere una jurisprudencia muy preparada culturalmente y esto falta precisamente en la era vulgar. LEVY: *West roman vulgar Law, cit.*, p. 19 ss.; KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 177 ss. El mismo concepto de *vindicatio* lo encontramos alterado en esta época tanto desde el punto de vista formal, como substancial. LEVY: *Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches, cit.*, p. 297.

192. Sobre esta ordenación antigua, intervino más tarde el pretor, atrayendo a la órbita del edicto aquellos casos —quizá por más frecuente— de venta de *locus religiosus*, buscando la solución aquitativa de una *actio in factum*, para aliviar la situación injusta que pudiera producir la nulidad, (D.11.7.8.1; Ulp. 25 *ad ed.*). KASER: *Das römische Privatrecht I*, p. 458; SARGENTI: *Appunti sull'esplorabilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, en *Studi Arangio-Ruiz*, p. 237 ss.; DE VISSCHER: *De la Prescription du ius sepulchri*, en *Studi Betti II*, p. 402 ss.

193. Existe en el *Codex* justiniano (1.5.10) una constitución del emperador León, de fecha incierta —para Mommsen, podría oscilar entre el 466 y el 472— en donde se contempla un supuesto parecido, pero mucho más concreto, de alienación de inmuebles eclesiásticos, dando igualmente la solución de nulidad. Dado que el supuesto al que se refiere, es la venta llevada a cabo por un vendedor católico —*si qui orthodoxae religionis*— a un comprador hereje —*in personam hereticae sectae et contraria orthodoxae fidei*— lo lógico sea pensar que esta norma más particular, fuera anterior a

cluso, de la propia jurisprudencia postclásica, a través de la *Pauli sententiae*¹⁹⁴ y, sobre todo, del Epítome de Gayo¹⁹⁵.

Pero lo más importante es que, tanto la constitución C.1.2.14 de León I como el Epítome, tan cercana una del otro, suponen los primeros pasos y tanteos, hacia un concepto más moderno y más secular. Aún está, desde luego, la nulidad íntimamente unida —y aún lo estará durante mucho tiempo— a la idea de lo sacro, sin embargo, ya parece despuntar, aunque débilmente, la concepción de una inalienabilidad derivada de la vinculación de la cosa a un conjunto patrimonial, usando para ello la expresión vulgar de *res*

la disposición general contenida en C.1.2.14. Otra ley de León I, con solución parecida, pero ya sin carácter religioso, es la constitución C.11.56.1 del año 468. En ella se dispone que si uno de los habitantes de una metrópoli quisiera vender sus tierras, sólo podrá hacerlo a un comprador convecino de su misma circunscripción territorial: *non licere ei, nisi ad habitatorem adscriptum eidem metropoli*. Si a pesar de la prohibición, se hiciera la transmisión y un extraño quisiera inmiscuirse en el dominio y en la posesión —de nuevo la consabida aproximación vulgarizadora de ambos conceptos— de esas fincas, el negocio celebrado no tendría ningún efecto.

194. En la más temprana edad postclásica, ofrecían las Sentencias de Paulo (1.1.4a) una breve solución. No consumada aún la aproximación de estos patrimonios cuasi eclesiásticos a las cosas divinas y no siendo, por tanto, posible la solución de nulidad *ex natura rei*, el autor de las Sentencias ofrecía la elemental posibilidad de considerar nula esta transmisión por nacer de un acuerdo *contra ius*: *Pactum contra ius... interpositum nihil momenti habet*. LEVY: *Pauli sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Law*. Ithaca, N.Y. 1945, p. 54 ss. Esta idea del *pactum contra ius*, que se repetirá en la *Interpretatio* de las sentencias y en la *Consultatio* (7.5), aunque supone una terminología muy pobre y posiblemente referida a condiciones contractuales, es la única base que puede ofrecer el ordenamiento jurídico postclásico. Sobre este concepto de *pactum-condicio*, puede verse: LEVY: *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes*, en *Acti Congreso II*, p. 32 ss. (*Gesammelten Schriften I*, p. 186 ss.).

195. También el Epítome (2.9.5), en conformidad con la doctrina de equiparación de los *patrimonia ac substantiae* que nos ofrecía la misma obra postclásica (2.1.1), llega lógicamente a la nulidad de la transmisión:

Practerea inutilis est promissio, etiamsi stipulatione interviniente facta sit, si aliquid id daturum promiserit, quod sui iuris nos est; aut locum sacrum aut sanctum aut religiosum daturum se cuicumque promiserit.

HITZIG: *Beiträge zur Kenntniss des sogen. Westgothischen Gaius*, cit., p. 202 ss.

*quae nostri iuris non est*¹⁹⁶. Se trata, pues, de algo —bienes muebles o inmuebles— cuya proximidad con el patrimonio de la Iglesia, en estos momentos, es tal, que hace imposible su transmisión, por parte del obispo o del ecónomo, como si se tratase auténticamente de una *res aliena*¹⁹⁷.

Nada nos dice, sin embargo, la innovadora constitución del emperador León, sobre qué medidas habría que tomar en una donación, venta o permuta llevada a cabo sobre estos bienes, *quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*, en caso de error o buena fe. La norma tiene fundamentalmente un enfoque penal y contempla tan sólo el supuesto de aquellas personas que, *audaci spiritu et mente sacrilega*, traten de contravenir los preceptos promulgados (§ 3). Por ello, se dice, sin más, que la compra-venta, la permuta o el contrato que sea, se tendrá por no hecho, perdiendo el fallido adquirente el precio, o la contraprestación en caso de permuta, en beneficio y lucro de la propia iglesia a la que estuviesen adscritos los bienes.

En estos años anteriores a la compilación justiniana, que traerá al Derecho romano y a los textos jurisprudenciales una corriente, a la vez clásica y equitativa, para tratar de resolver el problema de la buena fe en la venta de cosas *extra commercium*,¹⁹⁸, no queda otro camino ni otro cauce que el que pudo ofrecer la extraordinaria *restitutio in integrum*, a tenor del texto postclásico de las

196. Estos conceptos usados por la jurisprudencia y por la legislación imperial, ya en el siglo IV, suponen una idea de *ius* o de *iura*, no como ordenamiento objetivo, sino como derecho subjetivo —*nostrum ius*— o como algo, *quod ad ius alicuius pertinet* (Casiodoro: *Varia*, 446). Entendido así, da pie al concepto global de bienes que pertenecen a la Iglesia, tanto en el Epítome de Gayo (2.1.1): *res quae ad ecclesiastica iura pertinent*, como en la constitución C.1.2.14.2 de León I: *res quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*. STEINWENTER: *Über einige Bedeutungen von "ius" in den nach klassischen Quellen*, cit., p. 126 ss.; ARCHI: *L'Epítome Gai*, cit., p. 226, n. 2.

197. LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 24.

198. BIONDI: *La vendita di cosa fuori di commercio*, en *Studi Riccobono IV*, p. 45 ss.

Pauli sententiae (1.7.2.)¹⁹⁹, para el supuesto del *iustus error*²⁰⁰. Hemos de advertir, sin embargo, que el concepto de este remedio procesal se han transformado totalmente, a partir de Diocleciano. Originariamente y dentro de los escasos supuestos previstos para la *restitutio maiorum*, no estaba incluido el error ni la ignorancia²⁰¹. Más tarde, no obstante, el pretor dio entrada a algunos casos de errores litigiosos, *causa cognita*, ya que la consunción provocada por la *litis contestatio* podía llegar a ser gravosa e insubsanable²⁰². Bien pudiera ser que esta pequeña base del Derecho honorario, hubiera servido al autor de las Sentencias para su elaboración textual de una *restitutio in integrum* en caso de *iustus error*. Concepción vulgarizada y absolutamente alejada de la realidad procesal, ya que la restitución por entero —si exceptuamos la concedida a los menores de veinticinco años— sufre un letargo bastante profundo, durante los años del procedimiento cognitorio, al menos en su sentido típico y autónomo²⁰³.

199. *Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum dolum et status permutationem et iustum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur. Pauli sententiae 1.7.2.*

200. Entre la inmensa bibliografía sobre el error, puede tener interés en su aspecto más general: DONATUTI: *Iustus error e iusta causa erroris*, en *AG* 86 (1921), p. 223 ss.; LAURIA: *L'errore nei negozi giuridici*, en *R. Dtto. civ.* 19 (1927), p. 313 ss.; RICCOBONO: *Note sulla dottrina dell'errore*, en *BIDR* 43 (1935), p. 1 ss.; EHRHARDT: *Betrachtungen über die Lehre vom error* en *Studi De Francisci II*, p. 161 ss.; BETTI en *Nov. Digesto italiano*, s. v. Aún de más importancia para nosotros por suministrarnos datos de la doctrina del error en sus últimos momentos postclásicos: EHRHARDT: *Errantis voluntas nulla est*, en *ZS* 58 (1938); KADEN: *Die Lehre vom Vertragsschluss im klassischen röm. Recht und die regel: Non videtur qui errant consentire*, en *Festschrift Koschaker I*, p. 334 ss.; *Id.*: *Voluntas errantis* (resumen de una conferencia en el Istituto di Diritto Romano), en *Labco* 2 (1956), p. 131 ss.; IMPALLOMENEI: *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, en *SDHI* 21 (1955), p. 157 ss.; LEVY: *West-römisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 26 ss.

201. En el Edicto, cuyo texto nos ha llegado a través de Ulpiano (12 *ad cd.* D.4.6.1.1), no aparecía el error como supuesto posible de restitución. Solamente la expresión edital *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, permitía pensar en un *numerus apertus*.

202. LENEL: *Das Edictum perpetuum*, § 45.

203. SCHULZ: *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht* en *ZS* 43 (1922), p. 228 ss.; SOLAZZI: *Glossemi e inter-*

Sin embargo, lo que más nos interesa de las *Pauli sententiae* es que su doctrina sobre el *iustus error*, viene a ser como un reflejo jurídico, dentro de las fuentes postclásicas occidentales, de una noción más espiritual y cristianizada del *animus*, a tenor de las directrices teológicas y iusnaturalísticas del momento²⁰⁴. Como consecuencia de esta nueva orientación, mediado ya el siglo v, mientras que la jurisprudencia oriental, cada vez más doctrinal y científica, estudia la naturaleza jurídica de la ineficacia negocial provocada por el error, en una labor precompilatoria²⁰⁵, la doctrina postclásica occidental de la *Interpretatio* de la Sentencia ha suprimido el adjetivo *iustus*²⁰⁶ en el comentario correspondiente (1.7.1-2) sobre el error, ampliando, por tanto, algo más de las posibilidades de anulación *propter errorem*.

En resumen: el ordenamiento jurídico contemporáneo a la constitución C.1.2.14 del emperador León, por enfocar el problema de la transmisión de los bienes, *quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*, desde el ángulo sacral, no prevee otra solución que la nulidad. Por ello, la reclamación —si hubiera lugar a ella por *iustus error*— no vendría canalizada a través de la acción del contrato realizado, inexistente *nullius momenti*, sino a través de una impugnación extraordinaria, quedando también el recurso de la

polazioni nei Codice Teodosiano, en *SDHI* 10 (1944), p. 213 ss.; LEVY: *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, en *ZS* 68 (1951), p. 432 ss. (*Gesammelte Schriften I*, p. 491 ss.); KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 58 s.

204. *Illud sane rectissime dici non ambigo, non secundum verba iurantis, sed secundum expectationem illius cui iuratur*. San Agustín: *Epist.* 125, 4. *Obras de San Agustín XI*. BAC. Madrid, 1953, p. 8. Una doctrina parecida mantiene en su *Enchiridion*, 17 a 21. *Obras de San Agustín IV*. BAC. Madrid, 1947, p. 485 ss., y en su *Discurso contra académicos*, 1, 10 a 12. *Obras III*, Madrid, 1947, p. 90 ss.

205. Las escuelas orientales bizantinas dejaron su huella en la doctrina del error, con la formulación de algunas reglas, como, por ejemplo, *errantis nulla voluntas est*. KADEN: *Die Lehre vom Vertragsschluss und die Regel Non videtur qui errant consentire*, cit., p. 343; DULLKEIT: *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, en *Festschrift I*, p. 189 s.; KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 58.

206. *qui aut timorem potestatis alicuius compulsi sunt aut fraude vel errore decepti sunt*. *Interp. Pauli sent.* 1.7.1-2.

condictio por injusto enriquecimiento²⁰⁷, multiplicadas sus posibilidades postclásicas por obra de las escuelas de Berito y Constantinopla.

13. Una nueva ley, con un casuismo más detallado, aparece en los últimos años del siglo, bajo el emperador Anastasio. Se trata de una constitución sin fecha cierta, cuyo original griego aparece en el *Codex* justiniano (1.2.17), con valor tan sólo para la santa iglesia metropolitana de Constantinopla. Llama la atención y sirve para confirmar, una vez más, el origen consuetudinario y privilegiado de estas primeras regulaciones existentes sobre los patrimonios afectados a un destino religioso, la alusión que se hace, en el propio texto legal, a la permanencia de privilegios anteriores. Por ello, aunque la norma se refiere tan sólo a la iglesia madre de la gran urbe imperial, tiene aplicación extendida a todos los bienes que de alguna manera le estén afectados. También aquí, el legislador trata de confirmar y dar su placet a esos privilegios en los que, en última instancia, parece descansar la singular cohesión patrimonial.

La razón de ser de la constitución anastasiana parece haber sido, el establecer un régimen inmobiliario algo más atenuado que el de la ley anterior de León I, a fin de evitar, en lo posible, una congelación patrimonial a ultranza sobre estos patrimonios de la Iglesia. La norma facilita, pues, un sistema a través del cual sea posible la alienación, cuando por alguna necesidad o simple conveniencia de los propios entes colectivos titulares, fuese aconsejable. Fija para ello, el emperador una serie de requisitos *ad cautelam* —presencia del *magister census* de Bizancio, juramento y consentimiento de los interesados— absolutamente necesarios para la validez de la enajenación. La omisión de estas condiciones supondría una transmisión nula, perdiendo el acreedor o el comprador, el débito o el precio correspondiente.

207. Esa solución parece darnos a entender una vieja constitución de Gordiano del año 238, conservada en el Código de Justiniano (6.50.9).

Sobre la aplicación de la *condictio* para los supuestos de error puede verse: VOCI: *L'errore nel Diritto romano*, Milán, 1937, p. 130 ss.; SOLAZZI: *L'errore nella condictio indebiti*, en *Annali Napoli* 59 (1939), p. 291 ss.; SCHWARZ: *Grundzüge der condictio*, 1954, p. 304 ss.

En cierto modo, la constitución C.1.2.17 está ya basculando hacia la nueva vertiente, insinuada tan tímidamente por el emperador León y cuya consagración definitiva no será un hecho hasta el Derecho justiniano postcompilatorio. Paso a paso, la reglamentación de los patrimonios afectados tiende a buscar otro acomodo más secularizado y más lógico, que la nacida del antiguo sistema de equiparación con las *res sacrae*. Desde el mismo momento que la ley considera posible en algún caso la transmisión, aunque sometida a determinados requisitos civiles y religiosos, nos va conduciendo ella misma de modo insensible hacia la nueva concepción de la inalienabilidad, como sistema protector *ex lege* y por tanto con una nulidad resultante, no derivada de la naturaleza extra comercial de las cosas, sino nacida de una prohibición legal.

14. Por fuerza, el Derecho justiniano había de suponer en su fase inicial y compilatoria, un movimiento neoclásico y hasta cierto punto tradicional. Si la influencia escolástica se hizo notar en la elaboración del Digesto y del *Codex* y en los retoques interpoladores, hechos con mentalidad de profesionales y maestros del Derecho, todos y cada uno de los institutos jurídicos había de verse sometidos a esa doble coyuntura que suponen los primeros años legislativos de Justiniano: Por un lado, proseguir en la línea evolutiva y modernizada que la sociedad y las nuevas directrices políticas y religiosas vienen imponiendo al Derecho y por otro, enraizarse en las instituciones más puras de la corriente clásica, en ese nobilísimo intento imperial de unir lo nuevo con lo antiguo en el ordenamiento jurídico.

También, por tanto, en estos patrimonios cuasi eclesiásticos que, con tanto esfuerzo y lentitud, comenzaban ya en la constitución anastasiana (C.1.2.17) a separarse un poco de la esfera de lo sacral, se notarán los efectos classicistas, como una relativa marcha atrás en el camino emprendido. Así, por ejemplo, en una constitución del *Codex* (1.2.21) del año 529, parece como si renacieran con nuevos bríos el carácter divino de estos bienes y no sólo en los vasos y ornamentos sagrados, ya que en ellos, al fin y al cabo, habría menos dudas, sino en cualquier tipo de cosas eclesiásticas,

que piadosas manos regalaron a la Iglesia²⁰⁸. Todo junto, pues, cosas sagradas y menos sagradas, van englobadas en el concepto común de cosas *quae ad divinam religionem necessaria sunt*, sin que falte —de nuevo el Justiniano enamorado de la antigüedad clásica— la discreta referencia al viejo ordenamiento que consideraba divinas estas cosas: *cum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerunt* (pr.).

Sentadas estas premisas, es lógico concluir que la nulidad de la venta donación o permuta de la cosa eclesiástica sea consecuencia natural nacida de la propia naturaleza del objeto. No resulta extraño, por tanto, que la vindicación²⁰⁹ permanezca abierta a los obispos, ecónomos o *custodes* de estos bienes, sin que el adquirente de hecho tenga acción alguna en su favor: *nullam eis actionem relinquendam*. Sin embargo, la contradicción está latente, en el párrafo 2 de la misma ley, al admitir una excepción, todo lo justificada que se quiera, permitiendo la venta de vasos sagrados para la redención de los cautivos. Es verdad, que el legislador aduce una pía y lógica razón de las *salus animarum, cum non absurdum est animas hominum quibuscumque causis vel vestimentis praeferri*²¹⁰, pero al permitir esta enajenación se está ya diciendo que

208. La expresión del texto legal, *ceteraque donaria*, supone cualquier donación votiva y, por tanto, cosas pertenecientes a la Iglesia por razones espirituales, pero no estrictamente sagradas. Es empleada esa denominación en algunas constituciones del *Codex* Teodosiano: C.Th.16.5.57.2, Honorio y Teodosio (a. 415) y C.Th.16.8.25.1, *iid.* (a. 423). También, aunque más raro, puede encontrarse alguna vez entre los clásicos, en el sentido de ofrenda a los dioses. Livio: 42, 28, y Aulo Gelio: *Noctes att.* 2.10.3.

209. Esta vindicación *modis omnibus* en la que se reclama indiferentemente la cosa o su precio, si la devolución no fuera ya posible por destrucción o alteración, es algo típicamente justiniano. Se trata de uno de esos especialísimos supuestos de *vindicatio utilis*. ERMAN: *Beiträge zur Publiciana*, en *ZS* 13 (1893), p. 224 ss.; *Id.*: *Conceptio formularum, actio in factum und ipso-iure-Consumption*, en *ZS* 19 (1898), p. 306 ss.

210. Vemos aquí, como en tantas otras ocasiones, que la dirección del pensamiento normativo ha ido marcando la predicación de la Iglesia y las obras de los Padres. La idea de que las almas de los cautivos, en peligro por la situación de estas personas en poder de los bárbaros, sin religión y sin fe, tienen un valor superior al oro de los vasos sagrados, se puede encontrar en San Ambrosio —*melius fuerat ut vasa viventium servare quam metallorum* (*de off.*: 2, 28; *PL* 16.147)— y en el Papa San Gregorio Magno

las cosas han cambiado mucho desde aquellos siglos atrás en los que las *leges veteres* reconocían una divinidad en las *res sacrae diis dicatae*. ¿Cómo es posible, si se trata de cosas —aunque sea por extensión— *divini iuris*, que sin más, por un puro motivo religioso o humanitario, puedan comenzar ya a estar *in bonis humanis* y a ser factible su transmisión? ¿Es sólo la enajenación autorizada la que le hace perder su carácter de cosa separada del comercio de los hombres? No ha faltado alguno²¹¹ que ha tratado de explicarlo de este modo. Sin embargo, no parece que sea suficiente para comprender la génesis de un fenómeno tan complejo.

La aclaración de todos estos interrogantes hay que buscarla, como tan frecuentemente sucede en el Derecho romano, en razones históricas que al ejercer sus fuertes presiones sobre las instituciones jurídicas y sobre los conceptos básicos del Derecho, producen consecuencias en ocasiones contradictorias. Algo de esto sucede en nuestro caso: el cambio de mentalidad por una parte, y las orientaciones generales de la compilación, por otra, provocan una política legislativa oscilante en esta materia, tratando de buscar una solución viable, pero sin querer abandonar la tesis tan afanosamente mantenida de la inalienabilidad sacral, desmentida, sin embargo, muchas veces con los hechos.

Aun más contradictorio y extraño resulta que, un año después, el mismo Justiniano en una nueva constitución (C.1.2.24) promulgada para la *sacrosanctae ecclesiae huius felicitis urbis nostrae, caput reliquarum omnium*, reitere la nulidad de toda actividad negocial dispositiva —*quod gestum est, irritum est*— y, sin embargo, permita la enfiteusis sobre estos bienes eclesiásticos en su sentido más amplio, con tal de que los futuros enfiteutas sean personas ricas (§ 5). Por supuesto, que las razones que mueven al legislador para esta acepción de personas son todas ellas lícitas y prudentes, pues tratan de garantizar, en todo caso, la posible restitución de las *res* eclesiásticas. No obstante, no deja de ser chocante

(*Epist.*, 3, 40; 4, 17; 9, 52). Sobre este tema puede verse BIONDI: *Diritto romano cristiano II*, p. 247; LEVY: *Captivus redemptus*, en *Gesammelte Schriften II*, p. 41 s.

211. SCHERILLO: *Corso di Diritto romano. Le cose*, cit., p. 46, n. 1.

esta postura dubitativa del legislador, con una mano tendida a la nulidad objetiva y con la otra a la nulidad legal²¹².

Más valientemente, pero dentro de la misma línea de pensamiento, la *Instituta* parece haber llegado al vértice de las dos vertientes, porque en el texto 2.1.8, obtenido por la fusión de pasajes clásicos de Gayo (2.4) y de Marciano (3 *inst.*; D.1.8.6.3), se afianza de nuevo en la idea sagrada, pero, tal vez inconscientemente, nos anuncia ya el enfoque que pronto habrá de triunfar. *Sacra sunt*, dice Justiniano con el mismo tono tradicional, *quae rite et per pontifices deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae* —y en seguida, como en la constitución C.1.2.21, añade una expresión englobante— *et dona*²¹³. No quiere, sin embargo, Justiniano olvidar la futura fuente de la inalienabilidad, en su ordenamiento secularizado y nuevo: la ley. Esas *res sacrae* y esos *dona* utilizados *ad ministerium dei*, descansan a su vez bajo una ley protectora, que será quien, años más tarde, recogerá el timón orientador de la reglamentación de esta materia en las Novelas justinianeas²¹⁴.

212. La nulidad de lo hecho *contra legem* —si prescindimos del remoto precedente de las *leges perfectae* (*Epit.* Ulpiano 1, 1)— tiene un origen reciente en la época postclásica: *Pauli sententiae* 1.14 a y C.1.14.5, Teodosio (a. 439). BETTI: *Istituzioni I*, p. 178, n. 9; PARTSCH: *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schrift*, Berlín, 1931, p. 126 ss.; KASER: *Gaius und die Klassiker*, en *ZS* 70 (1953), p. 141 ss.; RABEL: *Grundzüge des römischen Privatrecht*, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 1955, p. 409. Sobre las antiguas *leges perfectae*: SENN: *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, Paris, 1902 (tesis).

213. En la constitución C.1.2.21, Justiniano había escrito *donaria*, que aún tiene un significado más sacral que *dona*. Este término implica una liberalidad en sentido amplio y no necesariamente de carácter votivo.

214. Es la ley, pues, quien en definitiva prohíbe la alienación. El mismo texto de la *Instituta* lo dice claramente: *per nostram constitutionem* —se refiere Justiniano a la constitución C.1.2.21— *alienari et obligari prohibemus* (I.2.1.8). Tenemos, además, dentro del *Code.x*, dos casos aún más significativos de inalienabilidad legal con finalidad protectora. Se trata de las constituciones C.1.3.45(46), del año 530, y la C.1.3.55, del año 534. En ambos textos legales (§ 1 y § 2, respectivamente) se procura proteger a los bienes raíces, sobre los que se apoyan determinados legados annuos, que *ratione pietatis* fijara un día el testador, a fin de evitar que con la enajenación de los mismos no caigan para siempre los legados. La ineficacia prevista por estas constituciones justinianeas están ya, no obstante lo temprano de sus.

Por fuerza habían de aparecer, por todas partes, pequeñas anomalías y contradicciones debidas al doble enfoque de la cuestión. Eso es precisamente lo que parece anotarse, cuando el legislador trata de aliviar las gravosas consecuencias de la nulidad de las enajenaciones de estos bienes patrimoniales llevada a cabo con buena fe —supuestos de error o de *ignorancia facti*— por medio de prudentes retoques en los viejos textos clásicos. Esto es lo que sucede con un fragmento de Modestino (5 *reg.*) recogido en el Digesto 18.1.62: Si alguno, ignorándolo, comprase cosas sagradas, aunque la venta no exista —y aquí aparece la situación contradictoria— *ex empto tamen adversus venditorem experietur*²¹⁵. La situación ha quedado bien confusa. Un negocio forzosamente nulo, en rigor con los principios más tradicionales, por tratarse de una cosa fuera del comercio y de las posibilidades humanas y del que, sin embargo, surge una acción contractual reclamatoria del precio en favor del comprador ignorante, *qui nesciens*²¹⁶.

fechas, basando el régimen de nulidad más en el acto contra la ley que en la posible naturaleza cuasi sacral, nacida del fin piadoso que el legado anual y sus bienes raíces pudieran cumplir. Sobre el concepto de *revocare* y su equivalente griego *ἀνακαταῆναι* del § 2 de la constitución C.1.3.55(57) es interesante el estudio de HELLMANN: *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, en *ZS* 24 (1903), p. 137.

215. Estudia BIONDI este texto y se extraña “che tanta monstruosità non sia stata percepita dal Bonfante”. *La vendita di cosa fuori di commercio*, *cit.*, p. 46 ss.

216. Como es natural, en el Derecho clásico podía haber lugar —ya que la equidad pretoria así lo exigía— a una acción en estos casos. Sin embargo, esta, que sería siempre *in factum* y nunca *ex empto*, estaba reducida, además, a un supuesto mucho más concreto que el de la ignorancia. La *actio in factum* de origen delictivo contemplaba el caso fraudulento de un comprador engañado —*deceptus*— por el vendedor. Al menos con este medio procesal podía el comprador obtener lo suyo, *id quod interest*.

DE MEDIO: *La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel Diritto romano classico*, en *BIDR* 16 (1904), p. 70 ss.; HELDRICH: *Das Verschulden beim Ertragsabschluss im klassischen römischen Recht und den spät. Rechtswicklung*, en *Leipziger rechtswiss. Studien* 7 (1924), p. 3 ss.; LONGO: *La compra-vendita. Lezioni 1927-1928*, p. 87 ss.; *Id.*: *La res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nuli*, en *Studi Bonfante III*, p. 381 ss.; GROSSO: *L'oggetto dell'obbligazione*.

El texto justiniano interpolado y corregido muestra, incluso, con su equitativo intento de salvar al adquirente equivocado, que la antigua nulidad sacral es ya más teórica que real, puesto que el contrato de compra-venta tiene la vida jurídica suficiente para producir una *actio ex empto*, a fin de que el comprador *ne deciperetur*.

15. Pasados los años de la compilación, la doctrina justiniana va madurando y haciéndose cada vez más consecuente con la verdadera situación jurídica de estos patrimonios dejados a la Iglesia para el culto, o a los bizantinos establecimientos benéficos, para la consecución de su propio fin fundacional.

La primera regulación de la inalienabilidad y de sus consecuencias y, sin duda, la más importante fue promulgada en el mes de mayo del 535, tiene carácter general y aparece recogida en la Novela 7, con el título: *De non alienandis aut permutandis ecclesiasticis rebus immobilibus aut in specialem hypothecam dandis creditoribus, sed sufficere generales hypothecas*.

En el larguísimo prefacio de la Novela, explica el legislador la razón de ser de la nueva ley, que viene a derogar las disposiciones vigentes de los emperadores León y Anastasio. A ambos se les dedican recuerdos elogiosos, sobre todo a León I, del cual llega a decir Justiniano que, después de Constantino, no hubo nadie como él en el ansia de defender la fe cristiana y en dar honor y disciplina a las santas iglesias. Con todo, las normas anteriores —dice Justiniano— eran insuficientes. La constitución de León era demasiado particular, porque sólo se aplicaba a la iglesia mayor de Constantinopla y la de Anastasio, aunque algo más amplia puesto que afectaba igualmente a las localidades de fuera de la ciudad imperial, era aún muy imperfecta por referirse solamente a una sede episcopal, olvidando a otras.

Por ello, dentro de esta política peculiar religiosa del emperador, esta ley se nos muestra como un intento universal y como norma general aplicable a todos los territorios imperiales (c. 1). No sólo a la circunscripción de la sede de Constantinopla, sino a todo

Corso 1933-1934, p. 69 ss.; LONGO: *Casi di impossibilità della prestazione nel Diritto Giustiniano*, en *Ricerche romanistiche* (1966), p. 201 ss.

el oriente y a Iliria, Egipto, Licaonia, a la provincia de Africa, a todos nuestros territorios de occidente e incluso a la misma Roma y a las iglesias establecidas en el lejano océano²¹⁷. El legislador se preocupa así mismo de aclarar en lo posible el tipo de bienes que recibirán la protección legal derivada de la inalienabilidad. Sigue, en esto, la antigua dirección de las constituciones C.1.2.14 y C.1.2.17 ya examinadas y enumera las personas que, por razón de su cargo, están al frente de estas masas patrimoniales y a las cuales les va a afectar muy directamente la ley. Esas personas —eclesiásticos y rectores de las *venerabiles domus* o monasterios²¹⁸— no pueden tener licencia para desviar ninguno de esos patrimonios del destino piadoso que el culto o la caridad privada les marcó un día en el acto fundacional.

La antigua tendencia legislativa de englobar en un común trato inmobiliario a todos los bienes cohesionados es recogida también en la Novela 7. No solamente los inmuebles son inalienables sino todo tipo de bienes e incluso derechos: *neque... licentiam habere alie-*

217. Es notable, y por otra parte lógica, la diferencia entre oriente y occidente con relación a la política legislativa religiosa de Justiniano. En Bizancio, la tendencia cesaro-papista con su sentido protector sobre las instituciones eclesiásticas es fortísimo, siendo mucho menor en occidente, no obstante la presencia justiniana en Africa y en Italia. Tal vez sea porque Roma, mientras tanto, ha teorizado ya sobre su propia autonomía y aquella "protección" estatal se hace más inadecuada.

Puede verse DIEHL: *Justinien*, 1901, p. 316 ss.; DUCHESNE: *L'Église au VI siècle*, París, 1925, p. 261 ss.; VOIGT: *Staat und Kirche von Konstantin dem Grossen bis zum Ende der Karolingenzeit*, 1936, p. 44 ss.; DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, Milán, 1948, p. 179 ss.; STEIN: *Histoire du Bas Empire*, cit., p. 369 ss.; RUBIN: *Das Zeitalter Justinians I*, Berlín, 1960, p. 245 ss.; ORESTANO: *Iustinianus*, en *Nov. Dig. ital.* (1961); BIONDI: *Giustiniano*, en *IURA* 16 (1965), p. 1 ss.

218. *episcopus et patriarcha, praeses xenodochium aut ptochotrophum aut nosocomun aut orphanotrophum aut gerontocomun aut brephotrophum aut monasterii virorum vel mulierum abbas vel abbatissa* (Nov. 7, c. 1). Parece seguir la ley el sistema del *numerus apertus*, ya que tras la enumeración antes citada añade un amplísimo *quilibet praeses collegium*. También en el c. 2 de la misma Novela se interpreta ampliamente el número de entes colectivos de beneficencia al decir *et omni absolute collegio quod actio pia constituit*.

*nare*²¹⁹ *rem immobilem aut in domibus aut in agris aut in hortis aut omnino in huiusmodi, neque rusticum mancipium neque civilem annonam*. Si a pesar de todo, la alienación se llevase a cabo, no produciría esta ningún efecto, ya que Justiniano se remite y confirma la doctrina tradicional de la primera constitución de León I, tanto en lo que se refiere a la nulidad, como a la reglamentación de las penas previstas para el delito, si lo hubiera.

Sin embargo, estos patrimonios religiosos o sagrados por su destino a los que desde finales del siglo IV, las constituciones imperiales y la jurisprudencia trataron de acercar lo más posible al baluarte inexpugnable de las *res divini iuris*, único medio de defensa posible en aquellos momentos, se nos aparecen hoy, en la Novela justiniana del año 535, perfilados ya de otro modo y, sin duda, más apropiadamente y de acuerdo con su auténtica naturaleza. La inalienabilidad descansa ahora en razones públicas o de necesidad y en todo caso en la ley quien la defiende y la crea. También a la hora de enfrentarnos con el problema de la nulidad y sus consecuencias, la solución ha cambiado de matiz. La enajenación es nula, pero dejará de serlo, cuando la ley entienda —por inspiración eclesiástica o por la misma *ratio legis*— que una razón suficiente autoriza la transmisión. Razones de piedad, como el rescate de prisioneros²²⁰, o simplemente de conveniencia, como cuando —tratándose de una permuta— haya sido cambiada la cosa, teóricamente no inalienable, por otra de igual o mayor valor y haya sido precisamente el emperador el otro permutante (c. 2). El problema, pues, ha ido trasladando su centro de gravedad de una manera insensible y la nulidad, alejada ya de la antigua concepción de falta de idoneidad en el objeto, se ha ido acercando a una ineficacia basada en la causa injusta, típica del negocio hecho *contra legem*²²¹. Puede seguir hablándose de nulidad, dentro del amplí-

219. El propio legislador define el concepto de *alienare*, interpretándolo en sentido amplio: *Alienationis autem nomen generalius ideo posuimus, ut prohibeamus et venditionem et donationem et commutationem et in perpetuum extensam emphyteosin, quae non procul ab alienatione consistit*. Nov. 7, c. 1.

220. C.1.2.21.2.

221. Dentro de la categoría de negocios *contra legem* no sólo están los que contravienen una prohibición legal, sino aquellos otros que, respetando

simo y vago concepto con que se nos manifiesta esta expresión en las fuentes ²²², e incluso de nulidad objetiva, porque la ley, al anular lo hecho contra ella, prescinde de la intención de las partes y no tiene por qué valorar el error ni la buena fe ²²³, sin embargo, la ineficacia aparece ya ante nosotros con un carácter de nulidad-sanción que es fácil sortear por dos caminos. Uno es la propia ley que exceptúa o mejor dicho, que determina su propio campo de aplicación, dejando fuera una serie de supuestos —*redemptio*, *permuta imperial*, etc.— que a partir de este momento son negocios perfectamente válidos y normales. La otra vía es que la ley quiera tener en cuenta la intención, el error o la ignorancia, suspendiendo entonces los efectos de la nulidad. Esto que no sería posible lograrlo en el Derecho romano clásico, por muchas razones formales y substanciales, es más fácilmente logable en el Derecho justinianeo ²²⁴.

Tras un examen detenido de la Novela 7 y las soluciones ofrecidas para la venta de las *res ecclesiasticae* en su c. 5, no cabe nin-

la letra, violan el espíritu de una norma (negocios *in fraudem legis*). LONGO: *Corso di Diritto romano. Fatti giuridici-Negozi giuridici*, p. 112 ss.; BETTI: *Istituzioni I*, p. 128 ss.

Sobre las prohibiciones de enajenar y los negocios *contra legem*, vid. VANGEROW: *Pandekten I*, p. 548 ss.; WINDSCHEID: *Pandekten I*, p. 899 ss.; MITTEIS: *Römisches Privatrecht I*, p. 253 ss.

222. HELLMANN: *Ob. cit.*, p. 50 ss.

223. Posiblemente la formación de esta doctrina sea obra de los postclásicos, siendo la constitución de Teodosio C.1.14.5, del año 439 (Nov. Teodosio, 8), la primera que formula la concepción jurídica del acto *contra legem*: *ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, ... quod interdicente lege factum est illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus* (§ 1). La jurisprudencia postclásica anterior (*Pauli sent.* 3.4b.2) y la contemporánea a la norma teodosiana (*Consultatio*, 4.8) nos ha dejado enunciaciones mucho más elementales. ALBERTARIO: *Da Diocleziano a Giustiniano*, en *Studi V*, p. 214 ss.; LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, cit.*, p. 94 ss. Es bastante dudoso el carácter genuino del texto de Calistrato en su libro tercero *de iure fisci*, recogido en D.49.14.3.2, y que pudiera considerarse como un precedente clásico de la doctrina de la nulidad del acto *contra legem*. Muy posiblemente se trata de una interpolación (Momsen ad h. t.), ROTONDI: *Gli atti in frode alla legge*, Turín, 1911, p. 141 ss.

224. BETTI: *Istituzioni I*, p. 114 ss.; LONGO: *Corso, cit.*, p. 113 ss.

guna duda que el espíritu de la ley ha traído al Derecho justiniano una nueva visión del problema de la nulidad. Realizada la venta de estos bienes de la Iglesia o de los pobres, dicha venta es nula por ir en contra de lo preceptuado por la misma ley. Estas alienaciones prohibidas —*quae omnibus modis interdicta sunt*— provocan la nulidad y la carencia de acción contra el titular de los bienes vendidos: *contra sanctissimam quidem ecclesiam aut venerabilem domum nullam omnino habeat actionem*. Por esta misma razón, la iglesia concreta o la venerable casa de caridad en cuestión, en caso de tradición ya consumada, pueden, sin más requisito, reivindicar la cosa —*exigatur autem res*— ya que dicha alienación es inexistente.

Queda, pues, bien clara la ineficacia. Sin embargo, tal vez fuera posible la buena fe en el comprador, pero por ser esta nulidad-sancción menos rígida y más moldeable por la propia ley que, al fin y al cabo, le sirve de base, tal vez algo del contrato pudiera ser salvado, en este Derecho justiniano, que, entre otras novedades, es capaz de admitir la nulidad parcial, permitiendo litigar contra el económico responsable de la venta —al cual Justiniano no le suprime tampoco en este caso el respetuoso (¿irónico?) tratamiento de "venerable"— y no con una acción de dolo o con una *condictio ob iniustam causam*, nacida del enriquecimiento indebido, sino *ex contractu*, es decir, con la misma acción del contrato "nulo": *contra venerabiles autem economos, aut qui omnino vendiderunt, in propriis eorum substantiis ex contractu habeat actionem*.

Bajo toda esta reglamentación y sus aparentes contradicciones, late ya la nueva disciplina de los *patrimonia ac substantiae* que el autor del Epítome de Gayo calificó de sagrados y cuya venta fue calificada de sacrílega en el párrafo 2 de la constitución C.1.2.14 de León I. Ahora estos bienes tienen un respaldo público y administrativo, aunque continúen muchos años a la sombra protectora de la Iglesia. Esta misma línea, estatal y política, de la Novela 7 será mantenida a lo largo de una variadísima y complejísima legislación en la que Justiniano lucha por encontrar el equilibrio justo entre una regulación excesivamente proteccionista, que trae como lógica consecuencia la congelación patrimonial de estos patrimonios, convirtiéndolos en auténticas manos muertas bizantinas,

y un régimen de prudente libertad que faculte las enajenaciones en los casos necesarios o simplemente convenientes ²²⁵.

Finalmente, la Novela 120, del año 544, fija, al parecer, un régimen jurídico definitivo, tratando de unificar toda la normatividad dispersa aparecida durante los nueve años intermedios. Se mantiene en esta nueva ley (c. 1) el principio general prohibitivo que, en su día, fijara la Novela 7 y en la misma línea que entonces, permitiendo el *usus* (usufructo) (c. 2), el arrendamiento (c. 3), la prenda y la anticresis (c. 4) y, finalmente, la enfiteusis (c. 6) a la santa iglesia mayor de Constantinopla sobre la clase de bienes propios, imponiendo tan sólo un sistema tradicional de prudente cautela. A partir del c. 6, la Novela se refiere ya indistintamente

225. Las numerosas normas justinianeas en esta materia son las siguientes:

a) Novela 40, de junio del 535, un mes tan sólo después de la Novela 7, a la que se alude como norma general aplicable en todo caso. El nuevo precepto trata de establecer un régimen especial para la santa Iglesia de Jerusalén. Son tantos los gastos que debe afrontar que se autoriza para ello un régimen excepcional, autorizándola a la venta de fincas urbanas.

b) Novela 46, de septiembre del 537. Otro nuevo régimen de excepción para permitir las ventas de bienes eclesiásticos, con el fin de satisfacer deudas antiguas y las recientes que sean necesarias. Además de la venta se autoriza a la *datio in solutum* (*Pract.*). Esta norma no se aplicará a la Iglesia constantinopolitana ni a los monasterios que de ella puedan depender (c. 3).

c) Novela 54, del mismo mes y año. En el c. 2 se alude a la Novela anterior, ya que la presente es tan sólo unos días después de la Novela 46. Se amplía el régimen de liberalización de los bienes de la Iglesia, permitiendo las permutas, que según la norma general de la Novela 7, sólo era posible efectuarla con el emperador. Ahora, con tal de seguir un sistema de prudente cautela, decreto autorizante del obispo, pueden llevarse a cabo las permutas de modo general. La Iglesia de Constantinopla sigue fuera de esta normatividad.

d) Novela 55, de noviembre del mismo año 537. Es una ley derogatoria de la Novela anterior y de su régimen de permutas permitidas. Tal vez posibles defraudaciones no bien previstas obligan al emperador a abrogar la Novela 54, volviendo de nuevo al régimen antiguo de la Novela 7.

e) Novela 65, de abril del 538. Se trata de una disposición legislativa muy particular, aplicable tan sólo a la Iglesia de Misia, en el Helesponto. Se recuerda la norma vigente (Nov. 7, c. 8) para la venta de vasos sagrados. Trata también de proteger los bienes raíces eclesiásticos, sobre todo cuando sirven de fundamento para las rentas anuales con que atender a los pobres y a la redención de cautivos.

a todas las iglesias y monasterios de modo general, *in aliis vero sanctissimis ecclesiis et monasteriis*. No supone tampoco novedad especial el c. 11 con su régimen de nulidad-sanción, ya que, en definitiva, parece remitirse a las leyes anteriores y conservar aquel carácter de acto *contra legem: omnia vero quae contra antiquas leges facta sunt revocari sancimus*.

Terminamos este estudio de las constituciones imperiales relativas al *bonum animae*, en cualquiera de sus múltiples aspectos, en este momento en que la legislación justiniana, pasados ya los años codificadores, se va alejando cada vez más de los viejos modelos, abriéndose paso hacia los nuevos enfoques del futuro. Todo el Derecho imperial del Bajo imperio y el justiniano ha estado dotado de una gran receptividad y de una especial virtualidad interna, como efecto reflejo de las grandes transformaciones políticas. Por ello, la captación de las directrices ideológicas imperantes se pudo llevar a cabo con una sorprendente celeridad y el negocio jurídico *ratione pietatis*, con su etapa inicial fiduciaria y consuetudinaria, logró acomodarse pronto dentro del marco protector del Derecho romano precisamente gracias a la ayuda prestada por las leyes imperiales que, hijas de su tiempo, fueron Derecho vulgar sobre todo hasta Teodosio, constituciones helenizadas y receptoras de influencias escolásticas ya desde la segunda mitad del siglo v y, finalmente, clasicistas con el Justiniano de la codificación, para volverse cada día más orientalizadas y peculiares en las Novelas y en el Derecho bizantino posterior.

No ha podido estar ausente en estos fenómenos legislativos la propia posición del poder político imperial indiscutible. Por otra parte, una gran aproximación se ha producido entre las corrientes de la última filosofía pagana, formada y universalizada a lo largo de los siglos II y III, y los nacientes principios políticos cristianos cuajados en el siglo v. Ambas ideologías han venido a coincidir y se han encontrado junto al solio imperial, reforzando la *suprema voluntas* del emperador y convirtiendo a la norma imperial en vehículo normal del ordenamiento jurídico y de la voluntad divina ²²⁶.

226. La filosofía de los cínicos y de los estoicos ha configurado un sistema político y social, según el cual la idea de una ley universal goberna-

Esa es precisamente la propia política legislativa a través de todas las normas que fueron apareciendo en torno al *bonum animae*: buscar un camino jurídico a la liberalidad privada —forzando a veces la búsqueda— o evitar los escollos del ordenamiento vigente, utilizando, incluso, sus propios elementos clásicos en toda esta tarea. No hay que desesperar —nos dirá Justiniano al publicar el Digesto²²⁷— si la vida trajera nuevos negocios no previstos. Si ello sucediere —*si quid igitur tale contigerit*—, el emperador será siempre el remedio puesto por Dios mismo: *Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis regulis competentibus tradere.*

Ha sido, pues, el emperador, fidelísimo intérprete de la preocupación cristiana para facilitar y dar entrada dentro del Derecho a estos actos dispositivos *religionis intuitu* que tanto agradan a Dios. Con una gran expresividad lo dice Justiniano en una constitución latina a la iglesia africana²²⁸:

Sin quid praeterea sacrosanctae ecclesiae saepe dictae Carthagini Iustinianae vel aliis venerabilibus ecclesiis Africanae dioceseos a quacumque persona pro suae salute animae oblatum est vel fuerit quocumque modo legitimo seu in possessionibus seu in aliis quibuslibet speciebus, et hoc apud easdem venerabiles ecclesias manere firme, nullius manibus abstrahendum, cum homines qui tan laudabiles tamque deo acceptabiles actus et pias facere oblationes deperant satis et nos laudamus et dei caelestis remuneratur clementia.

JOSÉ LUIS MURGA

dora rige al mundo, encarnándose a través de una ley humana universal (ley imperial). El imperio romano vendría a ser una especie de reflejo humano del poder omnipotente de los dioses que rigen igualmente el mundo (Diógenes Laercio, 7, 88). También la filosofía cristiana helenizada, durante los siglos IV y V, presenta, sobre todo como consecuencia de la escuela alejandrina, y de su genial representante Orígenes (*contra Celsum*, 5, 37-40), una doctrina muy parecida: La ley escrita no debe ser más que una pura explicitación de la ley natural y esta es la ley divina. DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, p. 213 ss.

227. Constitución *Tanta*, § 18.

228. Novela 37, año 535.

LAS «ACCIONES ADIECTICIAE QUALITATIS» Y SUS RELACIONES BASICAS EN DERECHO ROMANO*

SUMARIO: I. ACCIONES ADYECTICIAS. § 1. CARACTERES GENERALES: 1. Concepto y situación en el Edicto; 2. Origen histórico de las acciones adyecticias; 3. Fórmulas; 4. Clasificación de las acciones. § 2. ACCIONES "MERCANTILES": 1. *Praepositio*; 2. *Actio exercitoria*; 3. *Actio institoria*; 4. Comparación de las acciones *exercitoria* e *institoria*; 5. *Actio ad exemplum institoriae*. § 3. EL EDICTO "QUOD CUM EO". § 4. ACCIONES NO "MERCANTILES": 1. *Actio de peculio*; 2. *Iussum* y *actio quod iussu*. II. RELACIONES BÁSICAS. § 5. JUICIOS DE BUENA FE: 1. *Contrahere*, en general; 2. Contrato de arrendamiento; 3. Contrato de compraventa; 4. Contrato de sociedad; 5. Negocios de gestión; 6. Fiducia y acciones afines. § 6. JUICIOS DE "DERECHO ESTRICTO": 1. La *condictio*; 2. Promesas estipulatorias de un *incertum*; 3. *Actio iudicati*. § 7. JUICIOS "EX DELICTO": 1. Generalidades; 2. *Dolus*; 3. *Fraus creditorum*; 4. *Fraus patroni*; 5. *Iudex qui litem suam fecit*. § 8. ACCIONES "IN FACTUM": 1. Acciones *in factum* con referencia a un *oportere* civil, que se pueden dar adyecticiamente; 2. Extensiones justinianas de la *actio de peculio*.

I

LAS ACCIONES ADYECTICIAS

§ 1. CARACTERES GENERALES

Para evitar las dificultades que llevaba consigo el principio civil de que ni hijo ni esclavo podían obligar a su *pater*, los pretores, en la época republicana, arbitraron un medio consistente en otor-

* Citaremos abreviadamente: *AG* = *Archivio Giuridico*; ALBERTARIO, *Studi* = E. ALBERTARIO, *Studi di Diritto romano*, 6 (Milano 1933-1953); BESELER, *Beiträge* = G. v. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5 (Tübingen 1910-Leipzig 1931); BUCKLAND, *Slavery* = W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908); D'ORS, *Elementos* = A. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (Pamplona 1960); GAY, *In rem versum* = J. L. GAY, *L'in rem versum à l'époque clas-*

gar al acreedor, en ciertos casos, la facultad de hacer valer contra el jefe unas acciones por obligaciones contraídas por los hijos o esclavos. El padre o dueño no respondía en lugar de, sino conjuntamente con el hijo o el esclavo, como expresaba Paulo en D.14,1,5,1, *hoc enim edicto non transfertur actio sed adicitur*, palabra esta última por la que, desde la época de los glosadores, tales acciones concedidas contra el jefe son llamadas *actiones adiecticiae qualitatis*. Esto no quiere decir que el tercero acreedor no pudiera demandar directamente a quien había negociado con él (naturalmente cuando era un hijo o un *sui iuris*), lo que ocurre es que esta acción no tendría eficacia práctica ninguna, pues el hijo carecía en un principio (i. e. hasta que se le reconoció el peculio castrense) de patrimonio propio y el *sui iuris* (probablemente un liberto) debía de encontrarse en análogas condiciones; por lo tanto, la eficacia de esta reclamación sólo se conseguiría demandando al principal adyecticiamente.

Las acciones adyecticias no pueden concebirse aisladamente, pues su función es complementaria de otra principal; sobre ella se

sique en Varia. Etudes de Droit romain 2 (Paris 1956); KASER, RPR I = MAX KASER, *Das römische Privatrecht. 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955); del mismo autor, RPR II = 2. *Die nachklassischen Entwicklungen* (München 1959); del mismo autor, ZPR = *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966); LENEL, EP = O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (3.^a ed., Leipzig 1927); LENEL, *Palingenesia* = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2 vols. (Leipzig 1889); MICOLIER, *Pécule* = G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule dit projectice, depuis l'edit de peculio jusqu'à la fin de l'époque classique* (Lyon 1932); NDI = *Nuovo Digesto italiano*; NNDI = *Novissimo Digesto italiano*; PEROZZI, *Istituzioni* = S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, 2 vols. (2.^a ed., Firenze 1928); RE = *Paulys Realencyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, revisada y continuada por G. Wissowa, W. Kroll, etcétera (Stuttgart); RHD = *Revue Historique de Droit Français et Etranger*; RISG = *Rivista italiana per le scienze giuridiche*; SCHULZ, CRL = Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951); VOLTERRA, *Istituzioni* = E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto privato romano* (Roma 1961); WATSON, *Obligations* = A. WATSON, *The law of obligations in the later roman Republic* (Oxford 1965).—Este trabajo se complementa con otros dos del mismo autor: "La actio tributaria" en SDHI 37 (1967), 103-128 y "La capacidad de las personas *in potestate* en Derecho romano" en *Revista de Derecho Notarial* 57-58 (1967) 99-177.

moldean y en la fórmula reflejan los caracteres de la misma. Sin embargo, el nombre de la acción principal se omite ordinariamente en el Digesto, quizá por razones de brevedad; por eso, los juristas conceden las acciones adyecticias sin mencionar la relación básica que las sustenta.

La peculiar función de estas acciones puede derivar de que alguien haya sido *praepositus* en un establecimiento mercantil marítimo o terrestre (*actio exercitoria* y *actio institoria*) y no haya cumplido sus obligaciones con terceras personas; o bien que el jefe haya entregado a su sometido un peculio, en cuyo caso responde de las obligaciones que el hijo o esclavo contraiga, en la medida del valor del peculio (*actio de peculio*); o bien que el jefe haya obtenido un aumento patrimonial por el negocio celebrado por el sometido (*actio de in rem verso*); o bien, por último, que haya notificado al tercero que su sometido está autorizado para celebrar negocios obligatorios con él (*actio quod iussu*).

1. Concepto y situación en el Edicto.

En el orden del Edicto Perpetuo estas acciones aparecen en el título XVIII, después del *de rebus creditis* y antes del de los juicios de buena fe. ¿Por qué razón, si se refieren todas ellas a deudas negociales, se inserta el título XVIII antes de que se mencionen las acciones de los contratos de buena fe?

Pothier¹ había pensado que, como en el libro y título anterior del Digesto —es decir, el correspondiente a D.13,7— se trata de la prenda, y, como esta es, por naturaleza, un accesorio de algunas obligaciones, los compiladores justinianos aprovecharon la ocasión para tratar, después de esta figura de obligación accesoria de garantía, otras especies de obligaciones que son accesorias de otra principal. Esto explicaría también la inserción en este título del Senadoconsulto Velejano, que se refiere a los distintos actos de intercesión, también de garantía. Sin embargo, esta explicación no es del todo evidente. Parece más probable que, siendo el orden del

1. R. J. POTHIER, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre* (trad. de M. de Bréard Neuville). VI (Paris 1821), p. 1.

Edicto un orden de acciones, las conexiones determinantes de tal orden sean precisamente las de las propias acciones. En este sentido, Fuenteseca² observa que las acciones adyecticias, con su transposición de personas, son acciones pretorias, como las últimas del edicto *de rebus creditis* que precede, y no civiles, como las acciones *bonae fidei* que siguen. En efecto, las acciones de buena fe debían colocarse al final de esta serie de títulos sobre las acciones relativas a las obligaciones nacidas de convenios, porque tales acciones de buena fe se extendían también a otro tipo de relaciones, a saber, la dote (título XX, con el XXI, que es como su apéndice) y la tutela (título XXII)³.

Las relaciones básicas de las acciones adyecticias son, en su mayor parte, las acciones de buena fe de los contratos consensuales, pero existe también una especial conexión con el *creditum* que se destaca sobre todo por la función del *iussum*. *Iussum* quiere decir notificación dirigida a un tercero y supone, cuando se ha dado para recibir un préstamo, que sea el padre o dueño quien se obligue directamente por la *condictio*. Cuando se ha notificado una autorización para un contrato nace la acción adyecticia *quod iussu*. Vemos, pues, cómo el *iussum* se encuentra estrechamente vinculado a las relaciones crediticias, y quizá podría ser éste el puente de enlace entre el edicto XVII y el XIX, pues la misma institución podía generar dos tipos diferentes de responsabilidad: crediticia, directamente, y contractual, en forma adyecticia. Esto quizá pudiera justificar la anomalía de referirse los textos en su mayor parte a los contratos, y aparecer las acciones situadas en el edicto

2. P. FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la Jurisprudencia romana y la idea de "contractus"* en *AHDE* 23 (1953) 543 s.

3. Dice A. D'ORS, *Programa de las Lecciones de Derecho romano* (Santiago de Compostela, 1956) p. 3 s., que esta observación pone ya en camino para descubrir una especial conexión con el *creditum*, puesto que aquellas últimas acciones del edicto *de rebus creditis* son acciones similares a la *condictio*, y, por tanto, en cierto modo crediticias. El punto de vista es interesante, sin embargo no aclararía el problema de la inserción de los Senadoconsultos, de ellos, sobre todo, el Macedoniano, que trata de préstamos, y, por tanto, presupone la *condictio*, acción civil y no pretoria, y el Veleyano, que la presupone también en algunos casos.

XVIII: la especial proximidad del *iussum* a la *condictio* haría posible este acercamiento. Sin embargo, la posición de la *actio quod iussu*, precisamente al final de la serie, no favorecía esta conexión, aunque, por otro lado, la *actio quod iussu*, que aparece como la más próxima al edicto XIX y más alejada del XVII, es precisamente la acción adyecticia que no se refiere al *creditum* (*condictio* directa sino a los contratos del edicto XIX. Hay que reconocer, de todos modos, que no existe una razón absolutamente clara para la inserción de este título entre el XVII y el XIX⁴, y que quizá tenga más peso la hipótesis de Fuenteseca que la relativa al *iussum*.

¿Cuál es la razón sistemática que agrupa a las acciones del edicto XVIII? Lenel reconstruye así el edicto:

Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit.

101. *De exercitoria actione.*

102. *De institoria actione.*

103. *De tributoria actione.*

104. *De peculio, de in rem verso, quod iussu.*

105. *Ad Senatusconsultum Velleianum.*

La *actio exercitoria* y la *institoria* son, cronológicamente, las primeras acciones adyecticias. La *a. tributoria*, aunque no es propiamente adyecticia, tiene, sin embargo, como fundamento mediato de su existencia la negociación realizada por un sometido con una *merx peculiaris*. La *actio de peculio vel de in rem verso* y la *actio quod iussu* son claramente acciones adyecticias derivadas de la actividad de sometidos. Es cierto que la *actio exercitoria* y la *institoria* se pueden dar también por actividades de personas *sui iuris*, pero esto debió de ser sobrevenido; en un principio se darían en supuestos de *praepositio* de un *subiectus*, y luego se extenderían a personas libres, por ser las de utilización más frecuente, junto a la *actio de peculio*, la que no podría extenderse en tal sentido por presuponer siempre la presencia de este tipo específico de patri-

4. Este hecho, en sí mismo no enteramente explicable, sirve, sin embargo, para distanciar netamente estos otros dos edictos. Esta distancia entre las relaciones crediticias y las contractuales de buena fe es el primer fundamento de la teoría del *creditum* de A. D'ORS: un resumen de la misma en *AHDE*. 1963, p. 345 ss. = *RE*. Supplb. X, 1, coll. 1151.

monio. El edicto del Senadoconsulto Veleyano debe su situación en el sistema a la fuerza de atracción del precedente, pues, según nos dice Lenel⁵, desde la idea de *patria potestas* se pasó a la *manus*, tutela por sexo, y a las mujeres, y así se llegó de los negocios de los sometidos a los de las mujeres, aunque aquí no haya ninguna posibilidad de acción adyecticia. D.14,2 se refiere a la *lex Rhodia de iactu*, que ha sido atraída a este libro por la afinidad marítima con la *actio exercitoria*. El SC Macedoniano está en D.14,6 por tratarse de una disposición que presupone la capacidad civil de obligarse de los hijos de familia. Es decir, el elemento común a los libros 14 y 15 del Digesto y al edicto XVIII parece ser, en principio, la actividad negocial de personas *in potestate*, con las salvedades aludidas de la *exercitoria*, *institoria* y la inclusión analógica del Senadoconsulto Veleyano.

2. Origen histórico de las acciones adyecticias.

La mayor parte de la doctrina piensa que las acciones adyecticias fueron una creación pretoria probablemente del siglo II a. C.⁶. A nuestro modo de ver, las primeras de estas acciones debieron de nacer a finales del siglo II o a principios del I a. C. En todo caso, no pueden ser anteriores a la ley Ebuca, pero quizá no aparecieron inmediatamente después de aquella ley, cuyo alcance sabemos que fue limitado a la fórmula de la nueva *condictio* o *actio*

5. LENEL, *EP*, p. 40 y s.

6. KUNKEL (*Derecho privado romano*, p. 377) dice que fueron introducidas, lo más tarde, en el siglo II a. C. ARANGIO RUIZ (*Il mandato in Diritto romano*, p. 7) entiende que a partir, lo más tarde, del siglo II a. C., e incluso probablemente antes, si se debe juzgar por las necesidades que debían de haberse presentado en la práctica de los negocios.—KASER (*RPR I*, p. 505) cree que, como no existe la representación directa en Roma, los pretores crean, ya desde el siglo II a. C., un grupo de acciones para los negocios de obligación de los sometidos a potestad.—WATSON (*Obligations*, p. 185), dice que como muy tarde se introdujeron estas acciones en el siglo II a. C., pero no puede encontrarse ninguna referencia textual de ellas antes del siglo I a. C. y no hay rastro de la *actio quod iussu* o de la *actio tributaria* en la República.

certi, sino en un momento en el que habían aparecido ya otro tipo de fórmulas. Nos parece que debieron de surgir no todas a la vez, sino progresivamente, a medida que las necesidades del tráfico lo requerían.

El orden de estas acciones presentan en el Digesto se corresponde enteramente con el que ya hemos visto supra que tenían en el Edicto. Aquél dedica a estas acciones los libros 14 y 15, dejando a un lado el título 2 del libro 14 que se refiere a la ley Rhodia de la echazón. Con este presupuesto, la primera acción con la que nos encontramos es la *actio exercitoria*, que debió de ser creada a finales del siglo II a. C., aunque aparece conocida tan sólo desde Ofilio (discípulo de S. Sulpicio Rufo). El Digesto dedica el título 3 del mismo libro a la *actio institoria*, que nos parece que debió ser creada en la primera mitad del siglo I a. C., pues ya era conocida por Servio Sulpicio, que murió el año 43 a. C. Estas dos acciones mercantiles tienen una serie de notas comunes, y han existido ciertas dudas en la doctrina acerca de cuál de las dos era la anterior. Tratamos a continuación de algunos puntos concretos relativos a la cronología de estas acciones; luego nos ocuparemos de la creación de la *actio tributaria*, aunque no adiecticia ^{6 bis}, también mercantil, aspecto que justifica el que Juliano (en el Edicto) y los compiladores (en el Digesto) la hayan colocado a continuación de la *actio institoria*; después viene el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia; finalmente, la *actio de peculio vel de in rem verso* y la *actio quod iussu*.

El que la *actio exercitoria* sea interior a la *institoria* aparece hoy como generalmente admitido por la doctrina romanista, sobre todo a partir de un estudio de Solazzi en 1941 ⁷. Anteriormente, los autores se agruparon en torno a las dos opiniones. En favor de la prioridad de la primera se manifestaron Elseasser, Brinz, Costa, A. Rocco, Bonfante, Perozzi, Valeri, Huvelin, Lenel y, por último, Solazzi. Consideran, por el contrario, que la *institoria* es anterior Donello, Glück y Gandolfo ⁸.

(6 bis) Sobre esta acción vid. mi artículo cit. en n.°.

7. S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria* en *Riv. Dir. Navigaz.* 7 (1941) 1, p. 185-212 = *Scritti di Diritto romano* 4 (1938-1947) 243-264.

8. SOLAZZI, o. c., p. 243, n. 1.

La exposición de Solazzi, que nos parece correcta en su conjunto, se basa en una serie de argumentos. El primero de ellos es el que deriva del respectivo orden de los edictos pretorios sobre las dos acciones⁹. Justiniano trata de la primera en D.14,1, y de la segunda en D.14,3. Lenel, por su parte¹⁰, basándose como Justiniano en el orden edictal, hace preceder en su reconstrucción el título *de exercitoria actione*. Huvelin¹¹, sin embargo, no estima plenamente seguro este criterio, porque aunque en el orden edictal se respete generalmente el orden cronológico, sin embargo, hay sobre este punto algunas excepciones, como es el caso de la *bonorum possessio contra tabulas*, situada antes que la *bonorum possessio secundum tabulas*, aunque ésta es anterior. Sin embargo, dice Solazzi¹², esta excepción se justifica en cuanto que la segunda se convirtió en más útil y práctica que la primera, y, por esa razón, fue situada en primer lugar por el pretor; aparte, la razón lógica, creemos, de que, cuando hay *tabulae testamenti*, antes de dar la *bonorum possessio secundum* tales *tabulas*, hay que atender a los que la piden *contra tabulas*.

En segundo lugar, dice Solazzi, siguiendo a Huvelin, si hubiese existido la *actio institoria* antes que la *exercitoria*, no habría surgido ninguna necesidad de crear ésta, ya que el *magister navis* es sustancialmente un *institor*, es decir, un *praepositus* en una nave para el comercio marítimo¹³. Continúa diciendo que “las normas eran iguales para ambas acciones; y si fuese anterior la *institoria*, en la que la *praepositio* es un concepto amplísimo, aplicable incluso al comercio marítimo, el pretor se habría ahorrado la creación de la otra”¹⁴.

9. En efecto, Paulo comentaba el edicto relativo a la *actio exercitoria* en el libro 29 *ad ed.*, y el relativo a la *institoria* en el libro 30. Gayo (4,71) menciona las acciones en este orden. Africano —en D.14,1,7,2— después de aludir a la responsabilidad del *exercitor* por el mutuo recibido por el *magister* prosigue: *eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur*.

10. LENEL, *EP*, p. 40.

11. P. HUVELIN, *Études d'histoire du Droit Commercial romain* (Paris, 1929), p. 182.

12. SOLAZZI, l. c., p. 244, n. 8.

13. SOLAZZI, l. c., p. 244.

14. SOLAZZI, l. c., p. 249.

En tercer lugar, el régimen de la *actio institoria* se moldea *ad exemplum* de la *exercitoria* en dos textos: D.14,3,7,1 y D.14,3,13,2¹⁵.

En cuarto lugar, Costa se refiere también al irregular nombre de *actio institoria*, pues ésta debería llamarse, lo mismo que la *exercitoria*, según el nombre de la persona de quien se afirmaba la responsabilidad. Esta anomalía se explica en cuanto que *exercitor* era también el nombre del titular de la *taberna*, pero existiendo ya la *actio exercitoria* para el patrón de la nave, no podía la nueva acción tomar su nombre del *exercitor tabernae*¹⁶.

Huvelin¹⁷ había llegado también a idéntica conclusión, pero mencionando además consideraciones históricas, a nuestro juicio, no debidamente puestas de relieve por Solazzi. Huvelin observa que las reglas del Derecho marítimo son las más antiguas y que la *actio exercitoria* parecía más necesaria que la *actio institoria*, puesto que cuando se trataba de un comercio terrestre, el principal, que nunca debía de estar muy alejado del *locus praepositionis*, podía siempre obligarse él personalmente, en tanto que esto no era posible respecto al *exercitor navis*¹⁸. Nos parece esta idea de la distancia o del alejamiento del principal una de las más decisivas para mantener la prioridad de la acción contra el naviero.

Creación de la actio tributaria.—Esta acción debe de ser posterior desde luego a la *actio institoria* y a la *actio de peculio* y quizá de finales del siglo I d. C.; el primer jurista que nos da testimonio de su existencia es Labeón y, de otra parte, esta acción presupone la existencia del peculio. ¿Cuál es la razón por la cual se colocó en este lugar, a continuación de la *actio institoria*? Probablemente por atracción. Aunque no era una acción adyecticia, sin embargo los compiladores vieron en ella circunstancias comunes con la *institoria* y con la *exercitoria*: de un lado, la *scientia* de la negociación podía ser vista como una *praepositio* debilitada; por otra parte, la condena era también *in solidum*; además, la

15. SOLAZZI, l. c., p. 249.

16. E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel Diritto romano* (Parma, 1891), p. 32 y SOLAZZI, o. c., p. 250 (examina los textos pertinentes en p. 251-259).

17. HUVELIN, o. c., p. 177 y 181.

18. HUVELIN, l. c.

actio tributoria tenía un acusado carácter mercantil, si bien no se trataba de la existencia de una *merx dominica*, como en las otras, sino de una *merx peculiaris*.

Edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia.— Este edicto, del que también se trata en otro lugar más ampliamente (v. § 3), presupone la capacidad de obligarse de los hijos de familia. Por tanto, creemos que puede fijarse su creación por el pretor a mediados del siglo I a. C., es decir, inmediatamente después del reconocimiento de dicha capacidad. El SC Macedoniano también la presupone, si bien es bastante posterior —probablemente de la época de Claudio—, aunque aparezca en el libro 14 debido a la atracción ejercida por el título anterior.

La *actio de peculio* es conocida por Servio Sulpicio, lo cual hace suponer que fuera contemporánea de la *actio institoria*, o quizás algo posterior. La *actio quod iussu* debió de ser, en cambio, también una creación de Labeón (D.15,4,1,9) —como se acredita por la presencia de un texto de Alferno, pocos años mayor que Labeón, que, en un caso de *iussum* clarísimo (*iusserat*: D.15,3,16), otorga la *actio de in rem verso*¹⁹—, y, por tanto, contemporánea de la *actio tributoria*. Gayo, en cambio, sitúa la *actio quod iussu* en cabeza de las acciones adyecticias (4,70), probablemente por ser la de estructura más simple a los efectos pedagógicos de sus Instituciones. A continuación (4,71) trata de la *actio exercitoria* y de la *institoria*, en cuya *praepositio* vería Gayo una especie de *iussum* genérico. Luego, de la *tributoria* (4,72) y de la *actio de peculio vel de in rem verso* (4,72^a-4,74). Como se ve, la exposición gayana está también aquí ordenada según criterios didácticos; se pasa de la acción simple (*quod iussu*) a la más compleja (*actio de peculio vel de in rem verso*) según un orden progresivo que facilitaría una mejor asimilación por los alumnos. Nuestro punto de vista, en cambio, toma como punto de partida el esquema edictal, que sitúa generalmente las últimas acciones después de las más antiguas (este es el caso de la *actio quod iussu*, que aparece en último lugar y que debió de ser también la más moderna), con la excepción ya vista de la *actio tributoria*.

19. También E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte* (Berlin, 1907), p. 123.

En conclusión, creemos que la cronología puede ser la siguiente:

1. A finales del siglo II o principios del siglo I a. C. aparecería la *actio exercitoria*.
2. Poco después, pero ya entrado el siglo I a. C., la *actio institoria*.
3. Poco posterior, o contemporánea de la anterior, la *actio de peculio*.
4. A mediados del siglo I a. C. se reconocería la capacidad de obligarse de los hijos de familia, que motivaría el edicto sobre el beneficio de competencia en favor de los mismos.
5. A finales del siglo I d. C., la *actio tributoria*.
6. Por la misma época, quizá algo después de la anterior, la *actio quod iussu*, atribuible a Labeón.

3. Fórmulas.

¿Cómo estaba redactada la *intentio* de las acciones adyecticias? Lenel, si bien trata de este problema a propósito de la *actio institoria*, dice que es preciso contemplarlo desde una perspectiva genérica y que, dada la proximidad de estas acciones, la solución que se adopte para una de ellas sirve igualmente para las otras. La cuestión ha sido abundantemente discutida y nos limitaremos a exponer las líneas generales de este proceso doctrinal que, hoy en día, parece pacífico.

Keller expuso en 1827 su opinión de que tales acciones eran con transposición de personas; este criterio es el adoptado por Lenel y, a partir de él, generalmente seguido²⁰. Lenel²¹ se plantea el problema de si la *intentio* de la *actio institoria* era *in ius* o *in factum*. Se inclina por la primera de estas posibilidades de acuerdo con una serie de argumentos:

- (i) En primer lugar, por la presencia de D.14,3,13,1:

Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio novandi animo stipulando.

20. V. recientemente KASER, *ZPR*, p. 262.

21. LENEL, *EP*, p. 260.

La obligación novada tiene que ser la del factor, pues el jurisconsulto no tenía por qué ocuparse en este texto de la posibilidad de una novación que afectase a la obligación adyecticia del principal. Por lo demás, no tendría sentido lo dicho al final del texto (*vel ab institore, vel ab alio stipulando*), si no es refiriéndolo a la obligación del factor. Además, dice Lenel, el pasaje ocupa en el comentario de Ulpiano el lugar en el que se debía tratar de la *intentio in ius concepta*, si en verdad la fórmula estuviese redactada *in ius*; y se comprende que, si en esta fórmula se leyese un *quidquid ob eam rem Lucium Titium AºAº dare facere oportet*, estas palabras hubiesen conducido necesariamente a preocuparse de la posibilidad de una novación, mientras que una preocupación semejante no podía surgir en el caso de una redacción *in factum*. Por último, es preciso observar que la obligación del factor se llama simplemente *ea obligatio*, sin que anteriormente se haya hecho la menor alusión sobre la misma, lo que quizá permite pensar que la observación de Ulpiano se refería a un pasaje de la fórmula citado por él pero borrado por los compiladores, pasaje en el que la obligación del factor se especificaba ²².

(ii) Si lo dicho hace ya verosímil la *intentio in ius concepta*, esta posibilidad se incrementa todavía por la presencia de D.14,3,12:

Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses

En este texto se ocupa Juliano del caso en el que alguien contrata con su propio esclavo, que es el *institor* de un tercero; y el jurisconsulto concede entonces al *dominus* una *actio institoria utilis* y no la acción directa, porque si la fórmula estuviese redactada *in factum* sólo podría surgir la duda de si un *emere* era posible entre un esclavo y su dueño; ahora bien, Ulpiano elude esta dificultad en D.14,3,11,8 y la declara no fundada. Con una redacción *in ius*, por el contrario, la respuesta surge por sí misma; un esclavo no puede obligarse civilmente, y menos respecto a su dueño; por con-

22. LENEL, O. C., p. 260 y s.

siguiente, la *intentio quidquid dare facere oportet* no podría dirigirse contra él si no se corrigiese mediante la ficción *si liber esset ex iure Quiritium*. El edicto sobre la *actio institoria* no asignaba al factor la cualidad de esclavo: por consiguiente, es muy verosímil que la fórmula tampoco lo hiciese, de ahí que sea preciso admitir necesariamente que la acción institoria ficticia derivada de los contratos de un *servus institor* constituía una *actio institoria utilis*; poco importa, por lo demás, que la *actio utilis* fuese propuesta en el álbum o que no lo fuese²³. Lenel cree²⁴, por último, que el texto original del fr. 12 subrayaba el carácter ficticio de la acción; luego, este tenor fue modificado por los compiladores que, en ninguna parte, ni siquiera en los otros supuestos de acciones ficticias, han dejado subsistir este adjetivo. Es incluso posible que el mismo Juliano no concediera la acción como útil, sino como ficticia.

(iii) Lo dicho está de acuerdo con las notas positivas aportadas por las fuentes acerca de la *intentio*. En el campo de las consideraciones generales se llega a idéntica conclusión, pues si nos situamos en el lugar del pretor que quiere hacer al dueño responsable de las operaciones celebradas por el factor, es natural creer que, en la fórmula destinada a sancionar estas operaciones, no ha hecho más que los cambios necesarios para alcanzar el fin perseguido, quizá prescribiendo al juez que averiguara si el *institor* debía o no debía, y, una vez hecho este examen, que condenara o absolviera²⁵.

Brinz²⁶ ha sido el primer adversario de la tesis de Keller. Concede importancia decisiva al hecho de que en las fuentes se indique como base de las acciones adiecticias la operación concluida y no la obligación de quien la ha concluido: esto, según Brinz, no podía ser compatible con una *intentio* basada en esta obligación y conduce a admitir una *intentio in factum*, fundamentada en el hecho mismo de la operación. Lenel estima adecuado el modo de expresarse las fuentes y cree que “la manera de redactar la *intentio*

23. LENEL, o. c., p. 261-262.

24. LENEL, o. c., p. 262.

25. LENEL, o. c., p. 263.

26. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², II, p. 203 ss. (citado en LENEL, o. c., p. 264).

podía influir mucho sobre la configuración particular de la responsabilidad, pero la forma de manifestarse ésta nunca podía llegar a cubrir la idea legislativa que constituía el fundamento de estas acciones: y esta idea era la de que una persona podía, en ciertas condiciones, obligarse en virtud de las operaciones concluidas por otra”²⁷.

Mandry²⁸ ha reunido una serie de casos en los cuales la redacción *in ius*, normal en el sistema de Keller, tendría como efecto hacer imposible la condena del principal. El más importante de ellos es aquél en el que el *praepositus* es un esclavo, ya que el esclavo no puede obligarse civilmente. Si el pretor ordenaba al juez no condenar al dueño más que si el esclavo estaba obligado a dar o a hacer algo en favor de alguien (*quidquid servum stichum dare facere oportet*), dando a esta palabra *oportet* su sentido técnico en las acciones *in ius* de una obligación civil el dueño no sería nunca condenado. De este supuesto y de otros análogos, Mandry deduce que la fórmula debería ser *in factum*. Ya que no se podía alegar en tal supuesto una obligación del esclavo, se encargaba solamente al juez que verificase un hecho.

Este modo de ver se expone a graves objeciones²⁹. En primer lugar, con una fórmula de este género, p. ej., la cuestión de la buena fe no podría ser examinada a propósito de un contrato de venta. Para suponer que el pretor hubiese querido determinar las reglas de la *condemnatio* con más detalles, como lo ha hecho para las acciones *pigneraticia* o *depositi in factum*, habría debido proponer tantas fórmulas *in factum* como contratos posibles a realizar por el *praepositus*, lo que habría constituido una obra considerable de la que sorprende que no nos haya llegado ningún rastro. En cuanto al argumento que Mandry extrae del supuesto del esclavo se descarta muy fácilmente, si se observa que todo lleva a creer que, en este caso, la fórmula estaba redactada de manera especial y que el pretor la prometería así en el Edicto. Se insertaría en ella la ficción de ser libre el esclavo (*si liber fuisset, ex iure Quiritium...*). Luego, Mandry se equivoca cuando dice que para los

27. LENEL, o. c., p. 264.

28. G. MANDRY, *Gemeine Fam.*, cit. en LENEL, o. c., p. 264.

29. LENEL, o. c., p. 264-265.

supuestos contemplados por él no hay ninguna traza de redacciones particulares de la fórmula, es decir, de fórmulas ficticias. Contra esta idea existen varios argumentos textuales, ya citados por Keller. He aquí uno, relativo a la *actio de peculio*, pero aplicable a todas las demás acciones adyecticias: D.19,1,24,2:

Servo vendente hominem, fideiussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fideiussisset: nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero vendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.

De esta forma se revela el carácter de la acción de venta intentada de peculio: el esclavo no podía obligarse civilmente, pero la acción se daba contra su *dominus* para hacer obtener *quae libero vendente consequi debuisset*. Lo mismo ocurre en D.45,2,12, citado también por Keller. Y dice Lenel³⁰ que a idéntica categoría pertenece también D.9,4,19,2 y D.45,1,49 pr., que proporciona un argumento bastante potente contra el sistema de Mandry, pues la *actio utilis* que concedía el pretor en el segundo caso previsto en el texto supone que la obligación del hijo estaba extinguida y, por consiguiente, la *intentio* ordinaria de la *actio de peculio*, que se basaba precisamente sobre esta obligación, se hacía inaplicable. Pero, sigue diciendo Lenel, las palabras decisivas probablemente estén interpoladas, de modo que el texto queda fuera de consideración para nuestro propósito. Por último, los ya citados textos, D.14,3,11,8 y D.14,3,12,1, son particularmente evidentes respecto a una redacción *in ius*.

Baron, por su parte³¹, ha propuesto un sistema todavía menos verosímil que el de Mandry. Según él, la *intentio* era *in ius concepta*, pero se basaba directamente en la obligación adyecticia del *pater* y no sobre la del *magister navis*, del *institor*, etc. Basa la *intentio* sobre un *praestare oportere* del principal. Cree, en todo caso, haber descubierto en D.23,3,57 la prueba de que la *intentio* de la *actio de peculio* estaba así concebida: *quidquid de peculio*

30. LENEL, o. c., p. 266.

31. J. BARON, *Die adjektivischen Klagen* (Abhandl. aus d. röm. Civ. Pr. II), 1882, p. 136 ss. (citado en LENEL, o. c., p. 268).

fili —*servi*— *ob eam rem NmNm patrem (dominum) praestare oportet*. Luego, admite la existencia de este *quidquid praestare oportet* en todas las demás acciones adyecticias, salvo en la *tributoria (quidquid tribuere oportet)*. Da a esta *intentio* el nombre de *intentio iuris honorarii* y piensa que el pretor, que no podía crear un *dare facere oportere*, podría crear muy bien un *praestare oportere*.

Sobre este sistema, según Lenel, se deben hacer las siguientes consideraciones: es cierto que *oportere* no es un término reservado al Derecho civil. Pero esto no impide que sólo las acciones civiles estuviesen basadas en un *oportere*. El pretor, al hacer del *oportere* la condición de una *condemnatio*, creía reenviar al juez a una regla de derecho preexistente. Si el pretor que creó la *actio exercitoria* había prescrito al juez condenar al *exercitor* en virtud de los contratos realizados por el *magister navis*, basando esta condena sobre un *quidquid exercitorem praestare oportet*, el juez no habría podido hacer otra cosa más que absolver. ¿En dónde se discutía del problema de un *exercitorem praestare oportere*? No era en el Derecho civil ni tampoco en el edicto pretorio. En éste no se leía ni *exercitor praestato* ni *exercitorem praestare oportere videtur* ni nada semejante; se leía, únicamente, *adversus exercitorem iudicium dabo*. Es éste un punto que no ofrece dudas y que nadie puede negar; de él deriva para el *exercitor* un *iudicium suscipere oportere*, pero en modo alguno un *praestare oportere* impuesto por el Derecho privado. Lenel está de acuerdo con Baron en que el pretor podía crear un *oportere* pero no, en cambio, en que el *praestare oportere* haya sido reservado al derecho pretorio como *intentio iuris honorarii*, mientras que el *dare facere oportere* habría sido reservado al Derecho civil como *intentio iuris civilis*: ninguna sutileza podría explicar por qué razón las obligaciones que derivan del derecho pretorio habrían constituido un *praestare* y aquéllas, por el contrario, que derivan del Derecho civil, un *dare facere*. Además, si algún caso hay donde pueda verse una fórmula concebida con *praestare oportere*, respecto a las acciones civiles, esto ocurre en el campo de las acciones divisorias.

El punto de partida del error de Baron está en D.23,3,57. El texto se ocupa del caso en el que una mujer se casa con un deudor

suyo todavía bajo la patria potestad y constituye en dote a su suegro *quid filius tuus mihi debet*. El jurisconsulto dice que es preciso distinguir entonces dos hipótesis: las partes han podido tener en cuenta *in quod filium dare oportet*, en cuyo caso toda la deuda era constituida en dote; ellas han podido creer en el *quod patrem de peculio vel in rem verso praestare oportebit*, en cuyo caso la única suma *qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit* era constituida en dote. Resulta difícil comprender cómo Baron ha creído encontrar en este texto una *prueba* para su sistema. El jurisconsulto no piensa aquí en la redacción de la fórmula; sirviéndose en ella de las palabras *quod patrem de peculio praestare oportebit*, quiere designar simplemente, de un modo rápido, la obligación que incumbe al padre en razón del peculio; y la expresión de la que se sirve hace útil su pensamiento, cualquiera que fuese la manera en virtud de la cual estuviese redactada la fórmula de la *actio de peculio*. Se estaría, por lo demás, casi inclinado a decir que ha tenido como un presentimiento del error del que podría un día ser la causa: en efecto, después de haberse servido de una expresión que no tiene nada de técnica, se apresura a fundirla en el molde jurídico, a volver a traerla a la forma prevista por el propio modelo de nuestra acción, diciendo de ella: *qua patrem filii nomine condemnari oportebit*.

Estos desarrollos son suficientes: no es necesario examinar aquí lo que vale la hipótesis de Baron en relación a las acciones útiles, de las que habla Lenel, a propósito de D.14,3,12³².

4. Clasificación de las acciones adyecticias.

Este apartado tiene como finalidad justificar la distribución de materias que sigue. En primer lugar, aparece la distinción entre “acciones mercantiles” y “no mercantiles”; es claro que tal diferencia no aparece en los escritos de la jurisprudencia, pero creemos que se desprende de la naturaleza de las respectivas acciones. Los edictos *de exercitoria*, *de institoria* y *de tributoria actione* contemplan supuestos en los que las personas sometidas jurídica o socialmente (caso del *institor* o *magister sui iuris*) realizan una actividad

32. LENEL, p. 268-270.

eminentemente comercial, en un establecimiento marítimo, terrestre o bien negociando con una *merx peculiaris*. Existe, en los primeros edictos, un supuesto común previo que es la *praepositio* o acto de “puesta al frente” de la empresa marítima o terrestre, y, por este motivo, tratamos de ella en primer lugar ^{32 bis}. En cambio, los edictos *de peculio*, *quando de peculio actio annalis est*, *de in rem verso* y *quod iussu* no se refieren a actividades de comercio sino a lo que hoy llamaríamos “actos civiles”, es decir, actos aislados que no suponen una actividad permanente y que, excepto el caso de la *actio quod iussu*, no dan lugar a responsabilidad *in solidum*. Entre estos dos tipos de acciones se estudia, siguiendo el orden del Edicto, y el del Digesto que lo refleja, el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia.

§ 2. ACCIONES “MERCANTILES”

1. *Praepositio*.

a) Generalidades y *locus praepositionis*.—Al hablar de *praepositio* nos concretamos necesariamente a las acciones *institoria* y *exercitoria*, dejando a un lado todos los demás significados del término ³³. El problema de qué se entiende por *praepositio* constituye el punto fundamental del que se ocupan los juristas en el título de *exercitoria actio* y en el de *institoria actio*: la referencia a las relaciones básicas (compraventa, arrendamiento, mutuo, etc.) es mínima y adicional; los textos contienen ante todo criterios casuísticos acerca de cuándo existe o no *praepositio*. Esta constituye el elemento esencial para que exista responsabilidad del *exercitor* o del principal (en la *actio institoria*); consiste en un acto de “puesta al frente” de un establecimiento marítimo o terrestre, con más o menos limitaciones: la acción no procede en todos los casos, sino sólo respecto a aquellos negocios que tienen lugar dentro de la *praepositio*, como dice la cláusula edictal *eius rei nomine, cui ibi prae-*

^{32 bis}. Sobre la *actio tributoria* vid. mi artículo cit. n. *.

³³. Pueden verse, p. ej., en H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, (Graz, 1958), s. v. *praeponere*.

positus fuerit. La *praepositio* debía de hacerse notar a los terceros mediante un anuncio, que se solía fijar en la puerta de la tienda o en cualquier parte en la que el factor desempeñase su actividad, debiendo estar redactada en términos claros y legibles en la lengua del lugar. El concepto, al igual que muchos otros de trascendencia jurídica, es un concepto sobreentendido en las fuentes. En la medida en que debió de estar suficientemente clara en la vida comercial de los romanos como para servir de base a la responsabilidad que nacía de los negocios celebrados por el *praepositus* y para tranquilizar a los terceros contratantes (*praepositio certam legem dat contrahentibus*: D.14,1,1,12), su noción se da por su puesta y, con tal motivo, ningún pasaje del Digesto la define ni señala para la misma expresos requisitos³⁴.

Se puede afirmar, desde luego, que la *praepositio* no exigía un acto solemne, ya que ningún texto alude a formalidades esenciales; la necesidad de carteles en lugar visible sólo se exigió en aquellos supuestos en los que resultaría en oposición con la situación aparente del encargado, bien porque el dueño no deseaba que se contratase con él, bien por haberse revocado una válida y completa *praepositio* anterior. Todo esto significa que, salvo los signos en contra, las apariencias bastan al tercero porque se entiende que implican la *voluntas* de apoderamiento del dueño y determinan sin más para los terceros contratantes las adecuadas acciones contra el que colocó al *praepositus*. Además, era un acto unilateral, porque la *voluntas praepositi*, sobre ser improcedente en los casos del *praepositus servus*, no es aludida tampoco en tal sentido en las fuentes, las cuales sólo se refieren a la *voluntas domini* como indispensable para que se den las acciones pretorias que dibujaron esta figura de representación.

Huvelin³⁵ sugirió si sería suficiente la declaración unilateral de voluntad del que hace la *praepositio* o si sería necesario añadir un elemento real, un acto de instalación del *praepositus*. A nuestro modo de ver, la *praepositio* supone, en un período originario, la idea de un acto real de instalación del *praepositus*, aparte de la

34. J. ARIAS RAMOS, *Representación y praepositio* en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela* 10 (1941) 11.

35. HUVELIN, o. c., p. 164.

correspondiente declaración unilateral de voluntad del padre o dueño. Respecto a la *actio exercitoria*, no parece existir duda de que el acto de instalarse en la nave del patrón debe de ser el complemento necesario de la voluntad del *exercitor* de darle un determinado poder: la nave es el *locus praepositionis*. El problema, sin embargo, se plantea respecto a la *actio institoria*, pues en un texto de Paulo se afirma la posibilidad de un *praepositus sine loco*: D.14,3,18.

Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem factum praeponitur.

Otro texto de Ulpiano nos dice que el término *institor* deriva de *instare*³⁶. Pero, en opinión de Klingmüller³⁷, la interpretación ulpiana del término *institor* no es portadora del sentido originario de la palabra, y ello porque *instare* es utilizado por el jurista en sentido traslaticio, es decir, en el sentido de atendera. El sentido originario del verbo es, en cambio, el de estar encima o en alguna cosa³⁸; por lo tanto, *institor* sería el que está dentro de la tienda del comerciante a quien gestiona los negocios.

Es decir, en su significación primitiva, el término *institor* debía llevar consigo un acto real de instalación en una tienda o local determinado. “La *actio institoria* había sido creada para los contratos del *praepositus tabernae*, pues el presupuesto de la acción era siempre una tienda, un local en el que se realizaba una actividad mercantil. Luego no se exigió el local fijo sino que se tuvo en cuenta, más que nada, el ejercicio del comercio: *cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant: nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse* (D.14,3,4)”³⁹.

También aparece un *locus praepositionis* que no es *taberna* en Ulp., D.14,3,5,9:

Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret,

36. D.14,3,3: *institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet.*

37. F. KLINGMÜLLER, en *RE IX*, 2 s. v. *institor*.

38. F. KLINGMÜLLER, o. c., “anf oder in etwas stehen”.

39. SOLAZZI, *L'età*, cit., p. 257-258.

conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

En este pasaje dice Labeón que, si una persona tenía la costumbre de enviar a su esclavo panadero a un cierto lugar para que en él vendiera pan y el *servus*, una vez recibido el dinero para el suministro en los días sucesivos, lo hubiese malversado, no existe ninguna duda de que el panadero permitió que se anticipasen sumas al esclavo y por ello debe quedar obligado.

Y, por último, bastó la *praepositio* en un complejo negocial, aún sin carácter mercantil. De esta forma, la *actio*, nacida para los contratos del *institor* propiamente dicho, se amplió a los contratos de los *praepositi* sin *taberna*, pero con el fin de obtener un *quaestus* de un círculo de negocios.

Por eso estimamos que el texto de Paulo citado tiene una explicación plenamente acorde con la evolución de la *institoria*. Esta acción, precisamente por la circunstancia del no alejamiento de principal y *praepositus*, tiene que haber sido la que más problemas suscitó y la que sufrió una evolución más acentuada, como lo prueba el hecho de su extensión en el Digesto, muy superior a la de la *actio exercitoria*. Por esta misma razón, es muy probable que “el texto de Paulo no fuese más que una manifestación de la tendencia doble a ensanchar el área de aplicación de aquellas acciones y a espiritualizar los elementos reales exigidos para ciertos actos”⁴⁰.

b) *Praepositio* como *magister navis*.—El *praepositus* en una nave tiene perfectamente delimitada la actividad lícita que puede realizar. Un caso de *praepositio exercitoria* limitada se encuentra en Ulp., D.14,1,1,12. El *magister navis* ha sido *praepositus* solamente para cobrar los fletes, es decir, para una actividad determinada. Si el patrón ha arrendado, excediéndose así en sus funciones, el naviero no queda obligado por la *actio exercitoria*. Si el *magister navis* fue encargado de arrendar la nave para el transporte de cierto género de mercancías y él la arrendó para llevar otras, tampoco se obliga el naviero: D.14,1,1,12.

Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus, quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non

40. ARIAS RAMOS, o. c., p. 12.

ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligabit exscitorem: sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabae, ille marmoribus vel alia materia locavit, dicendum erit non teneri, quaedam enim naves onerariae, quaedam (ut ipsi dicunt), epibategoi sunt: et plerosque mandare scio, ne vectores recipiant, et sic, ut certa regione et certo mari negotietur, ut ecce sunt naves, quae Brundisium a Cassiopa vel a Dyrrachio vectores traiciunt ad onera inhabiles, item quaedam fluvii capaces ad mare non sufficientes.

Cuando los patrones son varios y hubo división de sus funciones, de tal forma que uno arriende y otro cobre, el *exercitor* se obliga por la acción adyecticia, según la función de cada uno: D.14,1,1,13.

Si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitore: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor.

Las fuentes justinianas⁴¹ tienden a ampliar los principios clásicos, concediendo la acción por todos los negocios celebrados por el *magister navis*, en tanto que la jurisprudencia clásica consideró que los límites eran muy rigurosos y derivaban del acto de "puesta al frente" en el que se enumeraban específicamente las actividades permitidas al *magister*. Los compiladores, interpolando los textos, han tratado de cancelar los elementos objetivos exigidos por los clásicos dando preferencia a meros elementos subjetivos, como p. ej., la existencia de una voluntad de fraude en el *magister navis*, en el momento de concluir el préstamo (D.14,1,1,19).

Sin embargo, en el curso de la actividad marítima podía surgir la necesidad de contraer obligaciones, no previstas en la *praepositio* pero necesarias para el ejercicio de la empresa naviera, sin que existiera la posibilidad de consultar al *exercitor* acerca de la decisión a tomar: este es el caso, p. ej., del mutuo *ad reficiendam*

41. Cfr. F. DE MARTINO, en *Riv. Dir. Nav.* 7 (1941) 7 ss.

navem (v. sobre esto § 6,1,a), aunque no aparecerá siempre con la misma evidencia si el negocio celebrado pertenece al círculo de la gerencia encomendada al *praepositus*.

c) *Praepositio* como *institor*.—Por lo que se refiere a la *praepositio institoria*, se pueden hacer una serie de consideraciones generales ⁴²:

(i) La *praepositio* significa colocación para funciones permanentes.

(ii) Es esencial que el *institor* haya realizado negocios para los que tuviera apoderamiento. Así se dice que, si el *institor* fue encargado por el principal de vender mercancías, éste se obliga en su nombre por la acción de compra. Si hubiese sido *praepositus* para comprar, el principal se obliga por la acción de venta. En cambio, si el factor hubiese sido *praepositus* para comprar mercancías y él las hubiese vendido, no obliga a su principal, porque éste sólo es responsable de los negocios que caen dentro del círculo limitado que es la *praepositio*: D.14,3,5,12.

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposueram, tenebor dumtaxat ex vendito: sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debet teneri, idque Cassius probat.

Lo mismo ocurre con el que hubiese sido *praepositus* para comprar o vender y hubiese recibido en préstamo, es claro que por esto no puede obligar a su principal: D.14,3,5,13-14.

Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari. Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere.

Si al empleado se le prohíbe *contrahere* no se le reputa *institor*, como se desprende de D.14,3,11,6:

42. E. RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians en Festschrift für G. Zitelmann* (München u. Leipzig, 1913), p. 6-13.

Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, cum magis hic custodis sit loco quam institoris: ergo nec vendere mercem hic poterit nec modicum quid ex taberna.

(iii) Para poder hablar de *praepositio institoria* se requiere la idea de una empresa mercantil, puesto que, si se hubiese contratado con el mayoral de uno, no se da acción contra el principal porque el cometido del *vilicus* no es comerciar sino recoger los frutos. Pero, si se le encarga de vender las mercancías, entonces puede darse acción por analogía con la acción institoria: D.14,3,16.

Si cum vilico alicuius contractum sit, no datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositur. si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuere, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.

El texto ha sido criticado. Albertario⁴³ considera interpolado desde *si tamen* hasta el final, criterio con el que concuerda Rabel⁴⁴; por el contrario, Solazzi, se limita a sustituir *competere* por *dari*, considerándolo, en lo demás, sustancialmente clásico⁴⁵. Carrelli⁴⁶ acoge la opinión de Albertario, pero con algunas precisiones: de un lado, dice, hay un bache lógico en el uso de *si tamen*, en cuanto que, si no hay *actio* contra el dueño porque *vilicus praepositur propter fructus percipiendos*, no se puede decir después, que la *actio* contra el *dominus* se dará si el *vilicus* hubiese sido *praepositus* para vender los frutos. La forma en que Paulo plantea su razonamiento lleva tres siglos de retraso respecto a la doctrina clásica sobre la *praepositio institoria*: puesto que Servio Sulpicio ya había considerado como *institor* al *insularius* (D.14,3,5,1) y sería inconcebible negar la posibilidad de *praepositio institoria* en las relaciones de *vilicus* cuando Pomponio, después de Servio pero antes que Paulo, había escrito que *non multum abest a vilico*

43. E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* en *Studi* 4, p. 205.

44. RABEL, o. c., p. 6.

45. SOLAZZI, en *BIDR* 25 (1913) 111 ss.

46. O. CARRELLI, *L'actio quasi institoria* en *Studi in memoria di B. Scorsca* (Roma, 1940), p. 150.

insularius (D.50,16,166). Si Paulo niega al *vilicus* la cualidad de *institor*, y ello porque *propter fructus percipiendos non propter quaestum praepositur*, esto significa, no que sea imposible hacer del *vilicus* un *institor*, sino que, normalmente, las tareas del *vilicus* se refieren al cultivo y no a la administración, ya que, por encima del mayoral, quizá existe un administrador, y, si no, el *dominus* que se reservará esta tarea. Pero, cuando el *vilicus*, además de las tareas materiales sobre el fundo, tiene otras de carácter administrativo que le obligan a relacionarse con terceras personas, se convierte en *institor*, y el *dominus* podrá ser demandado con la acción directa por las obligaciones contraídas por el mayoral en forma idéntica a lo que ocurría con el *insularius* ya desde Servio Sulpicio⁴⁷.

Un caso dudoso de *praepositio institoria* es Ulp., D.14,3,5,8, donde se recoge una opinión de Labeón en el sentido de que, si el dueño de una funeraria tuviese un esclavo embalsamador y éste hubiese despojado a un muerto, se dará contra él una acción como si el *pollinctor* fuese un *institor*, aunque también procede la acción de injurias y la acción de hurto:

Idem ait, si libitinarius servum pollinctoren habuerit isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret.

El supuesto es de un contrato de arrendamiento de obra en el cual el *libitinarius* es el *conductor*. La acción institoria que se da contra el empresario no tiene en modo alguno un fundamento penal sino que su base es la relación contractual, pero sorprende que se hable de *quasi institoria*. Solazzi⁴⁸ y Albertario⁴⁹ admiten la interpolación de *quasi*. El segundo estima que la interpolación se debería a que los compiladores, habiendo encontrado en el texto ulpiano que el *servus pollinctor* del *libitinarius* era considerado por Labeón como *institor*, creyeron que se trataba de una extensión y por ello introdujeron consiguientemente en el texto el *quasi*,

47. CARRELLI, o. c., p. 151.

48. En *BIDR* 25 (1912) 112 ss.

49. O. c., p. 201 s.

transformando la acción de directa en *utilis*. Carrelli⁵⁰ estima el texto mucho más alterado. Dice que si el cliente había tratado con el *libitinarius*, la relación jurídica que surgía entre ellos sería una locación de obra; pero, como *conductor operis*, el *libitinarius custodiam praestat* por todas las cosas que el cliente le haya confiado como necesarias para la obra a realizar, comprendiendo también los vestidos que cubrían el cadáver. Cuando estos desaparecen, quienquiera que sea el autor del *furtum*, el *libitinarius* responde *ex locato* de la restitución de las cosas: por lo tanto, también si, a diferencia de lo que suponía Labeón, el ladrón no hubiese sido un trabajador propio sino un tercero, no por esto el *libitinarius* se liberaba de responder contractualmente de la restitución, de la misma forma que era él, y no el propietario de los vestidos el titular de la *actio furti* contra el ladrón. Sentado esto para justificar la responsabilidad *ex contractu* del *libitinarius*, no habría sido necesario recurrir a una *praepositio institoria* cuando derivaba claramente del contrato de *locatio conductio*: por tanto, procede la *actio locati directa* y no la *institoria*. La *actio locati institoria* sería concebible únicamente si el esclavo no hubiera sido un operario de la tienda sino que se le hubiese confiado la dirección de una sursal como *praepositus*, en tanto que, en el texto, sus funciones son meramente ejecutivas. Esto es cierto, pero quizá el caso contemplado se refería probablemente al contrato realizado con el embalsamador sin conocimiento del *libitinarius*. Mediante el *quasi* se venía a extender la responsabilidad pretoria al supuesto de la actividad del *pollinctor*, que no era propiamente un *praepositus*.

(iv) Hay que mencionar, por último, la diferencia existente entre la *praepositio* como *institor* y la *praepositio* como *procurator*⁵¹, sobre todo porque, con la creación por Papiniano de la *actio ad exemplum institoriae*, se admitió que lo realizado por un *procurator* producía efectos de representación directa idénticos a los

50. O. c., p. 153 ss.

51. El *procurator* podía dedicarse voluntariamente al cuidado de los asuntos del principal o podía ser puesto al frente de los mismos mediante una *praepositio* (Pap., D.14,3,19 pr.): c. F. SERRAO, *Il procurator* (Milano, 1947) p. 187.

que conseguía la actividad del *institor*. Algunos autores⁵² han pretendido que *pecunias mutuas accipere* había sido concebido como una actividad propia del *institor* o del *procurator*, lo cual permitiría alcanzar sencillamente la diferencia. A tal efecto se suele invocar, para el primer caso, Ulp., D.14,3,13 pr. y Pap., D.14,3,19,1, que comentamos seguidamente, y, para el segundo, Pap. D.14,3,19 pr., del que tratamos en otra sede (v. infra 4), si bien podemos adelantarse a afirmar que la distinción no puede radicar en este criterio porque ordinariamente la *praepositio* para *pecunias mutuas accipere* es complementaria de otra principal, sin que haya lugar para afirmar que sea exclusiva del *institor* o del *procurator*. D.14,3,13 pr.:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Este texto ha acaparado la atención de los autores, sobre todo a causa de su eventual conexión con la *ad exemplum institoriae actio*. Empezaremos su estudio tratando de los puntos controvertidos, luego examinaremos los grupos de opiniones en torno al mismo y, por último, haremos unas consideraciones críticas.

Los puntos controvertidos son los siguientes⁵³:

(i) Si Juliano concedió efectivamente una *actio utilis* o si, en cambio, dio una respuesta negativa.

(ii) En caso afirmativo, ¿cuál sería esta *actio utilis* que correspondía al acreedor? Especialmente sobre este segundo punto las respuestas son extremadamente variadas.

Según una interpretación, que encuentra su origen en los profesores bizantinos⁵⁴ y que ha sido sostenida por Schlossmann⁵⁵,

52. P. ej. P. BONFANTE, *Istituzioni*, p. 384, n. 1.: citado por RABEL, o. c., p. 6, n. 1.

53. CARRELLI, o. c., p. 159.

54. Bas. 18,1,3 (sch. 45: Cobidas).

55. S. SCHLOSSMANN, *Die Voraussetzungen* en *Iherings Jahrb.* 38 (1898) 145 (cit. por CARRELLI, l. c. y por ALBERTARIO, o. c., p. 207).

Baron⁵⁶ y Albertario⁵⁷, la acción sería la *utilis ad exemplum institoriae*, pues el encargado de recibir dinero en mutuo no sería un auténtico *institor* y, por lo tanto, no se podría dar contra el *dominus* la acción directa.

Según otra doctrina, que también se remonta a los bizantinos⁵⁸ y que ha sido admitida por Lenel⁵⁹ y, sustancialmente, por Rabel⁶⁰ y Riccobono⁶¹, la acción se llama útil en cuanto que, sobrevinida la consunción procesal, la concede el pretor como *actio rescisoria*. En el primer proceso, el acreedor habría intentado la *actio institoria*, pero, a consecuencia de la *demonstratio*, no conforme al supuesto de hecho (i. e., por hablar de *praepositio* para el comercio de aceite), habría perdido el pleito: de aquí derivaría el recurso a una *restitutio in integrum* admitida por Juliano.

Solazzi⁶² combina ambas interpretaciones suponiendo que la acción sería llamada efectivamente útil —y no *ad exemplum institoriae*—, en la medida en que había sido restituida después de la consunción ocurrida en el primer proceso, pero que, por otra parte, el negocio de *accipere mutuas pecunias* no podía ser el objeto de una *praepositio institoria* en cuanto que el encargado de recibir dinero en mutuo no ejercita una actividad comercial o industrial, como presupone la *institoria*. Veamos ahora cada una de estas interpretaciones con más detenimiento.

α) POSICION DE ALBERTARIO.—Schlossmann⁶³ descubría en el texto la *actio utilis ad exemplum institoriae* al considerar que el encargado de recibir dinero en mutuo no es un auténtico *institor*. A él se aproxima Baron⁶⁴, que considera que

56. BARON, o. c., p. 190 (citado por CARRELLI, l. c., n. 44).

57. ALBERTARIO, o. c., p. 206 ss.

58. Bas. 18,1,3 sch. 42 (Estéfano) y 44 (Anónimo).

59. LENEL, *EP*, p. 260.

60. RABEL, o. c., p. 16 ss.

61. S. RICCOBONO, *Dal Diritto romano classico al Diritto Moderno* en *Annali Palermo* 3/4 (1917) 636.

62. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* en *BIDR* 23 (1911) 153 ss.; *BIDR* 25 (1912) 124 ss. = *Scritti* cit. I, p. 371-577.

63. L. c.

64. L. c.

el motivo por el cual el *praepositus mutuis pecuniis accipiendis* no es considerado por Papiniano un auténtico factor está en la poca frecuencia de este negocio.

Albertario⁶⁵ dice que sobre todo es indicio de interpolación el *licet* con indicativo (*licet consumpta est*); también *competere* en lugar de *dandam* y la absurda colocación de *tamen* después de *quasi*. Ulpiano debería de decir *consumpta est actio nec eum amplius agere posse Iulianus ait*. Se explicaría así muy bien por qué razón los compiladores se habrían equivocado en la construcción del *licet*. En efecto, encontrarían ya *consumpta est* y modificaron el sentido del período haciendo preceder el *licet*, pero olvidándose de modificar el modo del verbo. Sigue diciendo el crítico italiano que, el descubrir esta interpolación, tiene una importancia esencial para percibirla igualmente en todos los textos que atribuyen la *actio quasi institoria* a Papiniano. En efecto, en nuestro fragmento encontraríamos afirmado, por obra de los compiladores, que se da una *actio quasi institoria* contra el que haya puesto a un *institor pecuniis mutuis accipiendis*. El texto clásico debería de decir que el *praepositus pecuniis mutuis accipiendis* no era un *institor*, y que, por eso mismo, en aquel caso no procedía la *actio institoria*, y no se mencionaría la *actio quasi institoria* porque no había nacido todavía. Si es cierto que la *actio quasi institoria* es en nuestro fragmento el fruto de una interpolación y no podía ser recordada por el jurisconsulto porque no existía, ¿no es entonces lícito pensar que la acción que se concede en otros fragmentos a propósito del mismo negocio —*pecuniis mutuis accipiendis*— sea también fruto de una interpolación correlativa? Se podría oponer que podía tratarse de una innovación papiniana, como dice Rabel. La objeción no tiene valor para Albertario, quien dice que, si realmente Papiniano hubiese concedido la *actio quasi institoria* contra el *dominus qui mutuis pecuniis accipiendis procuratorem praeposuit* y si Ulpiano se remite a Papiniano en D.17,1,10,5 y en D.14,3.19 pr., ¿por qué no hacerlo también en nuestro texto? Ulpiano debería citar la autoridad de Papiniano para decir en el texto lo que los compiladores hacen decir a Juliano.

65. L. c.

β) POSICION DE RABEL.—Rabel⁶⁶ considera interpolación la presencia de *licet* y toda la frase *quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus*. En su opinión, no puede impugnarse la postura de Estéfano y Azón, también revalorizada por el criterio de Lenel, de que se explicaría por la consunción el que la *actio institoria* no se concediera. Las hipótesis de Schlossmann, Baron, Solazzi y Albertario de negar la doble cualidad institoria del esclavo serían erróneas. Es claro, dice Rabel, que el *servus* de Arlés había sido *praepositus* para dos departamentos negociales: para el comercio de aceite y para un establecimiento de depósitos irregulares. Puesto que el acreedor creía que su préstamo valía para el primero, o desconocía el segundo, demandó con una fórmula en la que aparecía que *Stichus a NoNo merci oleariae praepositus esset*. Según la opinión de Juliano, la total pretensión de Aulo Agerio, derivada de su préstamo, no llegó a una condena por el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, pues no se pudo probar el *accipere ad merces*. Por lo tanto, sería seguro que si el acreedor se hubiese dirigido sobre la segunda *praepositio* habría conseguido la condena.

Rabel concuerda con Albertario en considerar sospechosa la segunda frase del pasaje; *licet* aparece con indicativo (*est* y *poterit*). También es sospechosa la frase que introduce *quasi* antes de *tamen* en lugar de estar después. Albertario también se había manifestado en contra de *competere* y, siguiendo a H. Krüger, decía que los bizantinos lo habrían colocado en lugar de *dandam*; Rabel, siguiendo a Peters⁶⁷, no lo estima, sin embargo, claro indicio de interpolación.

Pero, ¿sobre qué pretendería informarnos el jurista clásico? Posiblemente sobre una discusión, dice Rabel, en torno a la importancia del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Una opinión aceptaría la consunción, en el caso del texto, pero la contraria se basaría en que un negocio relacionado con la otra *praepositio* no habría sido el objeto del primer proceso. Una controversia de este tipo no podía ser aceptada por los compiladores y de ahí po-

66. O. c., p. 16 y s.

67. H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* en SZ 32 (1911) 219, n. 5.

drían explicarse los cambios del fragmento original. Sin embargo, es osado, sin apoyarse en el texto, conjeturar aquella opinión contraria; además, tendríamos que pensar que los compiladores habrían inventado una *actio utilis* cuando ellos hubieran podido fundamentar la opinión contraria a la admitida por Juliano.

En todo caso, dice Rabel, esto no tiene nada que ver con la extensión de la responsabilidad hecha por Papiniano al crear la *actio quasi institoria*. El *institor pecuniis mutuis accipiendis prae-positus* es, por tanto, una figura segura y probablemente se recurriría a ella como encargado de un negocio de depósitos irregulares⁶⁸. Lo que es evidente es que ningún jurista anterior a Papiniano habría extendido la *actio institoria* más allá del ámbito de los *institores*, aunque Juliano, como dice Rabel⁶⁹, pueda considerarse su precursor.

γ) POSICION DE SOLAZZI.—Solazzi⁷⁰ entiende que el mutuante había perdido el litigio porque no había podido probar que el dinero se había recibido para la compra de aceite. Ahora bien, el acreedor trataba de evitar el obstáculo de la consumición, pues, una vez eliminado, dispondría de una acción. Pero, ¿de cuál? Quizás de nuevo la *actio institoria*, pero con una *demonstratio* diferente. En tal caso, el error cometido por el acreedor no consistiría en haber demandado *proposita actione*, sino en haber introducido una *demonstratio* no conforme al supuesto de hecho. Si sigue diciendo Ulpiano que *putans creditor ad merces eum accepis egit proposita actione*; de modo que la errónea opinión le ha hecho elegir la acción propuesta, en antítesis de la cual existiría una acción no contenida en el edicto pretorio, es decir, una *actio utilis* en la que se prescindiría de la existencia de una *taberna* y de una *merces*. Continúa diciendo Solazzi que Albertario ha insistido tanto acerca de la importancia del fr. 13, que “el tenor de éste nos obliga a admitir la existencia de la *actio utilis* por lo que dice en la parte considerada genuina por Albertario”.

68. RABEL, o. c., p. 18.

69. RABEL, o. c., p. 19.

70. L. c.

δ) POSICION DE CARRELLI.—Contra la primera y última de estas interpretaciones hace Carrelli⁷¹ las siguientes consideraciones:

(i) Cuando se afirma que el encargado de recibir dinero en préstamo no se considera *institor* se dice algo cierto, siempre y cuando se trate de un encargo único y que tenga por objeto una sola operación, pero, en cambio, cuando se trata de una actividad que se va a desarrollar continuamente y en un determinado *locus*, no hay ninguna razón para negar que pudiese ser considerado como *praepositus* en este determinado negocio. Por otra parte, se puede suponer fácilmente que, en este caso, no fuese sólo objeto de la *praepositio* el *mutuas pecunias accipere*, sino también el *dare*, es decir, una actividad de crédito plena, aunque lo sea en un círculo de negocios limitado. A primera vista puede impresionar que, de ambas actividades, se tenga en cuenta sólo la primera, pero, en verdad, además de que sólo ésta interesaba al supuesto de hecho tratado por Juliano, esto podría explicarse de forma elemental al constatar que, si el esclavo prestaba, dado que siempre adquiría para el *dominus*, el derecho de crédito surgía sin más en la persona de éste, que, en consecuencia, habría demandado contra el deudor con la *condictio* y no con la *institoria*, mientras que, en el caso opuesto, si el *servus*, *praepositus pecuniis mutuis accipiendis et dandis*, tomaba dinero en préstamo no obligaba al *dominus* sino en cuanto *praepositus*, dado que, precisamente a tal finalidad, se dirigía la institución de la *praepositio institoria*. Dado, por tanto, que, de ambas actividades sólo la segunda interesaba a nuestra acción, ésta es de la que normalmente se trata.

(ii) Admitido que el *mutuas pecunias accipere*, para un negocio aislado, no puede ser objeto de *praepositio institoria*, la acción que el acreedor habría podido intentar contra el *dominus* habría sido la *institoria utilis*, una acción, por tanto, totalmente distinta de la *institoria directa*, como lo era la Publiciana de la *rei vindicatio*, y que, precisamente como la Publiciana, se puede suponer, sin más, que difiere de la acción directa por estar caracterizada por una *fictio*, en la que el pretor ordenaba al juez tratar al *praepositus*:

71. O. c., p. 160.

mutuis accipiendis pecuniis, que no era un *institor*, *perinde ac si institor esset* ⁷².

El acreedor, en lugar de solicitar esta acción, creyendo haber prestado *ad merces*, utilizó la acción directa con la consecuencia de que, no habiendo podido justificar la *demonstratio mercis gratia servum accepisse*, perdió el pleito. ¿Se había realizado la consunción procesal? Si se admite que también el *mutuas pecunias accipere* puede ser objeto de *praepositio institoria*, indiscutiblemente que sí, en cuanto que la acción era única con una *intentio* siempre idéntica, la cual difería en los innumerables casos singulares en el único elemento de la *demonstratio*, y, habiéndola intentado el acreedor erróneamente a consecuencia del falso supuesto, se habría encontrado frente a un *dominus* precavido por la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. De esta situación no habría podido salir él más que mediante la concesión de una *restitutio in integrum*, con la que el pretor le habría restituido la *actio institoria*, extinguida por consunción procesal, como *actio utilis* y, precisamente, como acción rescisoria —*si de ea re actum non esset*—, a cuya *intentio* habría aportado él luego, respecto a la de la *actio institoria directa*, una modificación ulterior, sustituyendo la vieja *demonstratio*, causa de todos sus perjuicios, por una nueva y exacta.

Pero todo esto se verificaba en tanto en cuanto se admitiera que la acción que el acreedor podía utilizar fuese siempre la misma *institoria*, ya hubiese prestado *ad merces*, ya lo hubiese hecho con otras finalidades. Pero, si se parte del otro supuesto, es decir, de que, a disposición de quien hubiese contratado con el *institor* existieran dos acciones, una para el caso de préstamo *ad merces*, para el que podía existir *praepositio institoria*, la otra para las demás relaciones, para las que esta *praepositio* habría sido inconcebible, pero que el pretor tutelaba con una *actio institoria utilis*, la situación viene a invertirse, en cuanto que, del mismo modo que no existía consunción procesal en el caso del titular del *in bonis*, que, creyendo ser titular del *dominium*, había intentado la *reivindicatio* y había perdido, no se daba así consunción entre *institoria directa* y útil, y, como en el primer caso, el demandante no habría tenido más inconveniente que volver a empezar desde un principio

72. O. c., p. 161.

utilizando la acción Publiciana, así también, en el segundo, sin necesidad de recurrir a una *restitutio in integrum*, habría podido pedir la concesión de la *actio utilis*⁷³.

Es claro, entonces, que la conclusión de Carrelli no puede ser más que la opuesta a la formulada por Solazzi: no sólo del texto en examen no se puede deducir que en el caso de *praepositio mutuis pecuniis accipiendis* existiese una *actio institoria utilis* que hubiese que emplear contra el *dominus*, sino, antes bien, de que sólo con una *restitutio in integrum* se pudiese poner en la posibilidad de recuperar la suma prestada quien, creyendo haberlo hecho *ad merces*, había demandado con la *actio institoria*, insertando en la fórmula la correspondiente *demonstratio*: se debe deducir que, en ambos casos, la acción a utilizar habría de ser siempre la misma, de suerte que la pérdida debida a error en la *demonstratio* produjese una *res iudicata*, de la que no se habría podido salir más que por la vía del *auxilium praetoris*. Por lo tanto, no existiría en Derecho clásico una *actio institoria utilis*, sino que el caso nuestro es de simple *praepositio institoria*, por lo que no es necesario recurrir a la acción útil pues ya existe la directa⁷⁴.

La segunda parte del pasaje posiblemente sea compilatoria, concluye Carrelli; entre las varias reconstrucciones considera preferible la de Riccobono: *sed Iulianus rescissorium iudicium in dominum dari debere, ait*. Los compiladores habrían transformado el *auxilium* que el pretor, *causa cognita*, podía conceder, en un derecho. Probablemente, en la primera parte del texto, en lugar de *praeposita actione* debería leerse *praeposita formula*; la fórmula de la *actio institoria*, según aparecía en el edicto, debía referirse a los casos más antiguos de *praepositio institoria*, es decir, a aquéllos en los que la *praepositio* tiene, efectivamente, carácter comercial e industrial⁷⁵.

ε) POSICION DE F. DE MARTINO.—De Martino⁷⁶, más recientemente, dice que los Basílicos (Bas.18.1.3,sch. 42 y 44)

73. O. c., p. 161 y s.

74. O. c., p. 162.

75. O. c., p. 162, n. 51.

76. F. DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria* en *Labco* 4 (1958) 274 s.

indican que o la acción atribuida a Juliano era simplemente un *iudicium rescissorium* concedido *auxilio praetoris*, o bien se trataba de una acción ficticia, en la que se consideraba relación de *praepositio* una cosa que no lo era, esto es, el mandato de contraer préstamos. En consecuencia, la acción habría sido la *actio quasi institoria* (Schlossmann, Baron y Albertario). Contra la tesis crítica, dice De Martino, se podría objetar que no se ve el motivo por el que los compiladores justinianos habrían cancelado el *iudicium rescissorium* de Juliano para sustituirlo por la *actio utilis*. Y no serviría de nada decir que ellos pretendían transformar un simple *auxilium praetoris*, como la *restitutio in integrum*, en un propio y verdadero derecho, porque en el Derecho justiniano se habrían transformado en derechos los viejos instrumentos pretorios. Añádase que, continúa De Martino, si precisamente los *Basílicos* hablan de una *restitutio in integrum*, permanecería todavía menos comprensible el motivo de los compiladores. En lo que afecta a la sustancia del problema se afirma que, si existiera una *actio utilis*, sobre ella no habría operado la consunción de la acción directa, la cual tiene presupuestos diferentes, y, por ello, no habría sido necesario recurrir a la *restitutio in integrum* (tesis de Carrelli). Pero la opinión de la absoluta independencia procesal entre acción directa y útil no parece totalmente segura. Por lo demás, tratándose de una acción pretoria por la que la consunción procesal no ocurría *ipso iure* sino mediante la *exceptio rei in iudicium deductae*, bastaba, para evitar los efectos de la consunción, que el pretor negase la *exceptio* y no había ninguna necesidad de un *iudicium rescissorium*. Excluye, pues, De Martino que Juliano recurriese al remedio de la *restitutio in integrum*, y estima probable que el jurista aconsejase una acción útil. Pero ello no consistiría necesariamente en fingir que el encargo de contraer préstamos se integrase en la *praepositio*, sino en considerar la conclusión del mutuo como algo que viene unido a la gestión institoria, es decir, en nuestro caso, *mercis oleariae gratia*. En esto es donde operaría la ficción de que el préstamo se contrajese con tal finalidad y de que la transposición de la condena fuese en nombre del *dominus*. Así tendríamos una prueba considerable de que Juliano, en esta cuestión de préstamos contraídos por *institores* o *exercitores*, optaba por la extensión útil

de la acción estimando que bastaba que el acreedor tuviera convicción de tal destino. Esto confirma el criterio, a efecto de la responsabilidad del preponente, de que el préstamo había de contraerse para las necesidades de la empresa.—De Martino está pensando en D.14,1, 7 pr., y trata de poner en correlación *utiliter* con *utilis*, pero, según ha demostrado Pugliese⁷⁷ en el *Vocabularium Iurisprudentiae*, *utiliter* no se refiere a una *actio utilis* sino a una acción eficaz, es decir, que sirve de provecho para el acreedor.

2) POSTURA QUE ADOPTAMOS.—Aun considerando las sospechas de interpolación, no nos parece lícito llegar a excesos hipercríticos, pues la última parte del texto, que ha sido el principal blanco de los compiladores, contiene una cita de Juliano y es imposible que éstos la hayan inventado. No descartamos que pueda existir alguna alteración en este sector, pero creemos que pueden limitarse a las puramente estilísticas justamente puestas de relieve por Albertario, como hemos visto. Juliano debería decir algo positivo pues en otro caso no sería citado por Ulpiano, y esto consistiría probablemente en otorgar una *actio utilis* que no se puede pensar que fuera la *ad exemplum institoriae* pues, si ésta existió, tuvo que ser creada por Papiniano.

La explicación de Rabel de que existían dos departamentos negociales en la *praepositio*, uno referido al comercio de aceite y otro a depósitos irregulares, nos parece exagerada. Debería pensarse más bien en la existencia de una *praepositio* principal para el comercio de aceite y en otra, complementaria de ella, para recibir dinero en préstamo. Esta segunda debía de ser complementaria de la primera, pues es difícil imaginar, como hace Rabel, una *taberna* con doble *praepositio*. La que para nosotros debió de ser auxiliar de la otra, i. e., para recibir dinero en préstamo, se explicaría pensando que el *institor* precisaría cantidades de dinero para comprar aceite, i. e., para realizar eficazmente la *praepositio* principal. Juliano daba una acción útil probablemente ficticia, pues en su fórmula se indicaría al juez que fingiese (*quasi*) que el *institor* había sido *prae-*

77. G. PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria* en *Labeo* 3 (1957) 319 ss. En idéntico sentido que Pugliese se manifiesta D. DAUBE, *Utiliter agere* en *JVRA* 11 (1960) 86 s.

positus mutuis pecuniis accipiendis (en efecto, el *institor* no era un banquero: en esto consistía la ficción) y no *merci oleariae*.

Esta acción ficticia sería también la *institoria* pero con esta modificación, es decir, como si hubiera existido una *praepositio* independiente para recibir dinero en préstamo. De esta forma aparecerían separadas por Juliano las dos *praepositiones*. Con esta visión puede explicarse la frase *quasi-praepositus*, pues sería el contenido de la ficción que se integraría en el *iussum iudicandi* del pretor al *iudex*, si bien nos parece que esta frase debería de ser la última y que su lugar debería estar ocupado por *tamen ait*. También podría pensarse, aunque en segundo rango, que Juliano llamaba *actio utilis* a una acción de *cognitio extra ordinem* que utilizaría para hacer esta reclamación. Pero en Juliano es poco probable: si lo sería, en cambio, en una jurista posterior como, p. ej., en Papiniano (v. infra, 5). Hasta aquí lo que se refiere a D.14,3,13 pr.

Un supuesto análogo se contempla en D.14,3,19,1, donde se dice que, si un esclavo había estado como *institor* en una mesa de cambio para recibir cantidades, luego fue manumitido y continuó como liberto prestando sus servicios al dueño en el mismo lugar, la causa del riesgo que tenía el dueño no se alterará por este hecho:

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Se observa que el esclavo encargado de contraer mutuos es *institor apud mensam*, es decir, tiene la gestión de un banco. Solazzi⁷⁸ duda que la expresión *pecuniis accipiendis* sea originaria y se inclina a pensar que sea un glosema, porque dice que precisar del modo que lo hace el texto las atribuciones del esclavo no ayuda a la decisión y no es costumbre de Papiniano. Rabel⁷⁹ dice que el texto es clásico en conjunto. Mitteis⁸⁰ y Kübler⁸¹ enlazan con

78. O. c. (en *BIDR* 23 [1911] 156).

79. RABEL, o. c., p. 16, n. 2.

80. L. MITTEIS, *Trapezitica* en *SZ* 19 (1898) 211.

81. B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur* en *SZ* 29 (1908) 192.

el principio (D.14,3,19 pr.) y dicen que *accipiendis pecuniis* hace pensar en un banco de depósitos irregulares, pues una rama comercial sólo para recibir préstamos no sería lucrativa. Este es el criterio sostenido también por Rabel, como hemos visto, a propósito de D.14,3,13 pr. A nuestro modo de ver, lo mismo que en el supuesto anterior (D.14,3,13 pr.), la *praepositio accipiendis pecuniis* puede ser perfectamente explicable como complementaria de otra principal, sin que tenga que consistir necesariamente en un negocio bancario.

Hay que citar, por último, en esta sección, otro texto que está en el terreno fronterizo a la distinción entre *institor* y *procurator*. Se trata de Ulp., D.14,3,5,10:

Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Sobre el texto se ha escrito mucho. Solazzi⁸² se ocupó del mismo en varias ocasiones y, después de haber constatado que *imperaret* no tiene complemento directo y que, por consiguiente, le falta igualmente el sujeto a *si quasi procurator fuerit relictus*, tiene sospechas acerca de la alteración del texto en la parte que se refiere al *procurator* y, al final, incluso sin determinar con precisión los límites del fragmento, concluye que sus dudas se hacen ciertas cuando se confronta con PS 2,8,3, del que se deduce que, confíe o no el *fullo* a otros la vigilancia de sus aprendices y cualesquiera que sean las atribuciones que tenga en cuanto encargado de la disciplina y de la corrección, el principal responderá siempre por los contratos concluidos por los terceros con sus aprendices. Rabel⁸³ es todavía más vigoroso y, sobre la base de los mismos indicios formales ya considerados por Solazzi más la constatación de que *sin vero* y *plane* son locuciones particularmente utilizadas por los compiladores, concluye que el texto ha sido totalmente al-

82. SOLAZZI, o. c., en *BIDR* 23 (1911) 153 ss. y *BIDR* 25 (1912) 103 ss.

83. RABEL, o. c., p. 13 ss.

terado por ellos y que, en su tenor original, la pregunta del clásico se concretaba a determinar si los *discipuli*, en virtud del *tabernam tradere*, tenían que ser reputados *institores*. Carrelli⁸⁴ no comparte el criterio de Solazzi, dado que el texto de las *Pauli Sententiae* invocado por éste no sirve más que para hacer brotar nuevas dificultades: *quod cum discipulis eorum, qui officinis tabernis praesunt contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio datur*. Es claro, en efecto, que en este fragmento sobra por lo menos algo, dice Carrelli⁸⁵, es decir, la responsabilidad de los *institores* (y no sólo de los *magistri* por la obligación contraída por los *discipuli*); por otra parte, el texto de Paulo está en abierto contraste con lo que nos dice Ulpiano, para quien son *institores* no los *fullones* (*discipuli*) o los *sarcinatores* (*discipuli*) sino sólo los *praepositi fullonum et sarcinatorum*, es decir, aquellos empleados que el propietario ha puesto al frente de la tienda, autorizándoles para contratar con los proveedores y con los clientes.

Carrelli sostiene la total validez del texto. “Contra la hipótesis de que está interpolado en la parte que se refiere al *procurator* milita una circunstancia que ni Solazzi ni Rabel han considerado lo suficiente: sea o no clásica la *actio quasi institoria* es sin embargo innegable que, en época de Justiniano, si el *procurator* se obligaba, el *dominus* podía ser demandado *in solidum* con esta acción. Las dificultades que ha encontrado la crítica en su tentativa de poner de acuerdo este pasaje con aquellos otros en los que se concede acción por las obligaciones asumidas por el *procurator* o por el mandatario no han sido superadas suponiendo la interpolación del texto, sino simplemente limitadas al Derecho justiniano en condiciones más graves, dado que, admitida la existencia de la acción, había un caso en el que sería lógico y humano concederla, y éste era precisamente el supuesto del que trata Ulpiano, puesto que el cliente que va a una tintorería no está obligado a preocuparse de recibir informaciones sobre si el propietario está o no en su puesto, y, en la negativa, a quién hubiese confiado la dirección de la empresa y en virtud de qué título.”

La hipótesis de Rabel, continúa Carrelli, hace todavía más di-

84. CARRELLI, o. c., p. 155-158 y 176-181.

85. O. c., p. 155.

fácil la interpretación, en cuanto que, si se admite que los compiladores han extendido la *actio quasi institoria* del *procurator* al mandatario y correlativamente interpolado los textos ampliando al máximo el contenido de esta acción, no es absolutamente creíble que la hayan negado en un fragmento en el que se habla del *procurator* y en el que ésta habría sido concedida sin discusiones desde época de Papiniano. Lo más probable debió de ser que, por error del copista, hubiese caído la palabra *aliquem* antes de *rogasset* con cuya integración el texto se convertiría en sintácticamente impecable. Por todas estas razones Carrelli⁸⁶ admite, siguiendo a Albertario, la clasicidad del texto, dejando a un lado todas las cuestiones relativas al problema de la clasicidad de aquella *actio quasi institoria* que se daba por las obligaciones asumidas por el *procurator*. A nuestro modo de ver, sin embargo, es incorrecta la interpretación que da Carrelli de *credere*, al considerar como tal el envío de un operario a casa del cliente para retirar los trajes; nos parece más oportuno el significado atécnico que aparece en otros pasajes (de los que se habla en § 4, 2, d) de “fiarse de”. *Me credere operariis suis* hace referencia a fiarse de los empleados del *fullo*. Este error de Carrelli le lleva a prescindir del tenor del texto y a decir que la acción contra el *fullo* era siempre la *actio locati directa*, cuando hemos visto que ésta sólo tenía lugar en el último caso. Con todo, según decimos más adelante, el párrafo *plane - in fine* quizá sea una glosa.

Solazzi ha escrito, con posterioridad a Carrelli, de nuevo⁸⁷ sobre el fragmento y en su trabajo renuncia a la tentativa de reconstruir el texto original y dice que, en su dicción moderna, es un vituperio de la lógica y de la realidad, sin que pueda en modo alguno ser alegado ni en favor ni en contra de la clasicidad de la *actio utilis institoria*. El añadir *aliquem*, dice Solazzi, haría válido el texto hasta *teneri*, pero el estilo de las proposiciones *si quasi... sin vero* con *aliquis* sobreentendido es muy descuidado, complicándose más con el cambio de sujetos, y ello hace sospechar que el sujeto pasivo de *rogasset* ha sido eliminado intencionadamente.

86. O. c., p. 157.

87. SOLAZZI, *Procurator ad institor in D.14,3,5,10* en *SDHI* 9 (1943) 104-113.

Hasta aquí la opinión de Solazzi, cuyas consideraciones no admitimos. A nuestro modo de ver, el texto es comprensible desde la perspectiva de Scialoja⁸⁸ que corrige:

Sed et cum *me* fullo peregre profiscens rogasset ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, *imperarem*, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Esta modificación de la lectura, que quizá sea debida a haber entendido que “*imperare*” no quiere decir en este caso “quedar al frente de la tienda” sino “hacer encargos a los de la tienda”, enlaza bien con el final: *mihi recte me credere...* En efecto, *me* es el complemento directo del verbo *rogasset*; el verbo *imperare* puede y quizá debe entenderse como “hacer encargos” a los oficiales tintoreros. Por lo demás debe interpretarse que el *fullo* entregó la tienda no a una sola persona, sino al grupo de dependientes en conjunto (*quibus... tradiderat*); por eso, el sujeto de *relictus* es el discípulo que recibió los trajes y se fugó con ellos. Cada uno de los *discipuli* era un *institor* o un *procurator* en potencia. Y establecemos la alternativa con el *procurator*, puesto que el fragmento no dice que los *discipuli* fueran *servi*, aunque lo más probable es que así ocurriera. Esto se confirma por la secuencia de Ulpiano: el jurista acaba de hablar (en D.14,3,5,9) del *quasi institor* del panadero y pasa seguidamente a otro ejemplo análogo (*sed et*). Con tal motivo, nos inclinamos a pensar que la analogía con D.14,3,5,9, era plena: *dubitari non oportet quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat*. Por lo tanto, también aquí los *discipuli* eran *quasi institores* y el *fullo* se obligaba por la *institoria*. Consideramos interpolada la mención del *non* y quizá desde *si quasi procurator* hasta el final, porque un esclavo probablemente no podía ser *procurator*⁸⁹. Además, la idea de que el *discipulus* (dejando a un lado

88. *Digesta Iustiniani Augusti (recogn. et. ed. P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoja)*. (Mediolani 1960).

89. En tal sentido, SERRANO, o. c., p. 2 ss.

la cuestión de su esclavitud) es un *procurator* es escolástica y probablemente no ha pasado por la cabeza de Ulpiano. Esta interpretación, o quizá glosa, atrajo la glosa final: *plane-i.f.*, donde se hace una distinción excesivamente sutil entre rogar al cliente que siga sirviéndose de la tintorería y afirmar la honradez de los oficiales, para construir en este segundo caso un contrato directo con el ausente.

Acabamos de ver entonces cómo este texto tampoco sirve para aclararnos el problema de la diferencia entre la *praepositio* como *institor* o como *procurator*. Probablemente estriba la diferencia, al menos antes de Papiniano, en que el *institor* disponía de un restringido poder abierto actuando dentro del cual se producían los mismos efectos de la representación directa, lo que no se daba en el *procurator*, que además tendría que ser ciudadano romano (el *institor* sólo lo era siendo *sui iuris*).

c) Modificación y término de la *praepositio*.

Puede ocurrir que, en algunos supuestos, el principal pretenda que cesen o se modifiquen los efectos de la *praepositio*. El tercero, en estos casos, no podrá fiarse exclusivamente del signo objetivo sino que habrá de atender a la *lex praepositionis*. Los textos nos señalan dos formas de hacer evidentes esas *leges praepositionis*: la *proscriptio* y la *denuntiatio*. La primera es una modalidad de publicación *erga omnes*⁹⁰; la segunda, una especie de notificación *nominatim* que no tiene señalados requisitos especiales y que está en las fuentes únicamente aludida; viene a ser una notificación hecha a persona determinada, haciéndole saber la revocación del poder que llevó implícita la *praepositio* o las limitaciones de la misma. Las reclamaciones del tercero contratante quedarían paralizadas por una *exceptio* insertada en la fórmula: *si ille illi non denuntiaverit ne cum eo contrahere* o *ne illi institore credere*.

90. La *proscriptio* se recoge en D.14,3,11,3 y en D.14,3,11,4, donde se dice que conviene que la prohibición quede expuesta permanentemente, pues si se contrata sin esta circunstancia tiene lugar la *actio institoria*. Por lo tanto, si el principal la hubiese expuesto pero otro la quitó, o, uor otra causa, desapareciera, se obliga el preponente. Pero si ha sido el propio factor el que quitó el anuncio para perjudicar al tercero, su dolo debe perjudicar al que lo nombró.

2. *Actio exercitoria.*

Exercitor era, en las fuentes romanas, el naviero. El Digesto nos transmite la definición de Ulpiano: D.14,1,1,15:

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.

El naviero podía ser naturalmente el propietario de la nave; pero es frecuente el caso de que sea persona diferente que ha arrendado la nave con un plazo o sin él. Podía ser *exercitor* un *in potestate*, en cuyo caso la acción se da, *quod cum magistro eius gestum erit*, contra el titular de la potestad⁹¹. Lo mismo aparece en D.14,1,1,20⁹² que, después de referirse al *exercitor in potestate*, que ejerce sus funciones con la *voluntas* del titular de la potestad, pero sin existir una *praepositio* propiamente dicha, y que obliga al principal por la *actio exercitoria* al ser la navegación de suma utilidad pública, dice que no ocurre lo mismo cuando el negocio es terrestre donde, si no hay *praepositio*, se aplica como máximo el régimen de la *vocatio in tributum* con la correspondiente *actio tributoria* que se da a aquéllos *qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur*. Ahora bien, surge una duda

91. D.14,1,1,19: *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.*

92. D.14,1,1,20: *Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exercent, ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur, sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi involentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem, et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.*

a Ulpiano y es la de si podría darse, contra el titular del *exercitor in potestate*, la acción *in solidum* cuando el patrón había actuado con conocimiento del dueño pero sin su consentimiento. Y el jurista replica a continuación diciendo que es mejor la interpretación restrictiva y que, en el caso de simple conocimiento, es más oportuno el régimen de la *tributio*. Pomponio nos da, finalmente, la regla general en relación con los negocios marítimos: *si quidem voluntate gerat*, si hay *praepositio*, se da la acción por el todo; si no la hay, la responsabilidad es en la medida del peculio.

El patrón de la nave no suele ser, sin embargo, el propio *exercitor* sino el *magister navis*, que es un representante suyo en los negocios de la empresa naviera, principalmente el transporte. El *magister* debía contratar los servicios técnicos del *gubernator* e incurría en responsabilidad por los daños que se produjeran por no haberlo hecho así. La función del *gubernator* era la de responsable técnico de la navegación, aunque quizás en los barcos pequeños una misma persona asumiera ambas funciones⁹³. El *magister navis* debió de ser originariamente un sometido del naviero y después incluso un *sui iuris*; esto resulta del desarrollo de la economía romana que va desde supuestos familiares a formas más evolucionadas⁹⁴.

El pretor crearía la acción *exercitoria* para satisfacer las necesidades derivadas del tráfico marítimo, probablemente a fines del s. II a. de C. o principios del s. I (v. supra § 1,2).

Gayo (4,71) nos permite conocer con bastante exactitud el contenido del edicto:

Exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quod cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit, gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum in solidum actionem dari; quin etiam licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in cum redditur.

93. C. M. MOSCHETTI, *Il gubernator navis. Contributo alla storia del Diritto marittimo romano* en *Riv. Dir. Nav.* 30 (1964) 172-253.

94. W. KUNKEL, *Derecho privado romano* cit., p. 381, n. 2, se manifiesta en contra de esta opinión, por lo demás sostenida por Jörs en la primera edición de la obra alemana.

Sobre este texto y otros testimonios de las fuentes, principalmente del libro 28 *ad ed.* de Ulpiano, Lenel reconstruye así el tenor del edicto: *Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine cui ibi praepositus fuerit, in eum qui eam navem exercuerit iudicium dabo.*

Respecto a la fórmula tenemos muy pocos datos, y los que hay señalan únicamente que se daba *ex persona magistri*. Por eso la *intentio* se basaba en la obligación del *magister* y, con tal motivo, se explica que Paulo subraye que el pretor, al introducir la *actio exercitoria*, no haya querido excluir la acción contra el propio *magister*. En lo que se refiere al resto de la fórmula, dice Lenel que son aplicables las mismas consideraciones que respecto a la *actio institoria* y a la *actio de peculio*⁹⁵.

3. *Actio institoria.*

El *institor* es aquella persona que ha sido *praepositus* por el propietario de un establecimiento mercantil terrestre en el ejercicio del mismo o de un ramo, o bien para la realización de un determinado negocio. El ámbito de la actividad del *institor* es muy amplio pudiendo ser *praepositus* en el ejercicio de actividades comerciales de muy diversa naturaleza (...*nec multum facit tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi*): *institor* es, por ejemplo, tanto el llamado para dirigir una tienda como el encargado de un comercio ambulante, si bien el sentido originario del término debió de concretarse a la persona que tenía un lugar físico para llevar a cabo su actividad (v. § 2,1 a).

Los textos precisan qué se entiende por *institor*, no mediante una definición sino con una enumeración casuística de aquellas personas en las que se reconoce esta cualidad. De esta forma, son *institores* los hombres honrados a los que se entregan mercancías para que las vendan por las casas, ya que el lugar donde se puede comprar o vender las mercancías no modifica la clase de acción, si consta de cualquier otro modo que el factor compró o vendió: D.14,3,4...

95. Cfr. LENEL *EP*, p. 257 ss.—V. además supra § 1,3, lo que se dice genéricamente a propósito de las fórmulas de estas acciones.

cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant, nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendisse.

El *institor* podía ser hombre o mujer, libre o esclavo, tanto del principal como ajeno (D.14,3,7,1); en tanto originariamente es siempre un sometido del principal, en una segunda época puede serlo también un extraño no sometido a su potestad (Gayo 4,71).

Cuando el *institor*, en el desarrollo de su actividad mercantil, celebra negocios jurídicos asumiendo obligaciones respecto a terceros, los acreedores tienen la facultad de elegir: o bien demandar *ex negotio* al *praepositus* (si no era esclavo) o bien al principal con la acción adyecticia. La responsabilidad del principal sólo tiene lugar si el factor ha actuado en el ámbito de la *condicio praepositionis* (D.14,3,5,11), es decir, dentro de los límites de su apoderamiento: si éstos son traspasados, no hay responsabilidad del principal.

Del comentario de Ulpiano deduce Lenel⁹⁶ que el edicto debía expresarse así:

Quod cum institore gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit, in eum qui eum praeposuerit iudicium dabo.

La fórmula debía ser, según el mismo autor:

Quod AsAs de Lucio Titio, cum is a N°N° tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Lucium Titium A°A° dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNm A°A° c.s.n.p.a. (97).

Y una *intentio* de una *condictio institoria* podría imaginarse así: *Si paret Lucium Titium qui a NoNo tabernae instructae praepositus est (o erat) eius rei nomine AoAo HS X milia dare oportere.*

96. LENEL, o. c., p. 258.

97. LENEL, o. c., p. 263. El mismo autor la reconstruía en la anterior edición de su obra (i. e. la traducción francesa que revisó Lenel) así: *Quod As As de Lucio Titio, cum is a NoNo tabernae instructae praepositus esset decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a NoNo ibi praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium AoAo dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNm AoAo c.s.n.p.a.*

4. *Comparación de las acciones exercitoria e institoria.*

(i) Analogías. La *actio institoria* se da contra el principal, contra el *qui negotiationem exercet*, y la definición de éste corresponde de hecho a la del *exercitor navis*. En segundo lugar, las acciones se dan en virtud de los negocios celebrados por el *praepositus* dentro de los límites de su *praepositio*.

(ii) Diferencias. Cuando el *exercitor* es una persona *in potestate* se puede intentar la acción contra su *pater familias* (D.14,1, 1,19 y 20), pero respecto al factor no se encuentra nada parecido. Por regla general, el *magister navis* puede, en los límites de su *praepositio*, ser sustituido por otra persona⁹⁸. Por el contrario, el *institor* no puede, salvo convenio especial, ser sustituido.

(iii) Diferencias de aplicación. La *actio exercitoria* suponía una actividad de navegación marítima. Los términos del edicto sobre la *institoria* son más amplios: ésta se aplicaba no sólo por actividades puramente comerciales o industriales sino también por empresas de alquiler de viviendas, de terrenos, por ejercicio de profesiones y por los oficios más diversos⁹⁹.

5. *Actio ad exemplum institoriae.*

Dentro del ámbito de las acciones adiecticias es esta la cuestión que ha motivado una literatura más abundante: Albertario¹⁰⁰ creyó que la aplicación de la *actio institoria* al caso del *procurator* constituía una extensión realizada por los compiladores justinianos; Carrelli¹⁰¹ admite en lo sustancial la tesis interpolacionista de Albertario, si bien sostiene que Papiniano hablaría de la posibilidad por parte de un tercero, que hubiese contratado con el mandatario, de hacer que éste le cediera la *actio mandati contraria* para utilizarla contra el mandante directamente. La mayor parte de la doc-

98. D.14,1,1,5. En contra de la clasicidad del texto v. F. DE MARTINO, en *NNDI*, s. v. "*exercitor*".

99. Sobre todo este tema puede verse con provecho P. HUVELIN, *Études cit.*, p. 166-168.

100. ALBERTARIO, *Actio quasi instit.* cit., p. 189 ss.

101. CARRELLI, o. c., p. 143 ss.

trina, sin embargo, se inclina por atribuir la innovación a Papiniano; en tal sentido hay que mencionar la opinión de Rabel, quizá la más sugestiva de todas, y que denomina precisamente a la *actio ad exemplum institoriae* "papel honroso" ("Ruhmesblatt") de Papiniano¹⁰², limitándola al supuesto de la actividad realizada por el *procurator omnium honorum*. También Solazzi¹⁰³ que la circunscribe al supuesto del mandato. Posteriormente, Kreller¹⁰⁴, el cual, aún admitiendo la genuinidad de las fuentes que afirman la extensión papiniana de la *actio institoria*, distingue según que el principal haya concedido una autorización para contratar directamente, lo que constituiría una verdadera *praepositio*, o bien que haya dado un mandato puramente interno al *procurator*. En el primer caso, se habría otorgado al tercero contratante la *actio institoria*, extendida como *utilis*, contra el principal; en el segundo, Papiniano habría introducido una nueva acción con una fórmula basada en la *actio institoria* (y, por lo tanto, llamada *ad exemplum institoriae*) pero independiente de ésta en cuanto a los presupuestos de hecho.

Por último, Burdese ha tratado esta cuestión¹⁰⁵ estimando que la creación de Papiniano no llevó consigo una generalización a todo caso de procuraduría o de mandato, sino que se ha limitado a hacerlo en un ámbito concreto, cuando a hacerlo en un ámbito concreto, cuando concurría un poder y un mandato específico que fuera conocido (o cognoscible) por el tercero contratante.

Hemos visto ya en otras sedes¹⁰⁶ que algún sector doctrinal estimaba que debían de referirse a la *actio ad exemplum institoriae* (llamada *quasi-institoria* por los postclásicos) y que en realidad no era así. En cambio, los pasajes del Digesto que se refieren a tal acción son: Pap., D.3,5,30 pr.; Pap., D.14,3,19 pr.; Ulp., D.17,1,10,5 (que cita a Pap.); Ulp., D.19,1,13,25 (que también cita a Pap.). Es

102. RABEL, o. c., p. 3-25.

103. SOLAZZI, o. c.

104. H. KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis* en *Festschrift für Leopold Wenger* II, p. 73 ss.

105. A. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* en *Atti della Accademia delle Scienze di Torino* 84 (1949/50) 21 ss.

106. P. ej., D.14,3,5,8 (en § 2,1,c), D.14,3,13 pr. (*eodem*) y D. 14,3,16 (*eodem*).

evidente que, por los límites que nos hemos señalado en nuestro trabajo, no podemos entrar aquí en el estudio de este problema, tan abundantemente tratado por la doctrina. Quizá se pueda observar que, efectivamente, esta acción debió de ser creada por Papiniano para admitir la representación directa por cualquier administrador de un patrimonio ajeno, pero que probablemente tenía la naturaleza de una acción de *cognitio extra ordinem*, pues a partir de la compilación edictal (i. e. de Adriano) no debieron de nacer nuevas acciones¹⁰⁷ y probablemente el jurista se apoyaba en otras creaciones del mismo tipo.

§ 3. EL EDICTO “QUOD CUM EO”

Dig. 14,5: *QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM ESSE DICETUR.*

En este edicto se examina el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia emancipados, desheredados o que utilizan el *ius abstinendi*.

Lenel¹⁰⁸ cree que el edicto *triplex* (D.15,1,1,1), *de peculio vel de in rem verso* y *quod iussu*, al que se debía unir el edicto sobre la acción anual *de peculio*, aparecía en cabeza del título bajo la rúbrica antes mencionada y que la cláusula sobre el beneficio de competencia no debía de ser más que una especie de apéndice del mismo. Se apoya en que tal epigrafe tiene en el Digesto el carácter de una introducción general y que en el título 14,5 sólo se comenta con amplitud la cláusula referente al beneficio de competencia.

El primer texto del título (D.14,5,1) es muy extraño, pues no se trata en ningún lugar de esta cláusula, sino que nos da el contenido del *edictum triplex* relacionándolo en cierto modo con los

107. V. atisbos de estas ideas en S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem e il suo influsso sul ius civile* en *Mélanges Cornil II*, p. 375 ss. y *Cognitio extra-ordinem. Nozione e caratteri del ius novum* en *RIDA 3* (1949) 277 s. V., más decididamente, A. D'ORS, *La signification de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du Droit Romain* en *Les Empereurs romains de l'Espagne* (Paris, 1965), p. 147 y 157.

108. LENEL, *EP*, p. 273 s.

anteriores, es decir, con los referentes a las acciones *institoria*, *exercitoria* y *tributoria*. Además, no aparece, en este primer fragmento, como es tradicional, la mención del edicto ¹⁰⁹.

Lenel ¹¹⁰ cree también confirmada su hipótesis por D.15,1,1 pr.-1, cuya introducción debía ser una paráfrasis:

Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. (1) Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio.

y dice que el jurista no se había expresado de esta forma si entre los edictos *de exercitoria*, *de institoria* y *de tributoria actione* y el *edictum triplex* hubiese contenido el Album alguna otra cláusula. Además, las palabras: *sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit*, contemplan el contenido del edicto *triplex*, y lo mismo ocurre con la rúbrica del Código de Justiniano (4,26): *Quod cum eo qui in aliena potestate negotium gestum esse dicetur vel peculio seu quod iussu aut de in rem verso*.

El edicto correspondiente debería ser, según la reconstrucción hipotética de Lenel apoyada en D.14,5,2 pr.:

In eum qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinerit se hereditate eius, cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate fuerit contraxerit sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.

109. BESELER, *Beiträge* 3,99 dice que es una paráfrasis y que KNIEP, *Gaius*, p. 186 ss., cree, sin razón, que en el Edicto provincial, las acciones *de peculio vel de in rem verso* estaban separadas una de otra. De la misma opinión es LENEL, o. c., p. 274. En cambio, RICCOBONO, *Dal Diritto romano* cit., p. 408, n. 3, dice que el texto "sembra immacolato".

110. LENEL, *EP*, p. 278 s.

De esta cláusula, en opinión del mismo autor¹¹¹, no derivaría en cambio ninguna fórmula especial, puesto que sólo se trataba de un complemento de la *condemnatio*.

La opinión de Lenel, a pesar de su autoridad, no nos parece absolutamente convincente, aunque no pretendemos decidir la cuestión de si la rúbrica *quod cum eo...* debía ser o no el título general del *edictum triplex*. Ajustándonos a la realidad de los textos, es indudable que el título 5 del libro 14 se refiere al beneficio de competencia. También es claro que en este título hay textos que no se refieren a tal cuestión, como es el sospechoso D.14,5,1 que proviene del libro 9 de Gayo comentando el edicto provincial¹¹² D.14,5,4,5 y D.14,5,8.

D.14,5,4,5 se refiere a que el que demandó con la *actio de peculio* pudiendo hacerlo con la *actio quod iussu*, no puede ejercitar luego esta acción salvo que haya demandado así por error:

Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.

D.14,5,8 contiene una acción de *cognitio extra ordinem* (de la que se habla en el § 6 a propósito de la *condictio* como acción básica de la responsabilidad adyecticia). Lo más probable es que este texto —de Paulo, 1 *decret.*— figurase como una cita en el anterior de Cervidio Escévola —1 *respons.*— y que los compiladores lo hayan situado a continuación, aunque no tuviera nada que ver con el correspondiente texto anterior, como no es infrecuente¹¹³.

Lo que parece claro es que el título *quod cum eo* no crea ninguna acción pretoria, sino que da la acción civil, que procede contra

111. LENEL, l. c.

112. V. sobre la cuestión, F. von VELSEN, *Das Edictum provinciale des Gaius*, en *SZ* 21 (1900), 139 ss.; W. W. BUCKLAND, en *RHD* 13 (1934), 81 ss.; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (1937), p. 296.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana* III (s. a.), p. 99 ss.

113. V. sobre el texto, además de los trabajos que se citan a propósito en el § 6, A. A. SCHILLER, *The jurists and the praefects of Rome*, en *RIDA* 3 (1949), 345, y E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar 1956), p. 60 ss.

el rijo desde mediados del siglo I a. C., con la limitación del *id quod facere potest*, es decir, concretando la condena a los bienes actuales del hijo y excluyendo naturalmente los futuros. El que este edicto se refiere a la acción civil y no a la pretoria se explica por la expresión *actionem causa cognita dabo* (D.14,5,2 pr.) en lugar de *iudicium dabo*: la acción civil estaba ya reconocida y el pretor lo único que hace es introducir el beneficio de competencia en la *condemnatio* ¹¹⁴.

El edicto se contiene, como hemos visto, en D.14,5,2 pr., sobre el cual se funda la reconstrucción de Lenel ¹¹⁵. De este texto se desprende que, si el hijo hereda de su padre, la acción básica que deriva de los negocios por él realizados se dará contra él directamente, *in solidum*. En cambio, si el hijo no hereda de su padre, la acción se da con beneficio de competencia ¹¹⁶. Resulta entonces claro que el edicto se da a raíz del reconocimiento de la capacidad de obligarse de los hijos de familia, lo mismo que la excepción del SC Macedonio presupone también esta capacidad y de ella trata el Digesto, precisamente en el título siguiente.

El beneficio de competencia concedido al emancipado se justifica precisamente por el hecho de no recibir bienes familiares con qué satisfacer *in solidum* las deudas contraídas por él antes de la emancipación, y por eso debía excluirse en caso de haber heredado algo *ex testamento* o de haber pedido la *bonorum possessio (unde liberi)* a falta de testamento. Estas circunstancias debían apreciarse en la *causae cognitio* previa a la *datio actionis*. Pero este edicto es

114. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, en *Festschrift Schulz II* (1952), 51, n. 14, incluye este caso entre aquéllos en los que *actionem dare* equivale a *iudicium dare*; cfr. del mismo autor *ZPR*, p. 218, n. 18, donde duda por no pensar en aquel momento que se trata de la acción civil sin más modificaciones que la del *in id quod facere potest*.

115. L. c.; O. GRADENWITZ, *Zur Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, en *SZ* 8 (1887), 259, estima interpolada la expresión *in cuius potestate erit* y propone que sea sustituida por *parentis* o por *patris familias*. Pero quizá pueda eliminarse el obstáculo *erit* en lugar de *fuert* si se lee con Lenel en base a C.4,26,2 (*fuit*), *fuert*. También E. SECKEL, *Handlexicon* cit., habla de la misma interpolación.

116. En tal sentido, GLÜCK, *Pandette*, libro 15, p. 99.

anterior al momento en que se ofreció la *bonorum possessio* al emancipado y, por eso, no prevee tal supuesto.

§ 4. ACCIONES NO MERCANTILES

1. *Actio de peculio*.

a) Generalidades.—La incapacidad patrimonial de esclavos e hijos de familia venía a excluirles de hecho del tráfico jurídico y esto suponía una situación perjudicial en una época en la que las grandes conquistas habían supuesto un cambio total en la economía y costumbres romanas. La concesión del peculio, en cuanto que podía servir para la gestión de los bienes del *pater*, le reportaba a éste más ventajas que una simple *praepositio*. En efecto, el sometido actuaba bajo el estímulo de obtener una ganancia personal y el titular se evitaba las molestias de una vigilancia sobre la actividad del sometido que concurrirían en el supuesto de la *praepositio* y, además, limitaba su eventual responsabilidad. Pero, en su empleo ordinario, el peculio no excluía la *praepositio* sino que era su complemento necesario. Cuando el *praepositus* era un *alieni iuris* los terceros, sin la *actio de peculio*, se encontrarían muchas veces desamparados, p. ej., cuando un negocio se había hecho fuera de los límites de la *praepositio*¹¹⁷. La *actio de peculio* tenía pues, a partir de su introducción, el carácter de una acción general de naturaleza no mercantil. Se otorgaba en virtud de los negocios del que se hallaba *in potestate*, a falta de *praepositio* o de un *iussum* que serían los supuestos menos frecuentes, como lo prueba la menor extensión de los títulos 1 y 3 del libro 14, en relación con el 1 del libro 15. La condena del padre aparecía limitada al importe del peculio (*dumtaxat de peculio*), pero esto no significa que la condena tuviera que concretarse a los objetos del peculio, sino que el padre o dueño respondían con todo su patrimonio pero sólo hasta el límite que representaba el valor del peculio al tiempo de la sentencia. Por la *actio de peculio* debían de satisfacerse los créditos hasta donde alcanzara el activo del peculio, según el orden en que recla-

117. MICOLIER, *Pécule*, p. 63 ss.

maban los acreedores, de manera que los que se presentaban después de agotado el peculio no cobraban.

Este funcionamiento de la *actio de peculio* se acredita, p. ej., cuando a causa de una compra realizada por el esclavo el dueño consiguió el doble del precio por virtud de evicción; esta cantidad pasará a integrar el peculio del esclavo, a no ser que el dueño se oponga a esto: D.15,1,7,6.

Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi (118).

Cuando el dueño permite al *servus ordinarius* que compre un *vicarius* por ocho áureos, pero el precio auténtico han sido diez, de los que dos los puso el ordinario de su bolsillo, sólo éstos se pagan al vendedor del peculio del esclavo: D.15,1,37,1.

Si servo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille decem emerit et tibi scripserit se octo emisse tuque ei permiseris eos octo ex tua pecunia solvere et is decem solverit, hoc nomine duos aureos tantum vindicabis, sed hi venditori praestabuntur dumtaxat de peculio servi.

b) *Deductio peculii*.—Hemos visto ya, al tratar de las acciones mercantiles, cómo la *praepositio* y sus límites constituían el punto fundamental al que se refería mayormente la casuística de las fuentes; pues bien, lo mismo ocurre en el caso de la *deductio* de los créditos y deudas recíprocas existentes entre el jefe y su hijo o esclavo, puesto que, para fijar la condena en la medida del peculio, se hacía previamente computación de todo lo que el padre o dueño

118. El texto está probablemente interpolado (BUCKLAND, *Slavery*, p. 685). BESELER (*Beiträge* 3, 196) sólo estima válido *si ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum*. Quizá de estas correcciones la única justificada sea la supresión de *nisi...*—En opinión de MICOLIER (*Pécule*, p. 161, n. 38), el crédito contra el tercero, que se ha extinguido por el pago, ha cedido el lugar a un crédito natural contra el dueño, crédito que le ha sido subrogado.

hubiera detraído del peculio y de las deudas contraídas por él frente a su hijo o esclavo; inversamente, se deducían los débitos naturales de los sometidos. A esta *deductio* es a la que se refieren los casos que se presentan a los juristas y, por esta razón, no debe sorprender que a continuación tratemos de supuestos que contienen también una referencia, aunque accesoria, a las relaciones básicas.

Así, p. ej., D.15,1,11,1 se refiere al esclavo que hace novación al dueño a favor de un deudor de éste: esta obligación natural se deduce del peculio. Lo mismo ocurre cuando el esclavo se hubiese hecho deudor de algo a cambio de la manumisión y luego hubiese novado esta obligación natural; en ese caso, la *deductio peculii* se hace si se demanda al dueño con la *actio de peculio* por cualquier otra causa después de manumitido el esclavo:

Sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit, quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat. idem est et si pro libertate quid domino expromisit, quasi debitor domino sit effectus, sed ita demum, si manumisso eo agatur.

D.15,1,56 dice:

Quod servus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet et a debitore nihil minus debetur. sed videamus, ne credendum sit peculiare fieri nomen eius, pro quo expromissum est. Paulus: utique si de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

El texto se refiere a que si el esclavo ha prometido a su dueño lo mismo que a éste debía un deudor, esto debe deducirse del peculio, pues el esclavo se obligó *naturaliter* y esta cantidad se compensa, si bien el deudor continúa debiéndola. El crédito prometido por el esclavo se hace peculiar cuando el dueño, al ser demandado por un tercero con la *actio de peculio*, lo deduce a efectos de determinar el activo de tal patrimonio. En todo caso, el texto trata sencillamente de las compensaciones de cuentas interfamiliares por las obligaciones naturales contraídas a efectos de la *deductio peculii*.

Refiriéndose a la *condictio* como acción básica tenemos D.15,1,9.8:

Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est iussu domini: nam hoc deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit: alioquin secum debebit compensare. sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam domino absit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, si quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut medii temporis interurium magis creditor consequatur. sed si de peculio conventus dominus condemnatus est, debet de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus vel pater iudicati teneri: nam et si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret.

Este texto tiene tres partes. En la primera se trata de un préstamo directo al amo que se aplica a gastos del peculio; entonces se dice, siguiendo a Juliano, que el amo puede deducir esta cantidad en que se obliga del peculio: siempre que no haya revertido en su patrimonio no peculiar algo de la cantidad prestada, en cuyo caso, esta cantidad que ha revertido en propio interés del amo no se puede deducir del peculio y se debe compensar con el crédito natural del dueño contra el peculio. Y de ahí que pueda decirse lo mismo en el caso de obligación por *fideiussio*, es decir, en el caso en que el amo se haya obligado como fiador de su esclavo, si bien es posible que el texto de Ulpiano no hablara de *fideiussio* sino de *sponsio*. La segunda parte del texto se refiere a una opinión de Marcelo en relación con lo anterior. Dice que no es necesario deducir del peculio la cantidad en que se obliga el amo sino en el caso de que se haya producido un pago, es decir, de que el amo haya perdido algo a causa del peculio, pero no desde el primer momento en que contrae la obligación sino desde el momento en que aquella cantidad sale de su propio patrimonio (*si... absit*). En tanto no ha salido del patrimonio conjunto del padre, es decir, en tanto éste no ha pagado, no hace falta hacer la deducción sino que es mejor que el acreedor dé caución de que, en el caso de que se reclame al padre, él, el acreedor que cobró, devolverá lo cobrado aunque pueda retener los intereses del tiempo en que ha utilizado

esa cantidad. Dicha solución es más ventajosa para los acreedores, porque les permite mediante la promesa estipulatoria de la caución, además con garantía de fiadores, el cobrar los intereses de la cantidad prestada. La tercera parte se refiere a que también se deben deducir del peculio aquellas cantidades que el amo ha pagado al ser demandado por una acción de peculio anterior, es decir, que todo lo que el amo paga por la acción de peculio se debe deducir del mismo a efectos de las reclamaciones *de peculio* ulteriores.

Gai., D.15,1,27,4, trata de un dueño que vende un esclavo con el que tiene cuentas pendientes. Gayo, siguiendo a Juliano, dice que no tiene, éste que vendió el esclavo, una acción de peculio para reclamar del que lo compra las cantidades que el esclavo le debía antes de la venta, cuando era su esclavo. La palabra *crediderit* podría hacer pensar que se trata de un préstamo que podía dar lugar a una acción de peculio, pero puede tratarse también del saldo a su favor que tenía contra el peculio del esclavo. Lo que hace el texto es negar que este crédito, favorable al dueño que vende, se puede reclamar del dueño que compra —el que ahora compra se hace dueño— mediante la acción de peculio:

Sed ipsi, qui vendiderit servum, non putat Iulianus de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum.

Una hipótesis similar se contiene en D.15,1,27,5, aunque es más compleja:

Sed et si alieno credidero eumque redemero, deinde alienavero, aequo non putat mihi in emptorem dari debere iudicium.

Se trata de que una persona presta dinero a un esclavo ajeno; después de haber hecho este préstamo que no ha cobrado compra al esclavo y, después de haber adquirido su propiedad, lo vende a otra persona y se niega la acción —*de peculio*, aunque no se diga *expresis verbis*— contra este último comprador por la cantidad que prestó el vendedor a este esclavo antes de haberlo comprado él a su vez. Efectivamente, aquí nos encontramos con un préstamo en el comienzo, puesto que se trata de un esclavo ajeno, y con una

acción que suponemos que es la *actio de peculio*; aunque se niega su aplicación, se especula con la idea de una *actio de peculio*, pero no hay que olvidar la etapa intermedia, es decir, el momento en el cual este esclavo ha ingresado en el patrimonio del que prestó el dinero y, entonces, la cuestión que hay que plantear es ésta: ¿cómo es posible que se presente este problema de la restitución del dinero, de la cantidad prestada, sin mencionar al antiguo dueño de este esclavo que fue quien realmente hubiera debido quedar obligado por el préstamo de su esclavo? Entonces, la contestación es porque faltaba el *iussum*, es decir, que esta cantidad prestada al esclavo ajeno se hizo sin el *iussum* del amo, y sin él, el amo no puede quedar obligado. Por tanto, este préstamo sin autorización del dueño obligaba al esclavo sólo *naturaliter*. El acreedor, al mismo tiempo, ahora dueño, puede deducir el crédito natural que tiene contra el esclavo ahora suyo; por tanto, estamos ante el mismo supuesto del párrafo anterior, un caso de saldo pendiente entre el esclavo y su propio amo. El podía haber deducido o retirado del peculio del esclavo esta cantidad pero no lo ha hecho: ha vendido al esclavo y ahora se le ocurre reclamar aquella cantidad que no dedujo del peculio por la razón que fuera; entonces se llega a la acción, es decir, que lo que empezó siendo una obligación natural no se puede convertir ahora en una obligación pretoria por la *actio de peculio* sino que sigue siendo una obligación natural.

Si un dueño apunta en sus cuentas que él debe al esclavo, pero en realidad ni recibió nada en préstamo ni ha precedido ninguna causa de deuda, la mera anotación no le constituye en deudor precisamente porque no existe la posibilidad en el *ius civile* de que nazca una deuda por simple anotación: Pomp., D.15,1,49,2:

Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

Otro texto muy sugestivo es Afric., D.15,1,38,3: el vendedor del esclavo presta una cantidad a éste y se plantea el problema de si se dará la *condictio de peculio* contra el comprador, deduciendo la parte de los bienes que quedaron en poder del vendedor.

Y Juliano dice claramente que no, siendo igual que el vendedor ejercite la acción dentro del año como después, puesto que tampoco se da acción contra éste a los demás acreedores que tuviera el esclavo después de la venta. Por el contrario, si demandan al vendedor los que hubiesen contratado con el esclavo antes de ser vendido, aquél no podrá deducir lo que el esclavo hubiera empezado posteriormente a deberle. El problema, por tanto, es también el de si el peculio con el que se ha quedado el vendedor debe computarse o no a efectos de la acción. Juliano lo niega considerando que las relaciones anteriores a la venta y las posteriores son incomunicables:

Servo quem tibi vendideram pecuniam credidi: quaesitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. quod quidem minime verum est, nec intererit, intra annum quam vendiderim an postea experiar: nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.

c) Cláusula *de in rem verso*.—Como veremos más adelante, con la misma fórmula procesal que la de la *actio de peculio* podía realizarse otro supuesto de responsabilidad adiecticia: *de in rem verso*. En virtud de esta cláusula el padre respondía por el negocio concluido por el hijo o esclavo en la medida en que su patrimonio hubiera experimentado incremento por efecto de tal negocio. Aquí, lo mismo que ocurría con la *praepositio* y con la *deductio peculii*, la preocupación de los juristas, reflejada en los pasajes que se refieren a la cláusula *de in rem verso*, estriba en determinar cuándo el acto del sometido ha producido esa mejora en el patrimonio del jefe, que puede ser positiva, cuando se da un aumento efectivo, o negativa, cuando se evita un desembolso.

Ulpiano confirma la existencia de esta norma explicando cuáles son los derechos de los acreedores, el que ha prestado el dinero y el que ha vendido los trajes, cuando el esclavo ha comprado trajes a crédito y no ha podido pagarlos; afirma, en efecto, que el dueño

se obliga respecto al vendedor de los trajes porque éstos han ido a parar a su patrimonio:

D.15,3,3,10:

Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum et si vestis perierit: si autem non fuit pretium sortum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. an et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis perierit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

El jurista presenta el caso como problemático por la concurrencia del que prestó y del vendedor. En efecto, el dueño se obliga por la *in rem versio* cuando el esclavo ha perdido el dinero que debía servir para pagar el precio de sus vestidos. Si el esclavo hubiera cometido una falta el dueño no se obligaría más que en la medida del enriquecimiento efectivo (D.15,3,16)¹¹⁹.

La consecuencia será que, tanto el que prestó como el vendedor de los vestidos, dispondrán de la *actio de in rem verso*, problema que se resuelve con Gayo en D.15,3,4:

Sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquam est.

Más complicado es D.15,3,10,4 y 5:

In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est: proinde si pars versa est, de parte erit actio. Sed utrum

119. Parece cierta la interpolación del pasaje; en efecto, Ulpiano declara, en primer lugar, que el esclavo ha perdido el dinero después de haber comprado los vestidos; luego, sin haber resuelto el problema de los respectivos derechos del acreedor y del vendedor de los trajes, supone que el esclavo ha pagado a éste. A continuación vuelve a la primera hipótesis y se limita a desarrollarla; parece, pues, que el pasaje *puto autem... etsi vestis perierit* ha sido añadido bastante después: cfr. GAY, *In rem versum*, p. 196, n. 55.

in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto digestorum scribit dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Se plantea en este texto el problema de si el dueño se obliga solamente por la cantidad que ha revertido en su patrimonio o también por los intereses de la misma. Marcelo nos dice que si el esclavo prometió intereses deberá pagarlos su dueño por la *actio de peculio*, pero que si no se hubieran prometido, no se deberán, pues no fueron comprendidos en la estipulación. Si, en consideración al dueño del negocio, un tercero dio una cantidad al esclavo no siendo éste gestor de los negocios del dueño sino actuando como gestor él mismo, el dueño dispone de la acción de gestión de negocios también para reclamar los intereses (se entiende, con la *actio in ius*)¹²⁰.

Lo verdaderamente importante es la primera parte del fragmento, donde se habla de una promesa estipulatoria de intereses realizada por un esclavo. ¿Qué explicación tiene este período? La promesa del esclavo no es aislada sino que aparece conexas con otro negocio que, en nuestro caso, es un mutuo que probablemente se habría concedido por la presencia del *iussum*. La promesa del esclavo tendría un efecto puramente natural siempre y cuando estuviera aislada porque, como veremos, en la medida en que las promesas estipulatorias no tienen causa, no pueden afectar al dueño del esclavo que las ha realizado (sobre las promesas estipulatorias como relaciones básicas, v. § 6, 2).

120. La última parte del texto: *plane - i. f.* es un tanto extraña, porque en ella interviene un nuevo sujeto, que es el gestor de los negocios del dueño y que es quien da el dinero al esclavo: precisamente, en base a esta entrega, hace luego la reclamación de los intereses mediante la *actio negotiorum gestorum*. E. RABEL (*Negotium alienum und animus*, en *Studi Bonfante* 4, p. 290 s.) considera interpolada la mención *contemplatione domini*, pues es un reflejo de la obra de los compiladores para quienes la intención del gestor, de obrar en favor de otro, adquiere mayor importancia. Pero esta última parte del texto no interesa a nuestro estudio.

El provecho se entiende obtenido cuando lo que recibió el esclavo ha producido un aumento en el patrimonio del dueño, por ejemplo, si paga a un acreedor del dueño con el dinero que ha recibido en préstamo de otro, porque de esta forma le evitó un desembolso. O si el esclavo toma dinero prestado para comprar trigo para alimentar a los esclavos del dueño, pero, en este caso, el esclavo ha de actuar como gestor o administrador de las cosas del dueño. Si la cantidad recibida en préstamo para el peculio revertió luego en provecho del dueño, es procedente la *actio de in rem verso*: D.15,3,3,1:

In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpsit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem versum esse Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebit repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

Si creemos a Ulpiano, también Labeón habría declarado que había *in rem versio* cuando el esclavo había recibido dinero en préstamo y lo había empleado para comprar cosas superfluas, desde el momento en que actuaba de acuerdo con la voluntad de su padre: D.15,3,3,6:

Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus sumministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini.

Esta solución es la misma que la que adopta Ulpiano cuando afirma que los gastos de lujo del *alieni iuris* respecto a su dueño

obligan a éste *de in rem verso* sólo si dio un mandato expreso o ha manifestado su voluntad: D.15,3,3,4:

Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse factururus non esset, quid ergo est? pati debet dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.

También es interesante D.15,3,20 pr.: se trata de un padre que había prometido una dote a su hija y se había obligado a alimentarla. Pero incumplió esta segunda promesa y la hija falleció durante el matrimonio. Cervidio Escévola explica que el incumplimiento del padre había obligado a la hija a pedir un préstamo a su marido y declara que si lo prestado se gastó en lo que era necesario para ella y para sostener los esclavos paternos, procede la acción útil de provecho obtenido contra el padre:

Pater pro filia dotem promisit et convenit, ut ipse filiam aleret: non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit et mortua est in matrimonio respondi, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

Este fragmento ha sido variamente interpretado por los romanistas¹²¹. La razón por la cual se da precisamente la *actio utilis* está, en opinión de Gay y de Niederländer, en que el deudor no es ni un *servus* ni un *filius* sino una *filia*¹²². Si estos autores se basan en la existencia de una ficción, también existía en el caso del esclavo. La especialidad que permite hablar de extensión a supuesto nuevo me parece que puede ser la de que aquí no hay una verdadera *versio in rem patris*, pues no se trataba de pagar una deuda del padre ya que los alimentos no habían sido pro-

121. Un elenco de las opiniones puede verse en GAY, *In rem versum*, p. 249-253.

122. H. NIEDERLÄNDER, recensión a la obra de GAY cit. en SZ 75 (1958), 415 ss.

metidos, sino simplemente pactados (*convenit*); este pacto no producía acción y, por eso, no se habla de ella.

Mucho más preciso que el texto anterior es D.15,3,21; en primer lugar, se aclara que la manutención de la hija debía estar a cargo de ella o de su padre; a continuación, se dan abundantes detalles sobre las razones por las que el marido le prestó dinero y sobre el empleo que hace la esposa del mismo. Por último, se menciona un litigio sobrevenido entre el padre de la esposa y el marido, después de la disolución del matrimonio, sobre las condiciones en las que la hija de familia ha utilizado el capital que se le había prestado en provecho del primer interesado:

Filiam familias duxit uxorem patre dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur: maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuste putaret patrem eius ministraturum tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat: eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat consumpsit, aliquatum et (cum ei res familiares creditae essent) ex pecunia mariti in easdem causas convertit: deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia: pater impensam recusat: maritus res mulieris retinet: quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

El texto, también diversamente interpretado, pone de relieve las diferentes masas de bienes que entran en juego: patrimonio del padre, del marido, patrimonio familiar en el que la mujer interviene y bienes administrados por la mujer¹²³. Lo fundamental es que la respuesta del jurista dice que procede la *actio de in rem verso utilis* por las mismas razones que en el supuesto anterior, cuando se trata de un préstamo necesario.

En el caso de que un hijo recibiese una cantidad en préstamo y la hubiera entregado en dote por su hija es procedente contra el padre la *actio de in rem verso*, siempre que el abuelo fuera a dotar a su nieta: D.15,3,7,5:

Si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte

123. Cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* cit., p. 23 s.

daturus fuit. quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens.

Probablemente la frase *quae sententia* - i. f. es interpolada porque contiene una referencia al *animus aliena negotia gerendi*.

Lo mismo ocurre si el esclavo hubiera tomado en préstamo una cantidad y la hubiera dado en dote en nombre de la hija de su dueño: D.15,3,8:

Et nihil interesse Pomponius ait, filiae suae nomine an sororis vel neptis ex altero filio natae dederit. idem ergo dicemus et si servus mutuatus fuerit et domini sui filiae nomine in dotem dederit.

Este supuesto es muy frecuente, como vemos en D.15.3.17 pr. Africano mantiene la *actio de in rem verso* aun después de haber desaparecido la *in rem versio* propiamente dicha, tanto en el caso del esclavo como en el del *procurator*, siempre que en ambos casos la cantidad se destinara a los negocios del dueño:

Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus cum domino de in rem verso agi existimavit, nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.

En el texto se equiparan las situaciones jurídicas del *servus* y la del *procurator*: pero se trata de un caso en el que la *versio in rem domini* no ha tenido lugar porque, después de haber recibido en préstamo, fue perdida. Sin embargo, Juliano entiende que la acción se da como si la *versio* hubiese tenido lugar, y, como argumento de analogía, se alude a un *procurator* a quien ha ocurrido lo mismo. Y es de considerar que se estiman igualmente competentes las dos acciones de mandato y de *negotiorum gestio* contra el *procurator*.

Según Ulpiano, si el esclavo debe al dueño una determinada cantidad de dinero y pide en préstamo a un tercero una suma igual para liberarse, no existe *in rem versio*. En el caso de que la deuda del esclavo sea inferior al total recibido, sólo se da *in rem versio* por la diferencia. Esta solución se extiende a la eventualidad de que el esclavo deudor del dueño utilice el dinero recibido en

préstamo para pagar a un acreedor de éste; la *actio de in rem verso* sólo se da en cuanto el pago excede a la deuda: D.15,3,10,7:

Si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. Proinde si, cum domino debet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem competere actionem: aut si tantundem debeat, nihil videtur versum. nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum: et ideo, sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum: idemque et si solverit ei. plus dicit et si tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum ¹²⁴.

d) La *actio annalis de peculio*.—Una vez extinguida la patria potestad o el dominio (por muerte del padre, emancipación del hijo o manumisión del esclavo) los acreedores podían ejercitar todavía durante un año la *actio de peculio* contra el padre o dueño, o el heredero en cuyo poder se hallase el peculio. Esto se desprende de Ulp., D.15,2,1 pr., donde se contiene el correspondiente edicto (v. infra letra e). También D.15,2,1,1. donde se dice que, mientras el hijo o esclavo está en potestad, la acción de peculio contra el padre no tiene límite de tiempo para su ejercicio; sin embargo, después de la muerte, de la enajenación o de la manumisión, la acción se convierte en temporal:

Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius vel postquam emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis ¹²⁵.

124. Sobre el texto v. GAY, o. c., p. 197-199.—Otros supuestos de *versio in rem* por préstamos, análogos a los ya contemplados, se encuentran en D.15,3,10,8; D.15,3,10,10; D.15,3,11; D.15,3,20,1; D.15,3,3,5; D.15,3,3,9; D.4,3,20 pr.; D.15,2,7,1.

125. V. F. HERNÁNDEZ TEJERO, *Perpetuus*, en *AHDE* 19 (1948-49), 599 s., donde se refiere al sentido limitado y condicionado del término *perpetuus* en este texto y en D.15,2,2 pr.

Cuando un esclavo está en poder de los enemigos, la *actio de peculio* contra el dueño no expira al pasar un año, en tanto pueda volver acogándose al *postliminium*: D.15,2,2,1:

Si servus cui creditum est apud hostes sit, de peculio actio in dominum non anno finienda est, quamdiu postliminio reverti potest.

e) Edicto y fórmula.—Esta acción, que quizá formaba parte del edicto llamado *triplex*, según la hipótesis de Lenel, y que debió de tener la rúbrica: *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium esse dicitur*, probablemente estaba reconocida en el siguiente edicto:

Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit, factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.

La cláusula *de in rem verso* se intercalaría en la *condemnatio* (la *intentio* era la misma de la *actio de peculio*) después de las palabras *quo minus peculii esset*, en una forma aproximada: *sive quid inde in rem eius, in cuius potestate erit, versum erit*¹²⁶.

La fórmula de la *actio de peculio*, que tiene hoy la acogida de la mayor parte de la doctrina, ha sido formulada por Keller y asumida sustancialmente por Lenel¹²⁷. La *intentio* de esta acción debía redactarse bajo el nombre del *alieni iuris* e indicaba el importe total del crédito, en tanto que el nombre del *pater*, lo mismo que las cláusulas *de peculio*, *de in rem verso* y *si quid dolo malo* (D.15,1,21 pr.-2) debían figurar en la *condemnatio*. Una de aquellas cláusulas debía desaparecer, y lo más probable es que la *actio de peculio* pudiera darse sin la cláusula relativa a la *in rem verso*. Sin embargo, Solazzi cree que, en época clásica, la *actio de in rem verso* no podía aparecer nunca aislada de la *actio de peculio*¹²⁸. Esta opinión de Solazzi es inadmisibles incluso desde un punto de vista lógico, pues el pretor no tendría que prescribir al juez que

126. LENEL, *EP.* p. 277.

127. LENEL, *EP.* p. 281-282.

128. SOLAZZI, *Scritti* I, p. 247 ss.; de nuevo, en *AG* 152-3 (1957), 3 ss., y al recensinar la obra de GAY, en *IVR.A* 8 (1957), 544.

investigara en torno a la existencia de un peculio cuando constara de antemano su inexistencia y el demandado no quisiera más que una condena en la medida del *versum in rem domini*¹²⁹. Ambas alternativas podrían darse aisladamente y no sólo la *actio de peculio*. Más recientemente, Gay¹³⁰ se pronuncia también en el sentido de la independencia en base a los testimonios de las fuentes.

Lenel reconstruía así una *actio de peculio* cuya relación básica era la acción del depósito:

Quod As As apud Stichum, qui in NiNi potestate est, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, AoAo dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex NmNm AoAo dumtaxat de peculio et si quid dolo malo NiNi factum est, quominus peculii esset, vel si quid in rem NiNi inde versum est, c.s. n.p.a.

Ulpiano nos informa sobre el edicto que otorgaba la *actio annalis* en D.15.2.1 pr.:

Praetor ait: 'Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo'.

El texto es incompleto, como observa Lenel¹³¹, y la frase *dolo malo eius in cuius potestate est* no es correcta; en lugar de *est*, debería de leerse *fuerit*. Por lo demás, este edicto debería contener el requisito de que, para que la acción fuese posible contra un antiguo jefe de familia o contra sus herederos, sería preciso que el peculio hubiera continuado en su poder, lo que se expresaría —en el edicto y en la fórmula— con *penes* (D.15,2,1,7: *et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit*), y así hay que pensar que prometía una acción *adversus eum quem peculium erit dolo malo eius factum erit quominus esset*.

129. MICOLIER, *Pécule*, p. 328; M. KASER, *recensión a SOLAZZI, Scritti I*, en *SZ* 73 (1956), 422.

130. O. c., p. 166 ss.

131. *EP*, p. 277.

Respecto a la fórmula, nos dice Lenel¹³² que no difería de la precedente más que en los dos siguientes extremos: la relación de *potestas* debía ser mencionada en la *demonstratio* como algo ya pasado. Cuando el esclavo había sido manumitido la ficción debía decir: *si tunc liber fuisset*; si había muerto, debía explicarse aproximadamente: *quidquid AoAo si apud liberum deposuisset, eo nomine dari fieri oporteret*. Por lo demás, la circunstancia de que el peculio estuviese *penes NmNm*, a la que estaba subordinada la *condemnatio*, debía explicarse en alguna parte, probablemente en la *condemnatio*, en donde las palabras *in potestate NiNi* podían ir seguidas de aquellas otras: *penes quem eius (Stichi) peculium est*. Por último, la *exceptio annalis*, que formaba un apéndice permanente, aparecía intercalada sin duda después de la cláusula *doli*.

2. *Iussum* y *actio quod iussu*.

El término *iussum* es un sustantivo neutro del verbo *iubere*, cuyos casos en singular, aparte del nominativo, no son utilizados; sí lo son, en cambio, los del plural, empleándose en singular (dativo y ablativo) las formas *iussui* y *iussu*, que pertenecen al sustantivo poco frecuente *iussus*¹³³. La etimología del verbo *iubere* y de *iussum* es poco segura¹³⁴, si bien parecen ser ambas formas secundarias de “*ius*”. La forma *iussio*, en cambio, es seguramente post-clásica y sospechosa de interpolación en el Digesto, a pesar de figurar en el compuesto clásico *fiediussio*¹³⁵.

El estudio del *iussum* como institución del *ius civile* se debe,

132. *EP.* p. 282 s.

133. Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*¹⁰ (Graz 1908), voz *iubere*. En idéntico sentido, A. STEINWENTER, voz “*iussum*”, en *RE.* volumen 10, 2 (1919), columna 1306. LEWIS-SHORT, *A latin dictionary*, voz *iussum* y *iussus*, p. 1019, dice, a propósito de *iussus*, -us, que solamente se utiliza en ablativo de singular, si bien esto no es exacto, pues la forma *iussui*, al menos en jurisprudencia, es bastante frecuente.—M. KASER, *RPR* I, p. 230, n. 32, dice que el sustantivo “*iussus*” no es latino.—Este mismo autor, l. c., n. 36, dice que sería de desear una nueva investigación sobre el tema del *iussum*.

134. A. STEINWENTER, o. c., col. 1307, y los autores que cita. En el mismo sentido se manifiesta A. PERNICE, *Labco. Römisches Privatrecht im ersten Jahrh. der Kaiserzeit* (Halle 1873), vol. 1, p. 504.

135. Cfr. HEUMANN-SECKEL, l. c.

sobre todo, a Pernice¹³⁶, que quiso aislar esta figura como ente particular en virtud del cual los efectos del acto querido por el *pater familias iubens* nacerían directamente en su persona, pudiendo ser demandado directamente con la acción civil, lo que vendría a suponer un complemento, a efectos de la representación directa, análogo a la *procuratio generalis*, si bien limitado a los *in potestate*, aunque el fundamento de su eficacia no radique en la relación de dependencia sino en la “autorización” notificada. Por eso, dice Pernice¹³⁷ que la “ficción está en que el contratante celebra el negocio jurídico en cierto modo con el mismo *iubens* y éste responde directamente ante él en concepto de deudor alternativo o, si se quiere, de deudor correal”.

Mitteis¹³⁸ objeta a Pernice que, en ese caso, no se comprendería la necesidad de crear la *actio quod iussu* y por ello sería más verosímil el procedimiento inverso, es decir, que la pretoria *actio quod iussu* habría sido acogida en el *ius civile*, pues se estimó que, si la responsabilidad del *iubens* era totalmente normal según el *ius honorarium*, sería muy probable que pudiera fundamentar un *oportere* civil.

Sin embargo, nos parece más digna de crédito la opinión de Pernice, pues el *iussum*¹³⁹ —aunque él no lo diga— debió de evolucionar: de aplicarse únicamente a los actos crediticios en los cuales se producía el efecto de la representación directa y, en tales casos, la *condictio* se daría directamente contra el jefe de la casa, a ser la base de la *actio quod iussu*, que probablemente es una creación labeoniana y que debió de surgir para los contratos de buena fe¹⁴⁰, como una acción pretoria, *in solidum*, con transposición de personas y que no suponía una obligación directa del jefe, pues en ella el hijo respondía en primer lugar, si bien se arbitraron medios

136. O. c., p. 504 ss. y 511 ss.

137. O. c., p. 506.

138. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, p. 207 ss.

139. Respecto al *iussum* en las adquisiciones, a través del *servus communis* y de la herencia deferida al hijo o esclavo ajeno, v. E. VALIÑO, *La capacidad de las personas in potestate en Derecho romano*, § 3,3, en *Rev. Der. Notarial* 57-58 (1967) 125-127.

140. D.15,4,1 pd.; D.15,4,1,1; D.15,4,1,; D.15,4,1,9; D.15,4,2,2.

procesales para que el acreedor pudiera conseguir un pago del padre. Lo más probable es que la *actio quod iussu* haya quizá surgido para los contratos que no podrían encuadrarse en la *praepositio*, i. e., negocios aislados que no tenían nada que ver con una *negotatio* estable y continua; ni tampoco con la *scientia*, a efectos de la *actio tributoria*. Y, respecto a la *actio de peculio*, supondría la ventaja de que la responsabilidad adiecticia se daba *in solidum*. Este sentido parece desprenderse de Gayo 4,70:

In primis itaque, si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumue comparavit; et recte quia, qui ita negotium gerit magis patris dominiu quam filii serviue fidem sequitur.

El *iussum*, puramente civil, debió de expresarse con palabras especiales¹⁴¹ en época antigua¹⁴², si bien no se nos conservan los *verba* empleados a tal fin. Pernice¹⁴³ conjetura que fueran: *periculo meo, fide mea credere contrahere... iubeo*¹⁴⁴; en todo caso, podría ser declarado por escrito entre ausentes¹⁴⁵. De esta forma, se establece el principio de que no tenían eficacia aquí las estrictas normas relativas a la *stipulatio*.

Sin embargo, como se desprende de D.15,4,1,1, también el *ius-*

141. D.15,4,1,1; *Iussum autem accipendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod voles cum Stichio seruo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

142. D.29,2,25,4; ... *et putat (Cassius) vel per internuntium (iussum) posse vel per epistulam.*

143. O. c., p. 505.

144. PERNICE, o. c., p. 505, n. 9, cita los siguientes pasajes de Plauto: *Asin.* 457; *Da modo beo periculo: rem salvam ego exhibebo.*—*Pers.* 665: *tuo periculo sexaginta haec dabitur argenti minis.*—*Capt.* 349: *meo periculo ego huius experiar fidem.*—*Cas.* 2,4,14: *liber si sim meo periculo vivam, nunc vivo tuo.*—D. 15,4,1,1, supra cit.: *'quod voles... periculo meo'*.—D.46,2,24; *Luc. Titius, cum pro Scio, fratre suo, apud Septimum intervenire vellet, epistulam ita emisit: si petierit a te frater meus peto des ci nummos fide et periculo meo.*

145. D.45,1,1 pr.

sum era válido expresado no formalmente. Pero este texto de Ulpiano debe interpretarse en el sentido de comprender las dos instituciones: es decir, el *iussum* "civil" dirigido al tercero y que obliga al padre o dueño directamente y el "pretorio" que daría lugar a la *actio quod iussu*. Respecto al primero, debieron de mantenerse las exigencias formales: en cambio en el otro, quizá no existieron nunca o bien se fueron relajando¹⁴⁶ hasta llegar a confundirlo con la simple *voluntas*, con el mandato, con la *auctoritas* y con la *ratihabito*, siempre que se notificaran al tercero. Por ello se admitió la validez del *iussum* realizado por testamento, *per epistulam, verbis, per rautium* (D.15,4,1,4), etc. Sucesivamente trataremos de los supuestos en los que se reconoce esta ampliación.

a) Diversos significados del *iussum*.

El sentido dominante del término *iussum* es el de "autorizar". Así, p. ej., en Derecho público, *iubere* es término necesario para la validez de la *lex*, la cual se identifica con lo que el pueblo *iubet atque constituit* (Gayo 1,3), por ello la adhesión de los comicios a la propuesta del magistrado puede ser definida como *generale iussum populi... rogante magistratu*¹⁴⁷ y la competencia legislativa de las asambleas sintetizada con la palabra *in lege iubenda*¹⁴⁸. En la formación de la ley, la deliberación comicial, a pesar del poder de iniciativa del que es titular del *ius agendi cum populo*, termina por situarse en primer plano, como se deriva de la frecuente expresión *populus legem iubet*¹⁴⁹.

146. Esto se refleja, p. ej., en Pomp., D.17,2,18, donde el *iussum* del dueño a su esclavo para que éste disuelva la sociedad que tiene con otro no implica por sí mismo la disolución, aunque el *iussum* se dirija necesariamente al tercero, sino que el esclavo ha de renunciar necesariamente a su condición de socio para que la sociedad quede disuelta. Sobre el texto, SOLAZZI, *La società col servo*, en *SDHI* 21 (1955), 307 y s., da una interpretación falsa, pues parte de que *iussum* quiere decir orden y, por tanto, notificada al sometido y no al tercero.

147. Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 10,10,2.—Sobre la función decisiva del magistrado en la formación de la ley romana v. A. D'ORS, *La ley romana, acto de magistrado*, en *Festschrift Carl Schmitt* (en prensa).

148. Cicerón, *De legibus* 3,15,33.

149. Cicerón, *De legibus* 3,16,35; Tito Livio, *Ab urbe condita* 4,5,2; id. 6,40,7; id. 9,34,7; id. 10,8,12.

Lo mismo ocurre en lo que se refiere a los plebiscitos, pues Gayo 1,3 nos dice que *plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit*, con palabras no diferentes de las utilizadas para definir la ley comicial¹⁵⁰.

Respecto a los senadoconsultos, el propio Gayo (1,4) nos dice que *senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*.

Este empleo que Gayo hace del verbo *iubere* se explica perfectamente en cuanto que, tanto en la *lex* como en los plebiscitos, la función primordial corresponde no a los comicios ni a los *concilia plebis* sino al magistrado: sólo éste es hábil para proponer la ley, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho público griego, en el que cualquier ciudadano puede proponerla. Pero, para que la ley tenga validez en el futuro, se requiere que los ciudadanos asuman las consecuencias del acto del magistrado confiriéndole su autorización, pues, de lo contrario, extinguiría su eficacia al finalizar el período de su magistratura. Respecto a los Senadoconsultos, la *oratio* tiene valor en la medida en que es refrendada por el *iussum* de los senadores.

De las constituciones imperiales, nos dice Gayo (1,5) que consisten en lo que *imperator decreto vel edicto vel epistula constituit*. ¿Por qué no emplea aquí el término *iubere*? Bonifacio¹⁵¹ dice que “tal circunstancia no parece de gran relieve y probablemente *ius constituere* era ya una expresión más reciente que *iubere* y Gayo haría de ella uso exclusivo. Lo que hay que considerar es que en numerosos textos se encuentra la afirmación de que *constitutio iubet*¹⁵² y, en muchos otros, *iussum* y *iubere* son términos utilizados a propósito de la actividad normativa del Príncipe¹⁵³”. La opinión de Bonifacio no nos parece válida en cuanto que el Emperador declara por sí y ante sí, y no como el magistrado que declaraba la *lex* por sí pero ante el *populus*. El emperador no pre-

150. Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 10,10,2, dice que *lex est generale iussum populi aut plebis*.

151. F. BONIFACIO, voz “*iussum*” en *NNDI* 9 (1963), 392 ss.

152. D.3,6,1,3; D.5,1,67; D.26,7,55,2; D.32,11,14; D.38,5,13.

153. D.37,14,5; Coll. 15,3,8; C.3,19,3; C.9,27,4; C.11,61,1,1; C.10,1,4; C.10,10,5,1; I.1.3.3.

cisa de ningún *iussum* específico de nadie para que sus constituciones tengan vigencia en el futuro, pues ya la tienen por derivar de él mismo. Lo que ocurre es que Bonifacio, como también Steinwenter¹⁵⁴, está pensando en que *iussum* es sinónimo en Derecho público de “ordenar” o de “disponer”. Por esta razón, el autor italiano hace hincapié en la existencia de textos en los que se habla de un *iussum* en relación con las constituciones imperiales, puesto que es posible, a nuestro modo de ver, que éstas, individualmente consideradas, contengan una autorización a una persona para que realice alguna cosa, pero ello no quiere decir que su naturaleza precise de un *iussum* que les pueda otorgar eficacia, que nace del simple hecho de proceder del Príncipe.

Respecto al edicto creemos que se pueden hacer idénticas consideraciones, pues Gayo tampoco habla de *iubere* en relación con el mismo. Bonifacio¹⁵⁵ dice que *lex* y *edictum* se contraponen expresamente, pero esto no es absolutamente admisible sino que uno y otro son actos de magistrado, con la diferencia de que el primero es temporal, con la especial característica de que el pretor siguiente —las magistraturas eran anuales— puede mantenerlo, pero esto no es vinculante sino facultativo. La *lex*, en cambio, como hemos visto, requiere para ser perpetua el *iussum* del pueblo, pero esto no significa que deje de ser un acto de magistrado, en cuanto que el ciudadano particular no puede proponerla. Parece que los textos presentan el término *iubet* como utilizado por el magistrado en virtud de su *ius imperandi*¹⁵⁶, pero esto quiere decir únicamente que éste “dispone”, lo mismo que hace el Príncipe o, en el campo del Derecho privado, el testador (*heredem esse iubeo; heredem meum dare iubeo; servum meum liberum esse iubeo*), ya que estas personas no precisan autorización para establecer situaciones jurídicas sino que pueden “disponer” libremente de ellas.

Por otra parte, creemos que el *iussum iudicandi* debe entenderse no como “orden” sino también como autorización, pues el pretor permite —no ordena— que un particular —*iudex privatus*—

154. STEINWENTER, l. c., columna 1306.

155. BONIFACIO, l. c., y en *Ius quod ad actiones pertinet* (*Studi Betti*, p. 107, n. 29).

156. D.2,1,4; D.20,4,10; D.26,7,17; D.50,16,2,14.

intervenga con su *sententia* para decidir un asunto litigioso al cual él reconocerá valor de cosa juzgada.

En Derecho privado el *iussum* tiene también, por vía de principio, el sentido de autorizar. Así debe entenderse el *iussum patris familias*, que constituye el fundamento de la *actio quod iussu* y que es igualmente causa de la *condictio* directa contra el padre cuando la autorización ha sido para un préstamo. Lo mismo hay que decir del *iussum* que presta el padre al hijo para evitar la infamia que produciría la infracción, sin él, del *tempus clugendi* (D.3,2,1,11 y D.4,2,13 pr.). En este ámbito tenemos que hacer referencia a la *manumissio censu*, que se efectuaba por inscripción del esclavo “como libre”, en el censo de los ciudadanos, con el *iussum* de su dueño (*Tit. ex corp. Ulp. 1,8: censu manumittebantur olim qui Iustrali censu Romae iussu dominorum inter cives Romanos profitebantur* y Boecio, *Cic. Top. 2,10 ...consentiente vel iubente domino*). El dueño otorga su *iussum* para que el esclavo pueda vivir como libre, puesto que la inscripción en el censo llevaba aparejada la adquisición de la ciudadanía y, por lo tanto, suponía la extinción de la *dominica potestas*. Finalmente, el *iussum hereditatis* debe entenderse en el mismo sentido, pues la aceptación de la herencia depende, en último término, de la aceptación del instituido.

Resulta entonces bastante clara la preeminencia del significado “autorizar” sobre el de “mandar” u “ordenar”, sentido éste que es más vulgar que técnico, pero que acaba por desplazar al técnico de autorizar. Ya en los actos de última voluntad *iubere* equivale a disponer (*heredem iubere dare usum... D.7,1,3 pr.*), como ocurre con la institución de heredero (Gayo 3,117), con el legado (D.35, 2,1 pr.), con el fideicomiso (D.3,5,25), con la manumisión (D.15. 1,29 pr. y 32 pr.), etc.¹⁵⁷. Sin embargo, el sentido imperativo se generaliza en el penguaje postclásico. Este sentido imperativo, implícito quizá, se debe a que el *iussum* tiene su más importante aplicación en el campo de la *patria potestas*, lo que serviría muy bien para indicar un término que lleva consigo una orden¹⁵⁸.

157. Cfr. STEINWENTER, l. c., y HEUMANN-SECKEL, o. c., letra c).

158. BONIFACIO, o. c., en *NNDI*, p. 393, piensa en una evolución contraria.

b) Destinatario del *iussum*.

La opinión dominante, sobre todo a partir del trabajo de Rabel sobre la *actio quasi institoria*¹⁵⁹, se inclina a pensar que el *iussum* debe ser una invitación dirigida al tercero contratante: un “poder externo” y no una “orden interna”. Las fuentes evidentemente nos transmiten su testimonio en este sentido, si bien unas lo reconocen explícitamente¹⁶⁰ y otras hablan simplemente de una obligación contraída *iussu patris* o *iussu domini*¹⁶¹. Lo cierto es que sólo existe testimonio de esta idea en un texto de Ulpiano (D.15, 4,1 pr.), donde se explica la necesidad de alguna relación directa entre el *pater* o *dominus* y el tercero, pero el conjunto de textos de este título no vuelve a aludir a este aspecto teórico y lo que se presenta ante nosotros es un cierto número de usos de la práctica que dirigen el *iussum* al tercero contratante (D.15,4,1,1 y D.15,4, 1,4)¹⁶². Lo trascendental que deriva de esta concepción viene a ser que el tercero contratante tenga conocimiento de la *voluntas* del padre o dueño de asumir las consecuencias de la obligación contraída por su hijo o esclavo, de manera que pueda demandar la ejecución de su crédito contra una persona *sui iuris* que dispondrá de un patrimonio efectivo.

Sautel¹⁶³ dice que, quizás antes de surgir la *actio quod iussu*, estas exigencias de la práctica fueron satisfechas por una *fideiussio* formal, al exigir el tercero para contratar que el dueño o padre otorgara una caución relativa a la obligación de restitución contraída por su sometido. Sin embargo, no creemos esto posible. Pernice¹⁶⁴ había subrayado que el *iussum* creaba la obligación por una declaración unilateral de voluntad y no por una combinación de pregunta-respuesta como la *fideiussio*. De otra parte, lo más probable es que la *fideiussio* hubiera nacido de la práctica del *iuss-*

159. RABEL, *Ein Ruhmesblatt* cit., p. 24.

160. D.15,4,1,1; D.15,4,1,4 y D.15,4,5,1.

161. Gayo 4,70; D.14,5,2 pr.; D.14,6,14; D.15,4,1,3; D.15,4,2 pr.; D.15,4, 2,1-3; D.15,4,5 pr.; D.15,4,7-9; CJ 4,28,7.

162. G. y M. SAUTEL, *Note sur l'action quod iussu et ses destinées post-classiques*, en *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, p. 259.

163. O. c., p. 260.

164. *Labco* I, p. 510 s.

sum, como reconoce la doctrina ¹⁶⁵ y, como supone Levy ¹⁶⁶, debió haber sido creada también por Labeón ¹⁶⁷, ampliando el radio de acción de la vieja institución de Derecho civil para los fines de la fianza.

¿Cuál puede haber sido el motivo de nacimiento de la *fideiussio*? Probablemente se debe a la necesidad de producir una obligación accesoria en los casos en que la obligación no nacía *verbis* y no para subsanar aquellos defectos de temporalidad e intransmisibilidad característicos de la *sponsio* y de la *fideipromissio*. Al no referirse la *promissio* de este nuevo tipo de garantía personal a la realizada por el deudor principal sino a su *debitum* en general, la *fideiussio* servía para afianzar cualquier tipo de deudas (no las *ex delicto*) y no exclusivamente las nacidas de estipulación.

El paralelo con el *iussum* estaba en que no existía exactamente una *promissio* sino una autorización responsable o aval (*iussio*) similar al que daba al padre o amo (*iussum*) para asumir la responsabilidad de las obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos.

La *fideiussio* opera respecto a un “negocio extraño” en el que el padre o dueño intervienen como otra persona cualquiera, en tanto que el *iussum* se refiere a un “negocio propio” y que concierne al padre o dueño exclusivamente: D.15,4,1,5 (Ulp., 29 *ad ed.*):

Quid ergo si fideiusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.

165. En contra, SAUTEL, o. c., p. 260, que dice, probablemente sin fundamento, que se comprende mal por qué razón los romanos tuvieron que esperar tanto tiempo —es decir, hasta la época de Labeón— para encontrar un procedimiento que eludiera los inconvenientes de la *sponsio* y de la *fideipromissio*. Pueden verse también, contra el autor francés, las opiniones que él mismo presenta en p. 260, n. 3.

166. E. LEVY, *Sponsio* cit., p. 123. Sobre la afinidad de la *fideiussio* con la responsabilidad que nace del *iussum*, puede verse, del mismo autor, o. c., p. 129 ss. Cfr. también W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaft stipulationen* (Weimar 1932), p. 139-152.

167. En este sentido, también A. d'ORS, *Elementos*, p. 323 s.

Además, lo mismo que el *iussum* (D.15,4,1,4), la *fideiussio* se ha aproximado también al *mandatum pecuniae credendae* ¹⁶⁸.

También aparece la contraposición entre el *iussum* y la *fideiussio* a propósito del SC Veleyano. El primero no supone *intercessio* y no da lugar al SC Veleyano; sí, en cambio, la *fideiussio*. Podemos comprobar esta diferencia en: D.16,1,25 pr. (Mod., 1, *singul. d. heurem.*): *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur. (1) Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.*

Puesto que la mujer no se obliga civilmente, incurriría en responsabilidad pretoria y de esta forma se ampliaría el campo de aplicación de la *actio quod iussu* para estos casos, con el fin de exigir responsabilidad a aquella dueña que sería inatacable por la *condictio*. Aunque también puede pensarse que *credi*, en régimen intransitivo, no se refiere estrictamente al préstamo, sino que alude más ampliamente al acto de fiarse de alguien para contratar, acepción no infrecuente en las fuentes romanas (Cfr. D.15,4,2,1 y D.14,3,5,10).

c) El *iussum* y otras formas afines.

(i) *Iussum* y *voluntas*.—Los términos *iussum* y *voluntas* aparecen casi como sinónimos en algunos textos, probablemente como manifestación de un momento de decadencia del formalismo, al que quizá habría llevado el nacimiento de la *actio quod iussu*. Esta aproximación tal vez haya que situarla en la última etapa del período clásico, como prueba la existencia de otros pasajes de juristas de la época clásica alta donde se diferencian claramente las dos instituciones.

Así tenemos, por un lado:

D.15,4,3 (Ulp., 2 *resp.*): *...quae servus non ex voluntate* (en lugar de: *iussu*) *domini obligavit.*

D.15,3,5,2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi.*

168. En este sentido, PERNICE, o. c., p. 511.

D.45,1,1 pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

D.15,4,1,2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum “contraria voluntate” mandatum revocasset et me certiorasset.*—En este texto se hace ya una asimilación del *iussum* al mandato a efectos de su revocación, permitiendo que una *contraria voluntas* sirva para anularlo.

Todos estos textos son el paradigma de una época en la que *iussum* y *voluntas* se utilizan indiferentemente, sin precisión técnica¹⁶⁹. Sin embargo, en otros fragmentos se mantiene un cierto dualismo entre *iussum* y *voluntas*. Así:

D.14,5,2 pr. (Ulp., 29 *ad ed.*): *Ait praetor: ... quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive, sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit*¹⁷⁰.

D.4,3,20 pr. (Paul., 11 *ad ed.*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, “hortatu tuo” pecuniam mutuam a me, accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

D.39,5,9,2 (Pomp., 32 *ad Sab.*): *Quod filius familias patris iussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.*

Respecto a D.4,3,20 pr., es claro que las palabras *hortatu tuo* pueden dirigirse tanto al otro contratante como a los esclavos y, por eso, se piensa que existe una referencia más o menos implícita al *iussum*¹⁷¹, pero Labeón, que tiene un concepto más estricto de lo que éste debe ser —sobre todo por la exigencia de una formalidad—, concede la *actio de dolo malo*, que es el último recurso

169. CICOGNA, *Del iussum (actio quod iussu)* (Padova 1906), p. 22.

170. Respecto a D.14,5,2 pr., RICCOBONO (*Traditio ficta*, en SZ 34 [1913], 247, lo pone en relación con C.4,24,2 y demuestra que Justiniano suprimió el sentido técnico del *iussum* confiriendo eficacia general y absoluta a la *voluntas*: por tanto, para la *actio quod iussu*, sería suficiente que el negocio se hubiera concluido por el hijo con la *voluntas* del padre.—A nuestro modo de ver, sin embargo, la relajación del *iussum* puede remontarse incluso a la época clásica tardía.

171. PERNICE, *Labeo I*, p. 506 s.

que se da cuando no existe ninguna otra acción, pues la *actio de peculio* no podía tener lugar porque el esclavo era insolvente, ni tampoco la *actio de in rem verso*, porque no ha revertido nada en el patrimonio del dueño. Por esta razón, los juristas de 50 años más tarde habrían concedido, sin duda, la *condictio* directamente contra el dueño.

D.39,5,9,2, distingue el *iussum* de la *voluntas* y, teniendo en cuenta que en el texto se trata de los libros de Pomponio *ad Sabinum*, esta separación puede señalarnos la diferencia que habría en época de Sabino entre el *iussum* formal y el otro, no formal, que quizá podía corresponderse con la *voluntas*. Pero, en realidad, este pasaje no se refiere a un contrato ni a un préstamo, sino a una liberalidad y, por lo tanto, es un acto de disposición, no formal, que puede ser realizado por el sometido con la "autorización" de su padre.

Hemos visto, entonces, la diferencia que existe entre el pensamiento de juristas de épocas diferentes: a él se llegó, porque *iussum* y *voluntas* no eran términos antitéticos, antes bien, la "autorización" era una forma de *voluntas*, si bien más concreta, más determinada y que debió tener desde sus comienzos una forma específica, como pensaba Pernice¹⁷².

(ii) *Iussum* y *mandatum*.—Aunque originariamente la línea de separación entre las dos instituciones debía ser clara, sin embargo, en D.15,4,1,2. se recoge ya un matiz de aproximación:

Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et putuo posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certiorasset.

Probablemente la identificación entre estas dos figuras ocurrió en época de Ulpiano. La diferenciación es, por un lado, intrínseca, pues mientras el *iussum* es algo externo, concebido entre tres personas (el padre o dueño, el hijo o esclavo y el tercero), el mandato es interno y entre dos personas (mandante y mandatario), y no es suficiente para que proceda la *actio quod iussu*¹⁷³.

172. PERNICE, o. c., p. 505-506.

173. RABEL, *Ein Ruhmesblatt* cit., p. 24.

De otra parte, y todavía estamos en un primer momento de la existencia del *iussum*, éste requeriría cierta formalidad que no concurriría en el mandato. Sin embargo, poco a poco se produjo un relajamiento en sus formalidades¹⁷⁴, lo cual trajo consigo una asimilación al mandato, a la *simple voluntas*, a la *auctoritas* (en el supuesto del matrimonio del hijo) y a la *ratihabitio*. Este matiz de aproximación entre *iussum* y mandato aparece acentuado en D.15, 4,5,1: *sed si duo iusserint similes sunt duobus mandantibus*.

Todavía es más sugestivo D.14,4,1,3: *Sed si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse*; pero lo más probable es que Ulpiano no piense en este texto en un mandato interno, como prueba el siguiente (D.15,4,1,4): *sed et si servi chirographo subscripserit, dominus tenetur quod iussu*¹⁷⁵: esto significa que el *dominus*, después de la firma del esclavo, declara un “eudoko”, es decir, su consentimiento respecto al tercero. De esta forma, creemos que Ulpiano tendría presente en par. 3 un mandato al tercero¹⁷⁶. Estéfano explica cómo se diferencia esto del *iussum*, en escolio (6) a *Basilicos* 8,18, Heimbach VI, suplemento de Zacarías, p. 253.

μη νόμιζε ταύτὸν εἶναι περὶ ἀποτέλεσμα κέλευσιν καὶ μανδά-
τον. ἔνθα μὲν γὰρ ἐκέλευσεν ὁ δεσπότης, δύναται ὁ κελευσ-
θεὶς μὴ πληρῶσαι τὸ πελευσθέν. ἔνθα φυγῇ ἐντελλομένου
ἐπέτρεψε, οἱ δύναται παραιτεῖσθαι τὸ φάκτον ὁ τὸν μανδάτον
ἅπαξ δεξάμενος, εἰ μὴ κατὰ τὴν καθόλου τοῦ μανδάτου [φύσιν].

Una prueba de la no identidad inicial entre *iussum*, *mandatum* y *ratihabitio* nos la ofrece Justiniano en CJ 4,28,7:

Si filiusfamilias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentem

174. D.15,4,1,1: *Iussum autem accipiendum est sive testato sive quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

175. Sobre la supuesta interpolación del texto, cfr. RABEL, *oc. c.*, p. 24, n. 1, que rechaza como escasamente fundamentada.

176. Cfr. RABEL, *o. c.*, p. 24: se trata de un *mandatum pecuniae credendae* que, según la doctrina de Sabino, es un verdadero contrato.

sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. necesse est enim patris ratihibitionem, cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt. et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt. sin autem miles filius familias pecuniam creditam accepit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihibitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sunt. in pluribus enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt, et ex praesumptione omnis miles non credatur in aliud quicquam pecunias accipere et expendere nisi in causas castrense (año 530).

Una diferencia más entre *iussum* y mandato es que el primero es una autorización a un tercero para que realice negocios con un subordinado *in potestate*, en tanto que el segundo es una orden interna al hijo o esclavo para que realice negocios con terceras personas. Esta asimilación del *iussum* al *mandatum* ensanchó el campo de aplicación de aquél; al principio se refería sólo al mutuo¹⁷⁷: el mandato contemplaría a los demás contratos y de aquél derivaría la *actio quod iussu*, que fue creada por el pretor con el exclusivo fin de ampliar la responsabilidad del padre, por obligaciones del hijo autorizadas con *iussum*, al campo de los contratos.

(iii) *Iussum* y *ratihabitio*.—Otra manifestación del relajamiento de las formalidades del *iussum* se acredita por D.15,4,1,6, en virtud del cual se equipara la *ratihabitio* a nuestra institución (las dos son esencialmente declaraciones de voluntad), es decir, se considera que la ratificación hecha por el jefe de la casa —e indudablemente comunicada al tercero— de la actividad contractual del sometido vale lo mismo que un *iussum* preexistente:

Ulp. 29 *ad ed.*) *Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur.*

Solazzi¹⁷⁸ estima que el texto ha sido alterado, pues se habría

177. En contra, PERNICE, l. c.

178. SOLAZZI, '*Iussum*' e '*Ratihabitio*' en *SDHI* 16 (1950), 272.

añadido *vel filius* y, siendo el sujeto de la primera oración *quis*, se ha modificado luego la forma correlativa *eum* por *eos*¹⁷⁹. Suprimiendo estas alteraciones formales, dice Solazzi, el texto quedaría de esta forma: “*si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit, quod iussu actio in eum datur*” pero el jurista estaría en contradicción abierta con D.15,3,5,2.

En efecto, en este fragmento, Ulpiano, tomando como relación básica la compraventa, fija las diferencias existentes en su época entre las acciones adyecticias, *quod iussu*, *de in rem verso* y *de peculio*:

(Ulp. 29 *ad ed.*): *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio*¹⁸⁰.

Entre los dos fragmentos hay una visible contradicción, pues en uno de ellos se da la *actio de in rem verso* cuando el dueño hubiera ratificado el negocio celebrado sin su *voluntas* y, en el otro, se da, por idéntica actitud, la *actio quod iussu*. A nuestro modo de ver, tiene razón Solazzi¹⁸¹ cuando dice que en D.15,3,5,2 hay un glosema desde *si quidem* hasta *vel alioquin*¹⁸², pues la compra ratificada está normalmente más próxima a la realizada *ex voluntate domini* que a la que no ha sido así: por eso, la acción procedente es la *actio quod iussu* ya que, en la época de Ulpiano —autor de los pasajes—, el *iussu*, que había sido relajado, sería idéntico a la *voluntas*.

Resta todavía otra cuestión que es la planteada por CJ 4,28,7 pr:

Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem deciden-

179. V. sobre otras tipotésis interpolaciones y la crítica respectiva, SOLAZZI, o. c., n. 3 y 4.

180. V. sobre las supuestas interpolaciones del texto, SOLAZZI, o. c., p. 271, n. 1-2.

181. O. c., p. 271.

182. SAUTEL, o. c., p. 261, n. 1, estima interpolada igualmente la mención de la *ratihabitio* en el texto.

tes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato, filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum...

La expresión *veterum ambiguitatem decidentes* ha suscitado dificultades en su interpretación. Sautel¹⁸³ estima que las dudas las tuvo la doctrina clásica; sin embargo, nosotros creemos que *veteres* debían ser, en los escritos de los compiladores que aludían a *veterum ambiguitas*, sobre todo los maestros postclásicos¹⁸⁴. Por eso es muy posible que el antagonismo entre la *ratihabitio*¹⁸⁵ y el *mandatum vel consensus patris*, en lo referente a las acciones adyecticias, haya constituido una *ambiguitas* postclásica.

Hemos visto, entonces, una nueva prueba del relajamiento del *iussum* que lo hizo equiparar a la *ratihabitio*, quizás debido a las estrechas relaciones entre esta institución y el mandato, los cuales aparecen equiparados en la expresión *ratihabitio mandato comparatur*¹⁸⁶.

(iv) *Iussum y delegatio*.—El *iussum* concurre también, pero aquí fuera de las relaciones de *potestas*, en el supuesto de la *delegatio*, la cual se funda normalmente en un *iussum* del delegante dirigido a la vez al delegado para que dé (*credendi* o *solvendi causa*) o prometa (novación por cambio de acreedor) al delegatario y a éste para que lo acepte.

En el caso de que el *iussum* sea *credendi* o *solvendi* la delegación no es abstracta, pues el delegado presta o paga un *certum* que el delegatario recibe como le delegante y éste adquiere la *condictio* contra el delegatario o se libera del pago. En cambio, si no ha existido verdadero *iussum*, la *datio* hecha por el delegado es válida, pero no puede surgir un *creditum* a favor del delegante sino sólo a favor de quien realmente prestó (delegado).

Si el *iussum* es *promittendi* lo que existe es una promesa esti-

183. O. c., p. 261, n. 1.

184. Cfr. SOLAZZI, o. c., p. 273.—En el mismo sentido, A. d'ORS, *La actitud legislativa del Emperador Justiniano*, en *Miscellanea G. de Jerphanion* 1 (Roma 1947), p. 130 ss.

185. Sobre el término *ratihabitio*, v. recientemente M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi Biondi* I, p. 132, n. 266.

186. SAUTEL, o. c., p. 261, n. 3.

pulatoria, que puede ser seguida luego por el cumplimiento como *datio*. En este caso la promesa es abstracta, si bien, al ser novatoria, se refiere expresamente a un *idem debitum* y, en ese caso, funciona como un modo de extinguir las obligaciones, aunque la misma presencia del *iussum* le prive de abstracción¹⁸⁷.

En todo caso, el empleo del término *iussum* a propósito de la *delegatio* no se encuentra siempre en las fuentes en sentido absolutamente riguroso, pues los juristas manejan este término un poco indiferentemente¹⁸⁸ con *mandatum*, lo que quizá pudiera estar dentro de la línea, vista en otras aplicaciones, de relajamiento de las formalidades del *iussum*, quizá por no concretarse a sometidos a potestad¹⁸⁹.

(v) *Iussum* y *auctoritas*.—En un fragmento de Ulpiano donde, sin embargo, se plantea y acepta una opinión de Casio, el *iussum* parece delinear-se según un punto de vista específico. Se trata de D.29,2,25,4:

Iussum eius, qui in potestate habet, non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet ut Caius Cassius libro II iuris civilis scribi tet putat, vel per internnutium fieri posse vel per epistolam.

De acuerdo con este fragmento, el *iussum* se diferencia de la

187. Cfr. A. d'ORS, recensión a W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburg 1959), publicada en *AHDE* 29 (1959), 687-690. Esta diferenciación en la operabilidad de la *delegatio* puede verse también, por el mismo autor, en *Elementos*, p. 284 y 316.

188. Cfr. A. d'ORS, recensión citada: "Y no hay que olvidar que la *delegatio solvendi* no exige *uniussum* conocido por el acreedor que cobra, pues la *solutio* puede ser siempre realizada por un tercero."

189. A. STEINWENTER, o. c., dice que debe mirarse con cuidado toda construcción del *iussum* en el campo de la *delegatio* que tienda a traducirlo por "autorizar".—Hans U. HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, en *SZ* 74 (1957), 106-108, dice que el *mandatum*, si bien es productor de pretensiones obligatorias, por su naturaleza no es adecuado para producir el efecto propio de la *delegatio* y, además, el *iussum*, que es unilateral y no bilateral como el mandato, no supone ninguna obligación por parte del que recibe la declaración para la ejecución de la *delegatio*. La diferencia expresa entre ambos institutos parece contenerse en D.46,3,108, donde se extiende al *iussum* la teoría de la revocabilidad del mandato, si bien el texto parece muy interpolado (cfr. HAEBERLIN, o. c., p. 107, n. 45).

tutoris auctoritas por un requisito formal, ya que debe preceder al negocio. Esto no quiere decir, visto desde cerca, que difiera sólo por este requisito¹⁹⁰ y que en todo lo demás pueda equipararse con la *auctoritas*. Es posible que esto fuera así, pero también lo es que, en el pensamiento del jurista, la falta de este requisito formal en la *auctoritas* haría que fuera inútil un examen pormenorizado de los otros requisitos distintivos¹⁹¹, y esta quizá es la hipótesis más verosímil.

Posteriormente, es muy probable que los juristas hayan empleado indiferentemente las denominaciones *iussum*, *voluntas* y *auctoritas*¹⁹² para referirse al consentimiento que el padre debía prestar para el matrimonio de su hijo. Sin embargo, cuando éste no respeta el luto que su novia debía guardar, debió de exigirse el *iussum* expreso de su padre. Sólo éste debía ser suficiente para “sanar” los efectos del acto, asumiendo así la responsabilidad por los efectos que el matrimonio podría indirectamente producir respecto al *pater familias* y al patrimonio doméstico¹⁹³.

d) *Iussum* y *condictio*.

El problema de la relación entre la *condictio* y las acciones adyecticias es difícil de aclarar, como ha sido reconocido por la doctrina tradicional¹⁹⁴. Hoy en día, sin embargo, parece admitido pacíficamente que ni la *condictio* ni las acciones contractuales concurrían con las acciones adyecticias contra el representado¹⁹⁵. El motivo quizá derive de estimar que el *iussum* suponía la obligación directa del padre cuando se daba para obligaciones crediticias,

190. PERNICE, o. c., parece estar en contra (p. 504).

191. Cfr. CICOGLIA, o. c., p. 2-3.

192. E. VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filii familias*, en *RIDA* 1 (1948), 213 ss.; y en *Istituzioni*, p. 653. Los textos pertinentes son principalmente PS 2,19,2, IJ 1,10,pr.

193. Sobre el *iussum* como elemento necesario para evitar las consecuencias infamantes de la infracción del respeto al *tempus elugendi*, v. D.3,2,1,11 y D.4,2,13 pr.

194. SOLAZZI, *Condictio e azioni adyettizie*, en *RISG* 49 (1911), 51-60 = *Scritti I* (1955), 269-275.

195. KASER, recensión a SOLAZZI, *Scritti I*, en *SZ* 73 (1956), 422.

mientras que, cuando se daba para un contrato, tenía lugar la acción pretoria *quod iussu*.

Como es sabido, la *datio* es el fundamento originario de la *condictio* y, en la época clásica, no se refiere a un acto sino a un resultado adquisitivo. *Dare* es, en Derecho romano clásico, un verbo de resultado puesto que el que da convierte en propietario al que recibe. Cuando la adquisición que realiza el subordinado es lucrativa no se precisa el consentimiento del titular de la potestad, pero en tanto pueda llevar consigo una obligación, p. ej. y eventualmente, el pago de las deudas de una herencia, se precisa ya el *iussum* (Gayo, 2,87). De ahí que la *datio* hecha al hijo, con el *iussum* de su padre, permite emplear contra este mismo la acción crediticia civil, *condictio*, como expresa claramente D.15,4,5 pr.:

Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit: immo hoc casu de iussu actio non competit.

En efecto, si un padre o dueño que iban a recibir una cantidad en préstamo hubiesen autorizado para que ésta se entregara a su hijo o esclavo, no cabe duda de que se puede reclamar contra ellos mediante la *condictio*, pues precisamente el texto refuerza este pensamiento diciendo que en este caso no procede la *actio quod iussu*.

Solazzi¹⁹⁶ dice que en este supuesto el padre no contrae el préstamo por medio del hijo sino que, habiéndolo concluido él mismo, delega en el hijo el cobro del dinero. Esta opinión no es admisible, pues el padre no concluye el mutuo como si éste fuera un contrato consensual, sino que hasta que no reciba el dinero, es decir, hasta que no haya *datio*, no hay obligación de restituir, pues el acuerdo de préstamo no tiene ningún valor¹⁹⁷.

196. O. c., p. 272.

197. BORTOLUCI, *BIDR* 28 (1915), 239, n. 1, dice que el texto está interpolado desde *immo* hasta el final.—S. RICCOBONO, *Dal Diritto romano* cit. en *Scritti* II, p. 399, lo considera también interpolado desde *condici* hasta el final y restituye así el eventual tenor clásico: *quin ipsi pecunia numerata videatur; et ideo hoc casu dominus vel pater creditae pecuniae obligatus, videtur*. El fragmento, según RICCOBONO, representaría el resumen de una *quaestio* tratada por Plaucio y glosada por Paulo. Lo prueba la frase *nulla*

Existen más textos en los que se da o parece darse la *condictio* por un préstamo autorizado por el jefe de la casa. Así tenemos D.15,4,2,1, muy sugestivo, sobre todo por lo que puede tener de destructivo de nuestra hipótesis central, confirmada hasta el momento por la realidad de las fuentes:

Si iussu domini ancillae vel iussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod iussu actio.

Se trataría de que, tanto el padre como el dueño, se obligan por la *actio quod iussu* en un supuesto crediticio y, además, en el único caso en el que aparecen mujeres. Sin embargo, creemos que es preciso distinguir respecto al verbo *credere*, su empleo como verbo transitivo, es decir, referido a un *aliquid*, en el que se hace siempre referencia al préstamo en sentido técnico, de su empleo como verbo intransitivo en el que carece de sentido técnico y viene a ser un equivalente de lo que en español decimos con el verbo “fiarse de”, de modo que nuestro pasaje podría traducirse: “Si con autorización del dueño o padre se ha fiado alguien de la esclava o de la hija de familia, será procedente contra el jefe respectivo la *actio quod iussu*.” Por lo demás, este sentido de *credere* no es extraño a los textos romanos: en efecto, D.14,3,5,10 (... *plane si adfirmaverit mihi recte me, credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur*) lo utiliza así, y quizá también D.14,3,17,4-5 (v. infra, en este mismo apartado). Igualmente D.3,3,45 pr.: ... *re-promittenti ei creditum est*, es decir, se trata de una estipulación procesal en la que no se exigen fiadores porque el estipulante se fía del promitente. Análogo sentido de *credere* puede verse en

quaestio est, que proviene de éste y no de Plaucio, en donde se mantenía la intención de construir casos de adquisición de la posesión por medio de otras personas y con efectos inmediatos. Riccobono supone que la definitiva solución de la *quaestio* debió ser añadida por Paulo con la afirmación de que la *pecunia* consignada al esclavo o al hijo por orden del que tiene la potestad se debía de entender *tradita* a él directamente cuando asumía la obligación de mutuo. La consecuencia de que no procedía la *actio quod iussu* deriva probablemente del ejemplar compendiado; y era destinada quizá a contrastar la decisión del Plaucio. En todo caso, para Riccobono la locución *de iussu-competit* es compilatoria. A nuestro modo de ver, estos argumentos no son válidos y el texto es perfectamnte clásico.

D.15,4,2 pr.: *Si tutoris iussu servo pupili creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem 'quod iussit tutor'*. En este fragmento juegan el *iussum* y la *auctoritas* del tutor y se expresa que si con la autorización del tutor “se ha fiado” (ha contratado) alguien del esclavo del pupilo, Paulo dice que debe darse una especie de la *actio quod iussu (quod iussit tutor)* si el *servus* ha producido alguna utilidad en el patrimonio del pupilo.

Otro texto que supone una obligación directa del jefe es D.15,4,3, que trata de un supuesto de préstamo a un esclavo del dueño que éste ha autorizado:

Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

La *actio quod iussu* no se menciona porque evidentemente el dueño se había obligado directamente por la *condictio*.

También opera el *iussum* a efectos de excluir la excepción del SC Macedoniano, de modo que si el padre ha dado su autorización para que el hijo reciba dinero en préstamo se obliga directamente mediante la *condictio*, aun después de la prohibición de prestar dinero a los hijos de familia ¹⁹⁸.

Un texto de Juliano nos dice que el SC es aplicable también a los nietos del *pater* aun cuando el *iussum* existente proviniera del padre de éstos que era un *filius* y, por tanto, no podía dar un *iussum* con validez. El resultado es que el préstamo del nieto se hizo contra la prohibición del SC Macedoniano: D.14,6,14:

Filium habeo et ex eo nepotem: nepoti meo creditum est iussu patris eius: quaesitum est, an contra senatus consultum fieret. dixi, etiamsi verbis senatus consulti filii contineantur, tamen et in persona nepotis idem servari debere: iussum autem huius patris non efficere, quo minus contra se-

198. La fecha del SC Macedoniano parece que debe situarse en la época del Emperador Claudio, cuando Vespasiano —luego Emperador— era cónsul; cfr. en este sentido, David DAUBE, *Did Macedo murder his father?* en *SZ* 65 (1947), 308 ss.

natus consultum creditum existimaretur, cum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit.

Igualmente, a efectos de la exclusión, se equipara aquí el *iussum* a la *ratihabitio* (Ulp., D.14,6,7,15) y al mandato (Paul., D.14,6,16).

En cambio, en D.14,6,12, se contempla un caso en el que la simple concurrencia de la *scientia* no se equipara al *iussum*:

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est (Paul, 30 *ad ed.*)¹⁹⁹.

Un pasaje estrechamente conexo con los anteriores es Jul., D.12,1,29, donde se dice que, si un dueño tuviese a un esclavo como factor, puede demandársele por la *condictio* como si hubiera contratado con la autorización de aquella persona que lo había *praepositus*:

Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Iulianus ait etiam ei condici posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit.

El texto suele estimarse alterado²⁰⁰. Sin embargo, no creemos que la *condictio* que menciona sea la *condictio generalis* justiniana pues, como hemos dicho en otras ocasiones, es muy difícil pensar que los compiladores atribuyeran a Juliano sus propias ideas, aunque es posible que haya algún desarreglo de forma.

La opinión de Juliano produciría el efecto de reputar la *praepositio* como una especie de *iussum* genérico. En verdad, tal configuración es indicio de una tendencia amplificadora que se da en el jurista de más altura pero que lleva en sus ideas el inicio de la decadencia jurisprudencial. La *praepositio* implicaría para él un *iussum* generalizado, tácito, a efectos de aplicar la *condictio*, aunque siempre dentro de los límites de la *praepositio*. Dentro de esta

199. La última parte del texto, *quoniam-i. f.*, debe de ser interpolada.

200. RICCOBONO, o. c., p. 398, que emite su hipótesis en base a la mención repetida del *dici Iulianus ait*. Igualmente SOLAZZI, o. c., p. 274 s.

línea parece ser distinto el criterio de Ulp., D.14,3,5,15 (v. infra § 5, 3 y 6): supuesto de aceptación de arras por un esclavo *institor*; si hubiese existido *iussum*, procedería la *condictio* directa contra el principal cuando se hubiera cumplido el contrato; el texto ulpiano, en cambio, no asimila *praepositio* a *iussum* genérico y por eso no da la *condictio* directa.

A pesar de la autoridad de Juliano, no estimamos que esta opinión fuera general sino que, por el contrario, debió ser aislada, no sólo en desacuerdo con otros textos del mismo jurista sino también no admitida por los posteriores que, como muestra el análisis de las relaciones básicas que se hace infra, dieron siempre como adyecticias las acciones contractuales perfectamente diferenciadas de la *condictio*. Este reconocimiento de la *praepositio* como una especie de *iussum* tácito creemos que no podría darse puesto que la autorización se hace siempre a una persona determinada, que es su destinatario, en tanto que aquí es genérica por su misma forma de constar normalmente en un cartel escrito a la puerta de la tienda. Además, las acciones *exercitoria* e *institoria* se prometían en edictos distintos del de la *actio quod iussu* y las fórmulas de aquéllas no contemplaban tampoco un *iussum* sino una *praepositio*, y desde este punto de vista se distinguen netamente de la fórmula de la *actio quod iussu* ²⁰¹.

El texto (y no sólo por que está en el libro 12) quizá se refiriera a un mutuo: Mitteis ²⁰² alude a una posible conexión con el pasaje anteriormente visto (D.15,4,5 pr.) tomado del propio libro 4 *ad Plautium*; pero esto, como dice Solazzi ²⁰³, quizá no es más que una hipótesis, también asumida por Costa ²⁰⁴.

Según Justiniano, en Instituciones 4,7,8, la *condictio* serviría para reclamar cualquier deuda contraída por el hijo o esclavo con el *iussum* del padre o dueño o cualquier deuda que les hubiera enriquecido:

Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris
dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum fue-

201. HUVELIN, *Etudes* cit., p. 181.

202. O. c., p. 170.

203. O. c., p. 270.

204. *Le azioni* cit., p. 52.

rit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur.

Ahora bien, la *condictio* que menciona el texto es la *condictio generalis* justiniana, es decir, aquel tipo de *condictio*²⁰⁵ convertida en acción general contra el enriquecimiento injusto (aparte siempre la del mutuo que ahora se considera "contractual")²⁰⁶.

Solazzi²⁰⁷ alude aún a otro fragmento que contiene una *condictio* que concurre con otras acciones adyecticias. Se trata de D.14,3,17,4 y 5:

Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: 'si ille illi non denuntiaverit, ne ille servo crederet', sed si ex ec contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. (5) ex hac causa etiam condici posse verum est. (Paul., 30 ad ed.).

El texto habla de un principal que limita la *praepositio* de su esclavo *institor*, notificando a un tercero que no contrate con él (*credere* = fiarse) pues, en ese caso, no se haría responsable por la *actio institoria*, pudiendo neutralizar la reclamación del tercero mediante la excepción que cita el fragmento. Pero, añade el jurista, si el esclavo tuviera un peculio o si hubiese recertido el resultado del negocio en el patrimonio del dueño, el tercero podrá introducir la réplica de dolo frente a la excepción del dueño del esclavo y, de esta forma, aunque se niega la acción institoria, permanece la posibilidad de reclamar *de peculio*. El parágrafo 5 admite que, en ese caso, puede ser demandado el principal mediante la *condictio*.

A nuestro modo de ver, son compilatorias las expresiones *ex*

205. Interpolada por Justiniano en C.5,3,15,1 del año 319 = C. Th. 3,5,2,1.

206. A. D'ORS, *Creditum* en *AHDE* 33 (1963), 364.

207. O. c., p. 269.

*eo contractu*²⁰⁸, la frase *nec velim-solvere*, que trata del enriquecimiento injusto de los justinianos que da lugar a la *condictio*²⁰⁹, y también desde *nam* hasta *quaeram*, que no es más que una explicación añadida de por qué hay dolo malo. Además, el último fragmento hace referencia a la *condictio generalis* justiniana²¹⁰.

Como colofón, juzgamos inadmisibles las conclusiones sacadas por Solazzi²¹¹ en el sentido de dudar del carácter clásico de la norma de concurrencia de la *condictio* con las acciones adyecticias. Los textos que él había estudiado al respecto (*D.15,4,5 pr.*; *D.12,1,29*; *D.14,3,17,4-5* y *IJ.4,7,8*) contemplan verdaderamente la *condictio*, pero no creemos que se trate de la recién creada *condictio generalis* sino de la *condictio ex mutuo*, con la excepción, por lo demás natural, de *IJ.4,7,8* que debía contemplar la nueva institución. Ante las conclusiones de Solazzi podríamos preguntarnos ¿por qué razón la *condictio* en la que él piensa sólo se interpola en los textos de mutuo? La razón creemos que radica en que cuando el *iussum* se ha notificado a un tercero para que preste a un sometido, el *iubens* se obliga directamente mediante la acción civil crediticia y no con la acción pretoria *quod iussu*, como nos dice claramente *D.15,4,5 pr.* (... *immo hoc casu de iussu actio non competit*).

e) *Iussum* y *societas*.

El *iussum* tiene idéntica operabilidad que en la *condictio* en el contrato de sociedad (v. la responsabilidad adyecticia del contrato de sociedad en § 5, 4). Esta función se acredita por unos pocos textos: Ulp., *D.17,2,63,2*, aunque no se refiera a la concesión de una acción concreta, sin embargo habla de un *iussum* del padre o dueño para contraer la sociedad (*si iussu eorum societas contracta sit*) y lo mismo en lo referente al *iussum* para disolverla (Pomp., *D.17,2,18*: *si iubeatur a domino servus abire a societate*). Pero el texto verdaderamente significativo es Lab., *D.17,2,84*:

208. SOLAZZI, o. c., p. 272 s.

209. A. D'ORS, *Creditum y Contractus* en *AHDE* 26 (1956), 194.

210. GAY, *In rem versum* cit., p. 255.

211. SOLAZZI, o. c., p. 269. En p. 270 habla el mismo autor de la interpolación de la *condictio* recién creada.

Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraño societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

El texto ha dado lugar a una copiosísima literatura y, a pesar de todo, sigue pareciendo oscuro. Resumiremos, en primer lugar, las distintas opiniones que sobre él se han dado.

Mitteis²¹² consideraba que la acción que se daba directamente era la *actio pro socio*. Por lo demás, creía inverosímil que Javoleno y, desde luego, Labeón atribuyeran una acción directa contra el *iubens* al socio del extraño. Lo reconstruía de esta forma:

Quotiens iussu patris cum filio societas coitur, directo cum patre agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Cicogna²¹³ dice que el *pater familias* se obligaría directamente en dos supuestos: en el caso de mutuo, cuando hubiera notificado su *iussum*, y en el caso de una sociedad. Según él, la justificación de la obligación directa producida por el *iussum* se basa en las palabras *cuius persona in contrahenda societate spectata sit*, pues harían prevalecer la consideración de la persona del *pater*. “El que celebra un contrato de sociedad con el hijo lo hace esencialmente en vista del padre, es decir, no como ocurre en los otros contratos en general que se hacen en función del padre y al mismo tiempo del hijo.”

Riccobono²¹⁴ dice que Mitteis reconstruye el texto de una manera imposible, al haber dejado intacta la frase *directo cum patre agi posse* que él estima como un indicio de la reforma justiniana en orden a la recepción del principio de la representación directa, que se plasmaría en la atribución al tercero de una acción directa contra el padre por el negocio contraído por el hijo. “La extensión, por lo demás, de la máxima al supuesto de un negocio concluido por el tercero con una persona extraña *iussu alicuius* constituye

212. L. MITTEIS, en *Jahrb. f. die Dogmatik* 39 (1898), 153 ss., citado por SOLAZZI, o. c., (en Scritti), p. 269, n. 2.

213. CICOGNA, o. c., p. 12.

214. S. RICCOBONO, o. c., p. 398 (de Scritti).

ya la más amplia recepción, en contraste con el Derecho clásico, del principio de la representación directa, puesto que el texto declara, en definitiva, que el sujeto de la obligación es siempre el que da el *iussum* para contratar, quienquiera que éste sea”²¹⁵.

Riccobono reconstruye así el texto:

Quotiens iussu patrie cum filio eius societates coitur, in solidum praetor in patrem actionem dat, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

apoyándose en Gayo 4,70.

Solazzi ha escrito también en diversas ocasiones sobre el texto²¹⁶, pero en 1955 le dedicó una amplia nota en la que pretende superar las posiciones de Mitteis y Riccobono. Respecto al criterio del primero, dice que ha buscado la razón y no la ha encontrado de por qué, desde época de Javoleno o quizá de Labeón, se habría admitido la representación directa mediante el hijo en el contrato de sociedad, y por ello se pregunta si el *spectare patris personam in contrahenda societate* no significa querer hacerse socio del padre aunque el patrimonio social sea detentado y administrado por el hijo. Con la respuesta afirmativa ocurriría que el hijo representaba de un modo estable a su padre en la sociedad: por decirlo así, sería el testaferro del padre; y no habría necesidad de eliminar las palabras *vel cum extraneo* en cuanto que el caso y su solución eran independientes de toda relación de potestad. Por el contrario, el escolio 1 de Basílicos 12,1,82 argumenta en favor de su interpretación: es cierto, dice el escoliasta, que procede la acción directa y no la *actio quod iussu* porque el jurisconsulto situó junto al hijo al extraño, respecto a quien sería absurdo admitir una acción adiecticia²¹⁷.

Se pregunta Solazzi, respecto a los argumentos de Riccobono, si es totalmente seguro que la motivación de D.17,2,84 coincidiera con la de Gayo 4,70. Y dice que el subjuntivo *spectata sit* debería querer decir que la *persona spectata* puede ser tanto la del padre

215. RICCOBONO, l. c.

216. En *RISG* 49 (1911), 53; en *SDHI* 21 (1955), 306 ss.; en *IVRA* 8 (1957), 544.

217. SOLAZZI, *La società col serco* en *SDHI* 21 (1955), 306 ss.

como la del hijo, mientras Gayo afirma que la *fides* más seguida es siempre la del padre. Por tanto, es dudoso que las locuciones *fidem sequi* y *personam spectare* sean sinónimas. "Si presto dinero a Sempronio y exijo la *fiduciussio* de Ticio se dirá de mí que *Titii fidem sequor* pero no se podrá negar que el mutuo ha sido contraído con Sempronio." Esta afirmación no nos parece, sin embargo, del todo exacta porque *credere* = *fidem sequi*. La persona *spectata* por el acreedor, continúa Solazzi²¹⁸, es el contrayente deudor; la *fides* considerada puede ser la de un extraño al contrato. Resumiendo, quien acepte la tesis de Riccobono deberá volver a fijar de una forma nueva y diferente la motivación de D.17,2,84. Solazzi dice no tener nada que añadir a la explicación dada hace cuarenta y cuatro años²¹⁹ y que había satisfecho a Mandry. Sin embargo, ahora no considera genuino *vel cum extraneo* y se plantea el problema de si la mención del extraño fue añadida por Triboniano o bien ocupó el lugar de *servove*. En todo caso, la interpolación habría sido introducida para sancionar el principio de la representación directa. El *eius* que, en la versión de Riccobono es superfluo y que Mitteis omitía, podría quedar mejor, termina Solazzi, como *filio servove eius*, pues es probable que el pasaje contemplara la sociedad contraída con un esclavo²²⁰.

No nos parece admisible la tímida hipótesis de Solazzi sobre la sustitución de *vel cum extraneo* por *servove*: en efecto, el texto no nombra, en modo alguno, al esclavo, y quizá sea excesivo pensar que los compiladores habrían suprimido esta mención. No podemos entrar, sin embargo, en el problema de si la sociedad podía contraerse o no con el esclavo²²¹.

218. En *RISG* cit., p. 53.

219. L. c. supra.

220. L. c.

221. En sentido afirmativo se pronuncia, probablemente con razón, SOLAZZI, l. c., donde invoca, además de D.17,2,48, también Paul., D.16,2,9 pr.; Pomp., D.17,2,18; Ulp., D.17,2,58,3 y Ulp., D.17,2,63,2, textos que, excepto D.17,2,84, se refieren a una *societas cum servo contracta*.—Sorprende que ARANGIO, en una monografía sobre la sociedad (*La Società in Diritti romano*; Napoli, reimpr. 1965) no toque este tema ni comente ninguno de los cinco textos supra citados.—J. BARON, en *Krit. Vierteljahresschr. f. Gesetzg. u. Rechtsweis.* 24, p. 42 ss. (cit. Por SOLAZZI, o. c., p. 273, n. 17) dice que por

A nuestro modo de ver, el *iussum* de que habla el texto no es de contraer, sino que la sociedad se habría constituido ya por la copropiedad, que sería, naturalmente, con el padre. Y la expresa autorización de éste se ha hecho para que el hijo pudiera determinar el régimen jurídico de la copropiedad que él ha obtenido. No se trata entonces de un *iussum* para contraer la sociedad y tampoco de que pensemos que D.17,2,84 contemplaba un caso de *communio incidens* o *societas re contracta*, que Arangio²²² considera invención postclásica, sino que creemos que esta sociedad tiene elementos que dependen de la copropiedad y por eso nuestro texto se referiría a una *societas* nacida *re et consensu*. En efecto, en un principio éste sería el tipo originario de sociedad producida por el hecho de la puesta en común de los bienes, sin que con ello pretendamos decir que no se diera un momento consensual, y es probable que Labeón todavía pensara en estos términos. Es claro que la constitución de sociedad supone en principio un acto adquisitivo y el demandar directamente al padre sería el lado negativo de la adquisición, de modo análogo a lo que ocurría respecto a la adquisición de la herencia por los sometidos.

La acción directa se da contra el padre, en la medida en que éste se ha convertido también en propietario-socio por el hecho de adquirir los bienes. El texto es claro en lo que se refiere a la concesión de una *actio pro socio* contra aquella persona en la que se piensa al celebrar el contrato de sociedad y la acción no se da adyecticiamente sino que, por el contrario, se otorga directamente contra el padre pues el texto habla de *directo*, lo que significa que no hay transposición de personas. En cambio, si no se hubiera dado la circunstancia de convertir al padre en copropietario por no haber mediado el *iussum* de éste, la *actio pro socio* no se daría directamente sino cubierta por la *actio de peculio*.

la naturaleza personalísima del contrato de sociedad sería imposible concluirlo por medio de representantes y esto sólo podría hacerse recurriendo al concepto de *iussum*. En idéntico sentido de la exclusión se manifiesta GAY, *In rem versum*, p. 222.

222. O. c. en nota anterior, p. 57-60.

f) Edicto y fórmula de la *actio quod iussu*.

En Ulpiano encontramos el comentario de las primeras palabras de esta cláusula: *Quod iussu eius cuius in potestate erit*, y el final deriva de Gayo 4,70 *negotium gestum erit, in solidum iudicium dabo*²²³.

La fórmula debía modelarse exactamente sobre la de la acción directa y debió de tener aproximadamente este tenor: *quod iussu NiNi AsAs Caio, cum is in potestate NiNi esset, togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Gaium filium A°A° d.f.o. ex fide bona, eius NmNm patrem AoAo c.s.n.n.a.*

Lo importante en la fórmula debía ser señalar que Cayo estaba bajo la potestad de *NsNs* al concluirse el negocio. La *demonstratio* debía ser siempre necesaria para contener el *iussum*, a cuya existencia estaba subordinado el ejercicio de la *actio quod iussu*²²⁴.

(Continúa en *AHDE* 38 [1968])

EMILIO VALIÑO
Universidad de Navarra

223. LENEL. *EP*, p. 277.

224. LENEL. o. c., p. 278.

LEGISLACION CONTRA LIBERALES EN LOS COMIENZOS DE LA DECADA ABSOLUTISTA (1823-1825)

El cambio político que se inaugura en 1823 es, sin género de duda, el más radical y completo del siglo¹. La vuelta al absolu-

1. El presente estudio tiene carácter de revisión de fuentes y bibliografía para centrar y exponer la legislación contra liberales de Fernando VII, dentro del ámbito político en que se promulgó. Constituye una aportación al estudio del tránsito desde el trienio liberal al absolutismo.

Las fuentes manejadas han sido:

Decretos del Rey Don Fernando VII. Ed. de FERNANDO MARTÍN DE BALMASEDA. 6 vols. (I-VI) y un *Apéndice a los tomos I al IV.* Madrid, 1816-1819.

Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino y los expedidos por su Majestad desde que fue libre del tiránico poder revolucionario, comprensivo al año de 1823. Ed. de FERNANDO MARTÍN DE BALMASEDA. 1 vol. (VII), Madrid, 1824.

Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII. Ed. de JOSÉ MARÍA DE NIEVA. 9 vols. (VIII-XVI), Madrid, 1824-1832.

Índice cronológico, general y sustancial, por orden alfabético de las materias que contienen los doce tomos y uno de apéndice de la Colección de Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII. Ed. de JOSÉ MARÍA DE NIEVA, Madrid, 1828.

Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII y de la Reina su Augusta esposa. Ed. de JOSÉ MARÍA DE NIEVA. 2 vols. (XVII-XVIII). Madrid, 1833-1834.

Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación de 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1813. 4 vols. (I-IV). Madrid, 1820.

Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Ordinarias desde el 25 de septiembre de 1813, día de su instalación, hasta 11 de mayo en que fueron disueltas. 1 vol. (V). Madrid, 1822.

Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias (1810-1813). 9 vols. Madrid, 1870.

Gaceta de Madrid. Años 1823, 1824 y 1825.

Las distintas series de Fernando VII las citaremos *Decretos Fernando*; las de Cortes *Decretos Cortes*; las abreviaturas de las últimas fuentes mencionadas serán *Diario 1810-13* y *Gaceta*.

tismo es más decidida y tajante que en 1814 y la repudiación de lo actuado por las Cortes del trienio liberal es total. Desde el primer momento la Junta provisional y la Regencia del Reino, después Fernando VII y sus Secretarios se aplican a esta aniquilación de la obra del trienio. Sirvan de resumen de la tendencia los artículos del Manifiesto de 1 de octubre de 1823, en Puerto de Santa María, apenas libre el rey:

«... deseando proveer de remedio a las más urgentes necesidades de mis pueblos y manifestar a todo el mundo mi verdadera voluntad en el primer momento que he recobrado mi libertad, he venido en decretar lo siguiente:

1.º Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquiera clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy, día 1.º de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época he carecido de libertad, obligado a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno.

2.º Apruebo todo cuanto se ha decretado y ordenado por la Junta provisional de Gobierno y por la Regencia del Reino, creadas, aquélla, en Oyarzún el día 9 de abril, y ésta, en Madrid el día 26 de mayo del presente año, entendiéndose interinamente hasta tanto que instruido competentemente de las necesidades de mis pueblos pueda dar las leyes y dictar las providencias más oportunas para causar su verdadera prosperidad y felicidad, objeto constante de todos mis deseos»².

Anula, por tanto, la labor de los constitucionales y queda aprobada, de momento, la gestión de los órganos realistas creados en el interregno. Y una copiosa legislación desarrollará esta línea.

En esa tarea legislativa de deshacer lo anterior cabe distinguir

Respecto a la bibliografía, nos hemos servido de la más clásica —como se verá por las notas— para los aspectos políticos generales. Sin embargo, no hemos olvidado la nueva dirección de SUÁREZ VERDAGUER. Sobre su valoración, en general, F. SUÁREZ, “Génesis del liberalismo político español”, “Planteamiento ideológico del siglo XIX español” y “La historia española a través de C. F. Henningsen” en *Historia de España*. Estudios publicados en la revista *Arbor*. Madrid, 1953.

2. Manifiesto de 1 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando, VII*, 147 ss. la cita en 149). Los organismo anteriores concretamente la Regencia era

dos extremos: hay modificación en instituciones, y también, sustitución de personas. Fernando VII —es consecuente— llama a cargos y premios a sus partidarios; mientras, castiga y persigue a los constitucionales. Este último tema es el objeto del presente estudio. Y precisamente las nuevas leyes contra las personas de los liberales, que surgen para hacer el tránsito a la nueva situación. No interesa ahora la persecución de hecho —tampoco la contemplan las leyes—, ni el mero deponer de cargos o castigar por los medios usuales en el derecho entonces vigente. Nos interesa más bien, la promulgación de nuevos decretos, órdenes o cédulas, la aparición de instituciones orgánicas o de procedimientos para la purificación de empleados del gobierno, de militares, las leyes penales nuevas para detener el avance de las ideas... En suma, se trata de estructurar un tanto las novedades jurídicas —desde luego, nada atractivas— con que se enfrentó Fernando VII a los liberales.

En la reacción de 1814, si se dictan disposiciones contra afrancesados, se hace de forma más limitada, asistemática³. Ahora se

consciente de la provisionalidad de su legislación, véase el art. 6 de la orden de 19 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 41). Sin embargo, se conservó en su mayor parte.

Esta anulación le parece absurda a F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona. Guerra de España. Negociaciones. Colonias españolas. Polémica*. Trad. de FRANCISCO MADINA-VEYTIA. Madrid, 1858, 142 s.

3. La reacción de 1814, desde las disposiciones legales, puede sintetizarse aproximadamente en estas líneas:

A. Modificación paulatina de las instituciones instauradas en Cádiz, unas veces anunciando unas futuras posibles Cortes, que no tendrán lugar, como en el decreto de 4 de mayo de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 1 ss.) o en tres circulares de la Gobernación de ultramar de 17 de junio de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 31, 32, 32 s.). De otra parte, Fernando VII va modificando poco a poco las instituciones: primero la Constitución, Capitanías generales, después Consejos, Secretarías, etc. (Real decreto de 4 de mayo citado; otro de 4 de mayo de 1814, (*Decretos Fernando*, I, 13; circular de 16 de mayo de 1814, *Decretos Fernando*, I, 15; reales decretos de 27 de mayo de 1814, *Decretos Fernando*, I, 45 ss.; reales decretos de 29 de mayo de 1814, *Decretos Fernando*, I, 47, 48, 48).

Pronuncia la nulidad de lo anterior sólo desde 28 de marzo, fecha de su entrada (real decreto 4 de mayo de 1814, *Decretos Fernando*, I, 13), pues acepta —aunque sujeto a reformas— lo actuado por las Cortes. En la circular de 16 de mayo de 1814, dirigiéndose a los capitanes generales, les

promulga, en cambio, una legislación coherente y más completa destinada a apartar definitivamente a personas e ideas liberales del gobierno y del país. Importaría adivinar su significado. No toda persecución contra grupos o personas se realiza desde una legisla-

indica que no varíen las instituciones, como se hace en algunos pueblos, "hasta que S.M., por disposiciones generales, acuerde lo que estime conveniente y justo" (*Decretos Fernando*, I, 16).

B. Contra personas, el extrañamiento de afrancesados, que salieron con José I, por circular de 30 de mayo de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 49 ss.) es suavizado por el posterior indulto del real decreto de 14 de octubre de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 313 s.) y, para militares presos, el de 2 de septiembre de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 233 ss.). Contra liberales doceañistas no hay persecución desde leyes, aunque en algunos decretos se percibe la formación de causas o fricciones (circular de 1 de junio de 1814, *Decretos Fernando*, I, 52 ss.; real orden de 11 de septiembre de 1814, *Decretos Fernando*, I, 248; real decreto de 26 de enero de 1816, *Decretos Fernando*, III, 28; real cédula de 16 de febrero de 1816, *Decretos Fernando*, III, 87, s.).

Sobre persecución y amnistía, en relación con personas en 1814, M. DEL C. PINTOS VEITES, *La política de Fernando VII entre 1814 y 1820*. Pamplona, 1958, 172 ss., 196 ss., 227 ss.

C. En relación a empleados, hay cierta revisión o rehabilitación, pero sin llegar a sistema, según se trasluce en algunos decretos (real orden de 11 de enero de 1815, *Decretos Fernando*, II, 18 s.; 12 de enero de 1815, *Decretos Fernando*, II, 19; real orden de 27 de enero de 1815, *Decretos Fernando*, II, 40; entre otros). Las "purificaciones" de militares gaditanas, en cambio, se mantendrán por real orden de 8 de agosto de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 176 ss.), otra de 13 de abril de 1815 (*Decretos Fernando*, II, 237) y otra de 16 de septiembre de 1815 (*Decretos Fernando*, II, 664 s.).

D. Por último, cabe citar fuertes intentos legislativos para mantener el orden, por ejemplo, disposiciones contra malhechores (real cédula de 8 de agosto de 1814 *Decretos Fernando*, I, 198 ss.) o el restablecimiento de la Inquisición o la estructuración de un organismo de Seguridad Pública, que durará poco (real decreto de 12 de marzo de 1815, *Decretos Fernando*, II, 161; real orden de 15 de marzo de 1815, *Decretos Fernando*, II, 170 s.; otra de abril de 1815, *Decretos Fernando*, II, 284; se suprime por la de 8 de octubre de 1815, *Decretos Fernando*, II, 695 s.).

Sobre la reacción de 1814, aparte puede verse *Historia de la vida y reinado de Fernando VII de España, con documentos justificativos, órdenes reservadas y numerosas cartas*, 3 vols. Madrid, 1842 —obra atribuida a E. Vayo—, II, 8 ss., en especial, 42 ss. y apéndice, 377 ss.; M. J. QUIN, *Memorias históricas sobre Fernando VII, Rey de España, con el Examen crítico de la revolución de España de 1820 a 1823 y España en el siglo XIX*,

ción nueva y especial. No se crea que esa nueva fuerza legislativa supone tan sólo mayor intensidad o extensión en el castigo, podría ser, incluso, un intento de mayor justicia. Las razones de alcanzar planos legislativos en la represión pueden ser muy varias: seguridad de Fernando VII en su trono, ¿o tal vez inseguridad? ¿Significa deseos de mayor publicidad y escarmiento o sistematizar la venganza de Fernando y sus colaboradores? Es muy difícil concluir, nos contentaremos con describir cómo se desarrolló esta legislación, en sus varios aspectos.

Un primer sector, en el cambio del régimen, es la destitución de autoridades y nombramiento de otras. La intensidad de cualquier cambio se percibe en la mayor o menor sustitución, en los estratos más o menos amplios a que afecta. Cuando se da una modificación en instituciones, como en 1823, ello influirá decisivamente en las destituciones y nombramientos. La reforma legislativa orgánica del trienio está algo avanzada, lo que implicará, por tanto, derogación de instituciones, afectando, en consecuencia, a autoridades y empleados.

Un segundo aspecto consiste en incriminar a los constitucionales una nueva conducta penal, delictiva, usualmente con carácter retroactivo. En 1823 se les aplicaron penas en la legislación ordinaria, y por los tribunales ordinarios —no los jueces de primera instancia del trienio, desde luego— y, además, se dictaron leyes penales nuevas. Incluso algunas con organismos juzgadores y procedimientos especiales.

En 1823 alcanza, también, amplio desarrollo una forma jurídica para la renovación y el cambio de personas: las purificaciones. Introducidas por la Regencia del Reino nos deparan una institucionalización acabada de lo que, en parte, se realizó de 1810 a 1814. Las purificaciones suponen una revisión —especialmente dirigida a empleados públicos— persona a persona. No contra sospechosos.

por Luis de Carné. Trad. por Joaquín García Jiménez, 3 vols., Valencia, 1840, I, 157 ss. · M. LAFUENTE, *Historia general de España, desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, continuada desde dicha época hasta nuestros días por Juan Valera, con la colaboración de Andrés Borrego y Antonio Pirala, 25 vols. Barcelona, 1887-1890, XVIII, 14 ss., 171 ss.

de presuntos delincuentes, como en las causas formadas por leyes penales, sino contra toda una amplia clase de personas. No es tampoco declaración del cese de personas determinadas, sino pasar toda la administración por el tamiz de un procedimiento.

I

ABRIL A SEPTIEMBRE DE 1823: LA JUNTA DE OYARZUN Y LA REGENCIA DE MADRID.—PRIMERAS MEDIDAS Y COMIENZAN LAS PURIFICACIONES

El Congreso de Verona ha decidido restaurar el poder de Fernando VII. Las potencias de la Santa Alianza se dirigen al Gobierno constitucional, solicitan la reforma de la constitución española. Francia había destacado un ejército en los Pirineos, cuya cercanía motiva la Regencia de Seo de Urgel. Numerosas partidas realistas dominan la Rioja, Castilla, Cataluña, Valencia... En 28 de enero de 1823 Luis XVIII había anunciado claramente su intención en la apertura de las Cámaras: "cien mil franceses mandados por un príncipe de mi familia, por aquél a quien mi corazón se complace en llamar hijo, están prontos a marchar, invocando el Dios de San Luis, para conservar el trono de España a un nieto de Enrique IV, preservar este hermoso país de su ruina y reconciliarle con la Europa"⁴.

La entrada del Duque de Angulema —en 7 de abril—, retira a los constitucionales —con Fernando VII y la real familia— hacia Sevilla, después irán a Cádiz. Y mientras se retira el poder, surgen otros organismos políticos en la zona absolutista: la Junta provisional de gobierno de Oyarzun en 9 de abril, la Regencia del Reino en Madrid en 26 de mayo. Son los órganos primeros del retorno al régimen absolutista: dictan una serie de leyes y disposiciones que orientarán ya, en parte, la posterior línea del gobierno de Fernando. Uno y otro organismo muestran una continuidad en las personas y en la legislación que promulgan. La Junta provisional vino con el ejército extranjero, constituida desde Bayona: son

4. La cita *Historia de la vida y reinado*, III, 52. Sacada posiblemente de F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, 54.

el general Eguía, el barón de Eroles, Antonio Gómez Calderón y Juan Bautista Erro, absolutistas marcados. La Regencia está en la misma tendencia, incluso formada por semejantes personas, presidida por el Duque del Infantado⁵.

La Regencia se constituye a instancias del Duque de Angulema en sesión de 26 de mayo, cuya acta, firmada por Francisco Tadeo Calomarde, sirve de documento legislativo para su validez. En aquel día queda formada y reconocida por el generalísimo francés y procede al nombramiento del Secretario de Hacienda: Juan Bautista Erro. Al día siguiente —27 de mayo— quedaban nombrados los demás secretarios, que se harían cargo de la reorganización: Víctor Sáez, como primer Secretario de Estado⁶. Inmediatamente

5. Sobre estos sucesos, intervención y venida de los franceses, así como Junta y Regencia, *Historia de la vida y reinado*, III, 16 ss., 94 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 20 ss., 56 ss.; F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, 54 ss.; A. BALLESTEROS BERETTA, *Historia de España y su influencia en la Historia Universal*, 10 vols. Barcelona, 1918-1941, VII, 196 ss.; MARQUÉS DE VILLAUURUTIA, *Fernando VII rey absoluto. La ominosa década de 1823 a 1833*, Madrid, s. a. 46 ss. Acerca de la Junta provisional escasean los datos: es fundamental la relación de la misma en la Gaceta de Madrid (*Gaceta*, 29 de mayo de 1823 y siguientes).

La pugna entre franceses y Regencia se debe a la marcada intolerancia y dureza de ésta. Puede verse desde sus comienzos en el manifiesto de 3 de junio, y las proclamas de 4 y 19 de junio de 1823 (*Gaceta* 5, 7 y 21 de junio de 1823). La mayor tolerancia del Duque de Angulema y los franceses motivó que el comandante francés de Burgos soltara presos no detenidos por mandamiento judicial. Víctor Sáez protestó, y el Duque promulgó el decreto de Andújar, protector de liberales. Nuevas protestas y apertura de cárceles por la Regencia, conseguirán que acepte Angulema a derogarlo. Sobre este suceso, F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, 114 ss., su opinión sobre la Regencia, también en 107, 112, que dice: "podrá ser muy buena, pero es muy bestia (bête)".

Sobre la tolerancia de los franceses, *Historia de la vida y reinado*, III, 125 ss., 167 ss., 176 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 116, 119, 149 s.

6. Acta de instalación 26 de mayo de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 2 ss.) nombrando al Duque del Infantado, Duque de Montemar, Juan de Cavia, obispo de Osma; Antonio Gómez Calderón y —ausente— al Barón de Eroles. Sobre tratamiento de Alteza por decreto del mismo día (*Decretos Fernando*, VII, 6). Este es el que se inserta en la primera Gaceta de 27 de mayo (*Gaceta* 27 de mayo de 1823).

Los nombramientos de secretarios en decreto de 26 y otros de 27 de mayo

estos reestructuran los Consejos y otros altos organismos de la situación anterior ⁷.

Para la destitución de las autoridades políticas de tipo secundario, se contaba con precedentes de 1814. La Junta provisional, como la Regencia, disponen preceptivamente:

«Que inmediatamente cesen en el ejercicio de sus funciones los llamados jefes políticos, alcaldes constitucionales y jueces de primera instancia.»

E inmediatamente se daban reglas para hacer la transformación de los Ayuntamientos, devolviendo el poder a los alcaldes que se hallaban en funciones el 1 de marzo de 1820. Siempre, claro está, que no hubiesen dado lugar a sospecha de adhesión al régimen constitucional, en cuyo caso serían los de 1819 o anteriores, hasta quienes no tuviesen nota en contra. Los alcaldes mayores o corregidores serán los más antiguos ⁸.

(*Decretos Fernando*, VII, 7, 7, 7, 8, 8 s., 9, 9 s., 10, 10 s.) a favor de Juan Bautista Erro —Hacienda—, sustituido en 19 de julio por Salazar (*Gaceta* 24 de julio de 1823); Antonio de Vargas y Laguna —Estado—, nombrando interinamente a Víctor Sáez y definitivamente desde 7 de agosto (*Decretos Fernando*, VII, 83; también 97); José Aznárez —Interior e interinamente Gracia y Justicia—; José García de la Torre —Gracia y Justicia—; Luis Salazar —Marina—; José Sanjuán —Guerra—. Por lo demás, a Eguía se le nombra capitán general en 26 de mayo (*Gaceta* 3 de junio de 1823).

Sobre este ministerio, A. BALLESTEROS BERETTA, *Historia de España*, VII, 213 ss.

7. Ante la imposibilidad de seguir toda la reestructuración, nos limitaremos a enumerar las primeras disposiciones de vuelta al antiguo régimen con la Regencia. Se convoca el Consejo Real por orden de 27 de mayo de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 11), el Consejo de Indias por orden de 29 de mayo de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 11 s.), Tribunal de Cámara por orden de 30 de mayo de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 13), Cámara de Alcaldes de Casa y Corte por orden de 2 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 17 s.), corregidores y alcaldes por orden de 12 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 36), Consejo de Hacienda por decreto de 19 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 96 s.), Consejo Supremo de Guerra por decreto de 31 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 104 s.).

8. Orden de 19 de junio de 1823, repitiendo literal la circular de 9 de abril de 1823 de la Junta provisional (*Decretos Fernando*, VII, 39 s.). La referencia genérica que en ella se hace a la legislación de 1814 no es aven-

Estas medidas de destitución fueron, realmente, muy tempranas. Ya en 9 de abril, la Junta había dictado lo anterior. En suma, en estos momentos de cautividad del rey, la estructuración se había realizado en el siguiente orden temporal: una Junta, que inmediatamente había depuesto autoridades de tipo municipal y local; después la Regencia creaba de nuevo las Secretarías y restauraba Consejos, y, poco después, reiteraba la cesación de funcionarios locales, ya promulgada por la Junta⁹.

Durante este período intermedio —en espera de la vuelta del monarca— aparece también una serie de leyes penales. Un sistema general de intimación es promulgado por la Junta provisional en 25 de abril y reiterado por la Regencia en 30 de junio. Se acude a la legislación anterior y a los justicias, pero estableciendo nuevos delitos y plazos con tremendas presunciones, si no se cumplen.

«Todo vecino o habitante que se haya ausentado de su domicilio por haber servido en la milicia titulada nacional voluntaria o reglamentaria, por haber obtenido empleo del pretendido gobierno constitucional o a causa de sus opiniones políticas, deberá restituirse a su casa dentro del preciso término de quince días.»

En este supuesto no serán molestados, salvo que hayan causado perjuicio o daño a tercero, o tratasen de turbar el orden público, en cuyos casos responderán según las leyes y conforme a derecho. A los que se presenten algo más tarde se les castiga con 200 ducados, o en su defecto con dos meses de cárcel. Y cuando no se hayan presentado en un mes con muy grave penalidad. Porque “los que no se hayan presentado en el término de un mes, que se estima suficiente para restituirse a sus pueblos de cualquier parte donde se hallen, presentan en este mismo hecho una prueba evi-

turado suponerla al real decreto de 4 de mayo de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 13) y, sobre ayuntamientos y diputaciones, a dos reales decretos de 15 de junio de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 74, 74 s.).

9. La Junta y Regencia se ocupan, también, de revisar cargos y beneficios concedidos a clérigos en el trienio, apelando a las autoridades eclesiásticas, por orden de 28 de abril de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 1 s.), orden de 31 de mayo de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 14) y, en sentido análogo, la orden de 16 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 38 s.).

dente de su obstinación y de su aversión al Gobierno legítimo; y en su consecuencia deberán proceder los justicias al embargo de sus bienes, y a formarles causa de infidencia, que deberán sustanciar y determinar con arreglo a derecho”¹⁰. La circular primitiva, así como su recuerdo por la Regencia, tienen cierto valor de perdón, al pronto. Señala los tipos básicos de la represión, pero conectados con los justicias e instalados en derecho anterior; incluso la presunción conduce a un delito sancionado por leyes anteriores¹¹.

Aquel mismo 30 de junio en que la Regencia reiteraba esta obligación de acudir a reinstalarse, en sus respectivos pueblos, ordenaba también a toda persona que desde las provincias recién ganadas se dirijan a Madrid, su presentación al comisario de Vigilancia Pública, situado al frente de los Depósitos de prisioneros. Si fueren “sujetos que hayan obtenido empleos por el gobierno revolucionario y también personas particulares que por la notoriedad de su conducta inspiren desconfianza fundada”, serán detenidos, así como si no se presentaren o se fugaren¹². Estos Depósitos para prisioneros, o para soldados y oficiales que se hayan pasado a los ejércitos realistas o hayan permanecido en los pueblos que se ocupen, son administrados por comisarios de Vigilancia pública¹³. También se lleva a ellos a quienes se les encuentra sin pasaporte

10. Orden 30 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 57 ss., citas en 58 s.). Acerca de lo que ocurre al volver a los pueblos, F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, 116 s.

11. También se intima desde el sistema anterior “a todas las personas, sin excepción, en cuyo poder se hallen papeles pertenecientes al gobierno”, si no los entregan en plazo de tres días, y si los queman o inutilizan, formándoseles “causa, imponiéndoles --en último caso-- la pena correspondiente a la gravedad del crimen”, por decreto de 6 de julio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 65 s.). Se completa esta materia con la obligación de los justicias de entregar a los intendentes por orden de 3 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 79) y la repercusión de esta desaparición de papeles para Hacienda en la circular de la Dirección de Rentas de 16 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 115 ss.).

En igual sentido de basarse en lo anterior la puesta en vigor del real decreto de 1 de junio de 1814, por el decreto de la Regencia de 13 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 88; el otro citado, I, 52 ss.).

12. Decreto de 30 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 53 s.).

13. Decreto de 26 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 47 ss.).

y sirven a unos y otros de depósito, en espera de que se establezca su situación futura. Pero obligar a todas las personas que se dirijan a Madrid a presentarse ante el comisario de Vigilancia supone una doble obligación: presentarse a los Depósitos —en número limitado— y en los pueblos; se establecían unas detenciones por una parte, junto a unas posibles causas ante los justicias; y, además, en la misma fecha. Claro que la segunda sólo para quienes marchan hacia Madrid. Se rodea por zona amplia la capital, para evitar concentración en ella ¹⁴.

También es notable un decreto —algo anterior, 23 de junio— en que la Regencia manda que se forme lista de diputados, ministros... “que han mandado la traslación del Rey de esta ciudad a Cádiz o han prestado auxilio para realizarla”. Y ordena el secuestro de todos sus bienes, al par que quedan “por este solo hecho declarados reos de lesa majestad, y los tribunales les aplicarán sin más diligencias que el reconocimiento de la identidad de las personas la pena señalada por las leyes a esta clase de crimen”. También se establece otro delito, para generales y oficiales de tropa de línea y de la milicia que le han seguido a Cádiz, quienes podrán ser sometidos a “Consejo de Guerra para ser juzgados como cómplices de las violencias que se cometieren contra S. M. y real familia, siempre que pudiendo evitarlas no lo hayan hecho” ¹⁵.

14. Decreto de 8 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 22 s.).

Oficialmente este organismo busca asegurar el “reposo” y hacer “desaparecer el fuerte espíritu de discordia”, busca, en realidad, imponer orden, expresando desconfianza en los jueces al decir: “Cuando a juicio del Superintendente no procedan los jueces en las causas con toda brevedad y con arreglo a las leyes, acudirá reservadamente al gobierno por la Secretaría de Estado y Despacho del Interior...”.

Le resulta además sencillo al poder soslayar problemas de fueros especiales por decreto de 18 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 39).

Toda la cuestión de circulación y pasaportes le está encomendada, por varias disposiciones: órdenes de 6 y 8 de agosto y 11 de septiembre de 1823. (*Decretos Fernando*, VII, 81 s., 84, 115). Acerca de la tendencia a descongestionar Madrid puede verse la orden de 14 de agosto de 1814, reiterada en 18 de agosto de 1823, en que conmina con privación de empleo a los oficiales que vayan a la capital (*Gaceta*, 26 de agosto de 1823).

15. Decreto de 23 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 45 s.).

En el mismo sentido de salvar al Rey la intervención de Guilleminot, en

Entremos a examinar un último sector. Una institución, ya esbozada en la época de Cádiz, resurge ahora en la liquidación del trienio liberal: las purificaciones de empleados públicos y militares. No posee entera originalidad, sino tan sólo máximo desenvolvimiento en este momento histórico.

En las Cortes de Cádiz, por inspiración de José Martínez —diputado por Valencia—, había funcionado un sistema de rehabilitación o purificación para empleados, separando a quienes habían colaborado con el gobierno de José I. Después, hacia 1813, se extiende a militares, en forma de especial Consejo de Guerra, para juzgar a quienes procedían de campo enemigo. La adhesión a uno de los grupos en combate se consideraba importante, en relación a cargos públicos y militares. Cuando llegue Fernando en 1814 mantiene los Consejos contra militares¹⁶. Pero volvamos al período que examinamos.

septiembre, con digna contestación de los liberales, M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 110 s.

16. Las purificaciones o rehabilitaciones de las Cortes de Cádiz pueden exponerse referidas a dos sectores, empleados y militares.

A. En la sesión de 16 de junio de 1811 (*Diario, 1810-13*, 1268) se plantea por José Martínez la necesidad de una clasificación y purificación de los empleados al servicio del gobierno de las Cortes. Se llega a aprobar un decreto en 29 de junio (*Diario, 1810-13*, 1365 ss.) y se nombra una comisión para estos efectos (*Diario, 1810-13*, sesión 1 de julio de 1811, 1385).

Al resolver la Regencia gaditana algunos problemas de ocupación de nuevos territorios surge otra cuestión: llevar la purificación a los empleados de estas zonas que sirvieron al Rey José I. Nombrada una comisión, se llega al decreto CLXXXIV, de 11 de agosto de 1812 (*Diario, 1810-13*, sesión de 8 de agosto de 1812, 3517; *Decretos Cortes*, III, 52 ss.). En general, se deponía a todos los empleados, pudiéndose nombrar interinos por los intendentes. Una amplia discusión se produce en torno a este decreto en las Cortes; se discute su suavidad o dureza, se presentan dictámenes, proyectos...: por ejemplo, los proyectos en 2 y 8 de septiembre (*Diario, 1810-13*, 3632 ss., 3668 ss.). Por fin se llega a otro más moderado y elaborado, al decreto CXCII, de 21 de septiembre de 1812 (*Diario, 1810-13*, 3720; *Decretos Cortes*, III, 84 ss.).

Tras nueva intervención de José Martínez (*Diario, 1810-13*, sesión de 22 de septiembre de 1812, 3740 ss.), llueven las representaciones a Cortes pidiendo nueva suavización y reforma de estas disposiciones. Ello dará lugar a la aprobación del decreto CCIX de las Cortes, en 11 de noviembre de 1812 (*Diario, 1810-13*, sesión 14 de noviembre de 1812, 3972; *Decretos Cor-*

Ya en 2 de junio de 1823 se hace sentir la necesidad del mecanismo purificador, a juicio de la Regencia. Al parecer, el Consejo de Indias pretende, con el fin de funcionar más completo, que los ministros que sirvieron en el período constitucional se repongan. La Regencia no lo admite por hallarse pendiente una consulta sobre el particular, y lo deja en funcionamiento restringido con los cinco existentes¹⁷.

La disposición fundamental es el decreto de la Regencia de 27 de junio. Se había consultado por dos veces al Consejo Real para regular la separación y reposición de los empleados públicos; para llegar a buen acuerdo, unificando posibles medidas dispersas. Los principios o criterios recogidos fueron: la separación de los empleados nombrados con posterioridad al 7 de marzo de 1820; la reposición de los nombrados antes, que hubieran sido separados

tes, III, 166 ss.), en que se admite reposición de empleados mediante listas e informes de los ayuntamientos constitucionales.

B. Como consecuencia y extensión alcanzará a los militares. Golfín lo hacía surgir en la Cámara (*Diario, 1810-13*, sesión 14 de octubre de 1812, 3836) y casi un año más tarde se llegaba a la aprobación del primer decreto (*Diario, 1810-13*, sesión 2 de abril de 1813, 4958 ss.).

Una guerra civil dio lugar a que los militares se encontrasen obligados a ambos bandos, como pertenecientes a los dos ejércitos. Las Cortes de Cádiz comenzaron por dictar una serie de perdones e indultos en 21 de noviembre de 1810 (*Decretos Cortes*, I, 20 ss.) y 25 de mayo de 1812 (*Decretos Cortes*, III, 3 ss.). Finalmente se deciden a formar un Consejo de generales, que juzgue, deponga grados y señale penas para los colaboradores militares con el gobierno intruso por decreto CCXLVIII, de 8 de abril de 1813 (*Decretos Cortes*, IV, 42 ss.), aclarado por orden de 22 de octubre de 1813 (*Decretos Cortes*, V, 8 s.). Fernando VII, en 1814, mantendrá estos consejos por real orden de 8 de agosto de 1814 (*Decretos Fernando*, I, 176 ss.).

Sobre las purificaciones de las Cortes, M. LAFUENTE, *Historia general*, XVII, 312 ss. También las cita M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 360, n. 1. En 1823, sin duda se recuerdan; el obispo de Tarazona se refiere en 1825 a su origen gaditano: "el repartimiento de los empleos y destinos ha recaído principalmente en ellos (liberales); y que las purificaciones inventadas por las Cortes extraordinarias de Cádiz son capa para cubrir al malo, y muchas veces instrumento para perseguir al bueno", *Documentos del reinado de Fernando VII*, II. Informes sobre el estado de España (1825). Estudio preliminar y notas por Federico Suárez, Pamplona, 1966, II, 290 s.

17. Orden 2 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 15). El criterio de continuar en funciones, no obstante, será general. Véase nota 24.

por desafectos al sistema constitucional (arts. 1.º y 2.º); y, por último,

«Quedarán sujetos a la purificación de su conducta política, a efecto de continuar o ser repuestos, los empleados nombrados por S. M. antes del 7 de marzo de 1820, que al restablecimiento del sistema constitucional no quedaron separados de sus destinos, los que desde esta época han obtenido ascensos de escala o extraordinarios o variado de destino» (art. 4).

Se señalaba, además, en el decreto la manera y competencia para la purificación. Se haría por procedimiento de:

«... informes reservados de su conducta política y calificación de la opinión pública que hayan gozado en los pueblos de sus respectivos destinos, tomándose a lo menos de tres personas, y éstas bien marcadas por su adhesión a la sagrada Persona de S. M. y al gobierno real, y exigiéndose individuales, positivos y precisos, sin que sirvan los genéricos y meramente negativos y sin admitir las justificaciones voluntarias de testigos presentadas por los interesados»¹⁸.

Se establecía, pues, un procedimiento administrativo especial y transitorio para la realización de la purificación. Y además se señalaba la competencia para realizarlo, en sucesivos tramos, en cascada: los ministros ya repuestos del Consejo de Castilla y los de Indias —respectivamente a sus sectores— lo harán de los no repuestos y demás subalternos de ambos Consejos. Al mismo tiempo purificarán a los regentes, oidores y alcaldes del crimen de las Chancillerías y Audiencias de España e Indias. Estos —nuevo escalón— examinan a los escribanos y demás subalternos, así como a los corregidores y alcaldes mayores. Aparte se establece una Junta central para todos los demás empleados de la Administración civil del Estado, que, a su vez, purificaría a los intendentes, contadores de provincias y administradores de Rentas. Estos tres fun-

18. Decreto de 27 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 50 ss.). Se aclara el literal de su artículo 1.º por decreto de 5 de julio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 65). También contra empleados del trienio las órdenes de 4 de agosto y 27 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 80, 188).

cionarios —nuevo escalón—, junto al corregidor o alcalde mayor de la capital, formaban la Junta de provincias para los demás. Contra sus acuerdos sólo cabía reclamar en diez días ante los mismos tribunales —recurso de reposición, diríamos hoy—, quien repite el trámite con otros informes, sin que quepa ulterior instancia¹⁹.

La reposición se hacía, pues, previo examen de su conducta, que no alcanza a los depuestos por el gobierno constitucional. “La reposición de los antiguos empleados en las mismas plazas —señalaba su artículo 8.º— ... sea y se entienda sin perjuicio de lo que en adelante pudiera resultar por el conocimiento de los libros y expedientes de las Secretarías del Despacho, Consejo de Estado, Tribunales y otras cualesquiera oficinas, relativamente a su conducta política, y con especialidad a haber los susodichos pertenecido en algún tiempo a las sociedades secretas no reconocidas por las leyes”²⁰.

Por lo demás, para quienes quedaban, la Regencia de Madrid estipuló el pago de sueldos inmediatamente, señalando, además, los haberes que les correspondían. Se pagaba a los anteriores a 7 de marzo de 1820 —en ejercicio o jubilados entonces— los sueldos que entonces disfrutaseu.

«Se pagará, desde luego, la mesada correspondiente al mes de la fecha a todos los empleados civiles y militares que se hallan en el ejercicio de sus destinos, a los jubilados, retirados, cesantes o reformados antes del 7 de marzo de 1820, a los que han quedado en cualquiera de estas cuatro clases por disposición de los revolucionarios, a las viudas y huérfanos y a los que disfrutaban pensiones concedidas por el gobierno legítimo, con tal que estuviesen corrientes sus pagos antes del expresado día 7 de marzo...»²¹.

19. Decreto citado de 27 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 51 s.). Se completa por la orden de 30 de septiembre de 1823, que fija plazo de diez días para interponer la segunda instancia (*Decretos Fernando*, VII, 139).

20. El mismo decreto de 27 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 51 s.). En el artículo 9.º se prevé la reclamación de particulares.

21. Orden de 30 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 55 ss., cita en 55 s.). Además la orden de 21 de junio de 1823 ordenaba pagos desde 1 de junio (*Decretos Fernando*, VII, 43 s.), y la de 26 de agosto de 1823,

Sin embargo, todavía restringió más los pagos —sin duda, por causas financieras— por orden de 16 de septiembre. Se abonaría —por agosto— a los que estuvieren en activo, a los retirados, jubilados y cesantes anteriores a 1820, siempre que hubieren intentado su purificación. Esta era asimismo necesario que estuviese realizada para quienes no estaban en activo en sus empleos, por no haber sido llamados o por haber sido separados por sus jefes. Las viudas y huérfanos sólo cobrarían si lo tuvieran reconocido antes de 7 de marzo de 1820²². Mientras, va apareciendo ya una clase de empleados interinos —nuevamente colocados— que después coincidirán y concurrirán con los purificados o rehabilitados. Para ellos se ponen en vigor disposiciones de 1816, a efectos de pagarles, salvo que se especificare otra cosa en sus nombramientos²³.

El sistema de mantener empleados, completados por interinos, buscaba dejar funcionando la administración entre tanto. Aunque se diese el cese inmediato a los nombrados con posterioridad a 1820, quedaban en sus puestos los demás, se reincorporaban los separados por los liberales. Sin embargo, se temió incluso de los más avanzados de estos, y por decreto de 23 de julio suprimía inmediatamente de empleo y sueldo a quienes hubieran ingresado en las milicias voluntarias o hubieran ingresado en asociaciones clandestinas, en especial los empleados de la Real Casa y Patrimonio²⁴. Los únicos que eran repuestos con mayor facilidad eran

que se pagase desde la incorporación a sus destinos (*Decretos Fernando*, VII, 102 s.).

22. Circular de Hacienda de 16 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 119 ss.). Acerca de retirados, jubilados y cesantes, las de 21 de julio y 26 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 73 s., 101 s.).

23. Sobre su situación y pago, orden de 16 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 120 s.). También las de 29 de junio y 3 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 52 s., 142 s.).

24. Decreto de 23 de julio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 75 s.). La extensión al batallón sagrado de Zaragoza por orden de 6 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 82 s.).

Por lo demás, es evidente que se continuaba usualmente en el ejercicio del cargo: la orden de 30 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 139) prescribe: “que no causando ejecución el juicio de purificación prevenido en el decreto de 27 de junio último, hasta la segunda vista que el mismo dispone, debe esperarse al resultado de esta para comunicar las ór-

los anteriores a 1820, que cesaron precisamente con la venida de la Constitución.

El 16 de septiembre se mitigó esta medida contra los ingresados en la milicia nacional, excluyendo a quienes lo hicieron "creyendo que su objeto se dirigía únicamente a conservar el orden y seguridad de los pueblos y que se retiraron luego que vieron el abuso que se intentaba hacer de esta fuerza", los que temieron perder su empleo de no hacerlo o quisieron no entrar en quinta con el pago correspondiente, siempre que no hayan intervenido en conmociones o asonadas²⁵.

La Junta formada en Madrid comienza pronto sus tareas. En la *Gaceta de Madrid* se fecha en 8 de julio una petición de la misma, indicando forma de intentar la purificación. Solicita que los empleados que lo fueron antes del 7 de marzo de 1820,

«... presenten en la secretaría... a cargo de D. Andrés Cantero López, una nota duplicada y firmada en que se exprese en nombre del interesado, destino que tenía el 7 de marzo de 1820, y posteriores que haya desempeñado, con citación de fechas, y lo mismo si está cesante, y desde qué época; pueblo o pueblos donde haya vivido, citando la provincia a que corresponden; y si hubiese permanecido en Madrid, las casas que haya habitado, con expresión del cuarto, número de la manzana y casa, calle y barrio a que pertenezcan. De dichas notas, una quedará en secretaría y otra se devolverá al interesado, para, que a su tiempo, pueda hacer las reclamaciones que juzgue conveniente. Las nueve en punto de la mañana hasta las doce es el tiempo destinado para su admisión en todos los días, excepto los que no se trabaja...»²⁶

Por el contrario, en provincias no parece que fue tan rápida la

denes de cesación de empleados que sean excluidos..." Una aplicación particular se hizo respecto del Consejo de Ordenes por decreto de 30 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 78 s.) siguiendo este criterio.

25. *Gaceta* 23 de septiembre de 1823.

26. *Gaceta* 10 de julio de 1823.

Con finalidad de control —o para hacer cesar inmediatamente a quienes corresponda— el Secretario del Interior pide lista de sus empleados con constancia del "día, mes y año que entraron a servir, méritos que se tuvieron presentes, fecha precisa de sus ascensos, expresando si se han alistado en la milicia voluntaria o han concurrido a las llamadas tribunas o a las asonadas o se han declarado en favor del pretendido sistema constitucional", orden de 9 de agosto de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 85).

instalación. La purificación no debió avanzar demasiado con la Regencia²⁷. Y a mediados de octubre —ya Fernando en pleno poder— la suspenderá. Pero ya estaba planteada una forma nueva de revisar la administración a través de un sistema jurídico de carácter general.

II

OCTUBRE A DICIEMBRE DE 1823.—FERNANDO VII SUSPENDE LAS PURIFICACIONES

A finales de septiembre la situación en Cádiz es insostenible. De nada ha servido nombrar una Regencia, que sustituya a Fernando VII. Tampoco dan resultado las cartas dirigidas, ni las negociaciones con Angulema; el francés insiste en la presencia del rey en su cuartel general, para que pueda expresarse libremente. Calatrava considera imposible ya, retener al monarca, y le presenta a la firma un decreto benévolo para los liberales, en 30 de septiembre. Fernando embarca hacia Puerto de Santa María. En 1 de octubre el manifiesto firmado por el monarca deshacía la labor de los constitucionales y se hacía cargo del poder sin tener en cuenta el decreto del día antes²⁸.

Recoge Fernando VII, desde Puerto de Santa María, un Estado absolutista con cierta organización reanudada, con una legislación promulgada por la Junta y Regencia absolutistas. Incluso las mismas personas continúan ahora en los cargos fundamentales. Especialmente Víctor Sáez, secretario de Estado y confesor del rey; el Duque del Infantado, comandante general de la Guardia Real²⁹. Seguirá la restauración de las instituciones antiguas, tras la anulación de lo actuado durante el trienio.

27. Orden de 22 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 123). Así le parece a M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 25 n. 1.

28. La narración de estos sucesos en *Historia de la vida y reinado*, III, 152 ss., 157 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 111 s., con el texto del decreto de septiembre; F. PI MARGALL; F. PI ADSUARA, *Historia de España en el siglo XIX*, 9 vols. Barcelona, 1902, II, 357 ss.; modernamente J. L. COMELLAS GARCÍA-LERA, *El trienio constitucional*. Pamplona, 1963, 388 ss., 435 ss.

29. Estos nombramientos en reales decretos de 1 y otro de 4 de octubre

Si el manifiesto de 1 de octubre significa la anulación institucional frente al trienio, no es, en cambio, clara la actitud de Fernando sobre una posible persecución de personas. Se le han hecho —y se le harán— presiones varias³⁰ para que no emprenda una orientación represiva. Acaba de tomar el poder y se dirige a Madrid; sus primeras medidas expresan indecisión, espera, aunque existan algunas persecuciones de hecho o incluso jurídicas, pero que no suscitan nueva legislación³¹.

Por de pronto, se limita a proteger la seguridad de su persona por real orden de 4 de octubre, en la que prohíbe se acerquen a cinco leguas de los lugares de su tránsito, a quince de la Corte y Reales Sitios —para siempre— a los diputados, secretarios de Despacho, consejeros de Estado, vocales del Tribunal Supremo de

de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 150, 150, 151). Quizás la única modificación que introduce Fernando es la supresión de la Secretaría del Interior, por razones de economía, según dice, y también por el sabor liberal que tenía, real decreto de 18 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 166 s.). Está referido a época posterior, desde su creación definitiva en 1832, el artículo de F. SUÁREZ VERDAGUER, "La creación del Ministerio del Interior en España". *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949) 15 ss.

30. *Historia de la vida y reinado*, III, 168 s., 184 s.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 116 s., 131 s., 143; MARQUÉS DE VILLAUERRUTIA, *Fernando VII rey absoluto*, 82 s.; F. SOLDEVILA, *Historia de España*, 7 vols. Barcelona, 1952, VI, 142 s.; F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, en general es clara la intervención de Francia en estas cartas; en especial 147, "Nada tengo que deciros, no siendo las tonterías del rey de España, esos decretos impremeditados, etc., pero nosotros les contrarrestaremos obligándoles a formar un gobierno racional".

31. Se aplica el decreto de la Regencia de 23 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 45 s.) a los individuos de la Regencia constitucional, pero salvados por los franceses, en cambio, se aplicó a Riego, M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 115 s., 120 ss.; *Historia de la vida y reinado*, III, 178 ss.; A. ALCALÁ GALIANO, *Historia de España desde los tiempos primitivos hasta la mayoría de edad de la Reina Doña Isabel II, redactada y anotada con arreglo a la que escribió en inglés el Dr. Dunham... con una reseña de los historiadores españoles de más nota*, por don Juan Donoso Cortés, y un discurso sobre la historia de nuestra nación, por don Francisco Martínez de la Rosa, 7 vols. Madrid, 1846, VII, 265 señala: "Había sido juzgado Riego como por mofa, y contra toda ley, castigándosele en virtud de una retroactiva por haber votado en Sevilla la deposición del monarca..."

Justicia, comandantes generales, oficiales de las Secretarías, jefes políticos y jefes y oficiales de la milicia nacional voluntaria³². En otra del día 6 —en Lebrija— manda licenciar a los prisioneros de guerra, desde sargento a soldado, quedando bajo vigilancia de los capitanes generales³³. Disposiciones aisladas, de sentido dudoso.

Con esa inseguridad sobre qué dispondrá en el futuro se expresa en el decreto de 22 de octubre: no podía decidir aún. El decreto nada ordena, es simple comunicación del estado de ánimo de Su Majestad al pueblo, a través de las autoridades:

«Bien quisiera mi paternal ánimo haber fijado en los primeros momentos de mi libertad la suerte futura de todos mis vasallos, para que, por sendas seguras, caminasen, los unos a las recompensas debidas a su fidelidad y lealtad, y los otros, obtenido el olvido de sus pasados desaciertos, a hacerse dignos del aprecio de sus hermanos y de mi real benevolencia; calificando al mismo tiempo los principales delincuentes, que, desmerecidos de perdón, sufriesen las penas a que se han hecho acreedores según las leyes. Pero asunto tan interesante y que debe formar época en los anales de la restauración religiosa y monárquica, pide meditación profunda. Rodeado en Madrid de las luces que mis Consejos me suministrarán con la reflexión y madurez de que tantas pruebas tienen dadas, publicaré mi real voluntad, haciendo compatible mi natural clemencia, con la pública vindicta, con la tranquilidad de mis pueblos, con la seguridad de mi trono y con las relaciones que tan estrechamente me unen a mis poderosos aliados...»³⁴.

Unos días más tarde suspendía las purificaciones, de momento. Decía el decreto:

«Para que los negocios del Reino no recayeran en personas que abusaran de sus empleos adoptó la Regencia del Reino el método de las purificaciones; pero habiendo cesado aquella urgencia del momento y siendo éste un asunto de la mayor gravedad, y cuyo éxito puede contribuir en gran manera a la felicidad o desgracia de mis amados vasallos; he venido en resol-

32. Real orden de 4 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 152 s.), señala alguna excepción: los repuestos con nombramiento y ya purificados.

33. Real orden de 6 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 153).

34. Real decreto de 22 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 168 s.).

ver se suspendan las purificaciones de todas clases, hasta que, meditado por mí este negocio en Madrid, recaiga con el acierto que deseo la oportuna determinación. Tendréislo entendido y lo comunicaréis a quien corresponda. Rubricado de la real mano. Aldea del Río, 29 de octubre de 1823. A. D. Víctor Sáez»³⁵.

En los mismos días había dispuesto que se propusiera para los cargos y empleos a sujetos leales y que más hayan padecido por la causa y, también, limitábase a declarar vacantes las plazas de los no repuestos hasta 1 de octubre, de los que se han ausentado con los revolucionarios. Y dejaba la posibilidad: "que si alguno se purifique y mereciere después la real piedad del Rey nuestro Señor, se le atenderá en la parte de sueldo que se digne dispensarle, hasta tanto sea otra vez colocado". En relación a los pagos señalados a empleados, Fernando respeta, en principio, las disposiciones de la Regencia. Se limita a pedir que se hagan los pagos a empleados conservando la igualdad³⁶. En resumen, se suspendían las purificaciones, y el rey —en la legislación al menos— expresa fuerte duda acerca de lo que hará.

Por otra parte, la legislación dictada por Fernando VII rozando cuestiones de persecución o castigo a los constitucionales es en estos meses muy concreta. Se limita a solucionar problemas muy determinados, en Barcelona, Cádiz...³⁷. No acierta o no gusta fijar una solución definitiva. Conserva en vigor algunas disposiciones de la Regencia del Reino, y si ha suspendido las purificaciones, mantiene, entre otras, la Superintendencia de Vigilancia como órgano nuevo³⁸, los Depósitos de prisioneros, etc...

35. Real decreto de 29 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 173).

36. Real orden de 2 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 176 s.), real decreto de 26 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 172 s.); acerca de pagos, las reales órdenes de 11 de octubre y 20 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 163 s., 194 s.).

Quita sueldos a los que los capitalizaron en el trienio por real orden de 4 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 230).

37. Sobre el Resguardo de Barcelona y los empleados que siguieron al gobierno a Cádiz, dos reales órdenes de 17 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 186 s., 188).

38. El real decreto de 18 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII,

Es preciso aguardar al nuevo gobierno de fines de año. Los nombramientos de 2 de diciembre apartan a Víctor Sáez —nombrado obispo de Málaga— y traen al Marqués de Casa-Irujo. Luego, por su enfermedad y muerte, al Conde de Ofalia, encargado desde el 25 del mismo mes. Se consideran ambos cambios apelación al ala moderada de los absolutistas. También el sucesor de Ofalia en la Secretaría de Estado, Zea Bermúdez, es tenido por representante moderado. No obstante, en 1824 y 1825, desde la legislación, se inician e instauran numerosas medidas contra los liberales, más, quizá, que en el período siguiente.

III

MODERADOS EN EL PODER: AÑOS 1824 Y 1825.—REANUDACIÓN DE LAS PURIFICACIONES Y LEGISLACIÓN CONTRA LOS LIBERALES

En diciembre de 1823 suben al poder los moderados con Casa-Irujo y el Conde de Ofalia³⁹. En 25 de diciembre, interino, y en 18 de enero de 1824, en propiedad, Ofalia se hace cargo de la pri-

166 s.), no es claro si la hace depender de Gracia y Justicia o —más literal— si la suprime. En todo caso seguirá: real orden de 26 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 203). Sobre la policía, véase un juicio de F. DE A. CHATEAUBRIAND, *Congreso de Verona*, 112.

39. Reales decretos de 2 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 210). Marqués de Casa-Irujo —Estado—; Narciso de Heredia —Gracia y Justicia—; José de la Cruz —Guerra—; Luis López Ballesteros —Hacienda. En cambio en los Consejos parece dominar el otro grupo: en el Consejo Real el Duque del Infantado y, por renuncia, Martínez Vilella, por decreto de 2 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 211); en el Consejo de Estado, Eguía, Vargas Laguna, Erro, entre otros, por real decreto de 3 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 217 s.). Véase MARQUÉS DE VILLARRUTIA, *Fernando VII, rey absoluto*, 95.

Pronto pasará Ofalia a interino de Estado, por decreto de 25 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 254) y definitivo, cuando sube Calomarde a Justicia en 18 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 73). Sobre los hombres del primer ministerio moderado: *Historia de la vida y reinado*, III, 189, 197 ss., 203 ss., 274 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 132 s., 136 s.; MARQUÉS DE VILLARRUTIA, *Fernando VII, rey absoluto*, 90 s., 98 ss. A. BALLESTEROS Y BERETTA, *Historia de España*, VII,

mera Secretaría de Estado, y Calomarde pasa a Gracia y Justicia. Existen presiones externas para esta orientación moderada de Fernando, se le pide que suavice su actitud. Después, Zea será nombrado secretario de Estado. Es la época de los moderados realistas⁴⁰.

Paradójicamente —quizá por presión de Calomarde y, después, de Aymerich— se dictan una serie de disposiciones contra liberales, escasamente compensadas por el indulto de 1 de mayo. Se restauran de nuevo las purificaciones y otras medidas; unas se inspiran en la reacción de 1814 o en disposiciones de la Regencia del Reino, pero otras son nuevas. Procuraremos describir con brevedad ese haz de medidas dictadas contra los liberales, en especial las purificaciones⁴¹.

Respecto a América, no se extiende —salvo excepción— el régimen de castigos y purificaciones. Por real decreto de 25 de diciembre de 1823 participa Fernando VII su restauración; declara abolida la Constitución y cesantes los jefes políticos, Diputaciones provinciales, nuevas Audiencias, juzgados de primera instancia, etc. Su actitud es menos dura: “Confirmando las gracias y los empleos

215 ss.; J. DE BURGOS, *Anales del reinado de Isabel II*, 6 vols. Madrid, 1850, I, 165 s.

Se reproduce el retrato de Calomarde por Lema en P. AGUADO BLEYE, *Manual de Historia de España*, 3 vols., 8 ed. Madrid, 1959, III, 596 núm. 1 (el tercer tomo citado es con C. Alcázar Molina). También sobre Calomarde y en sentido distinto F. SUÁREZ, *La pragmática sanción de 1830*, Valladolid, 1950, 41 ss.

40. Sobre Zea, ministro por real decreto de 11 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 92), puede verse: *Historia de la vida y reinado*, III, 226; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 154 s.; MARQUÉS DE VILLAUERRUTIA, *Fernando VII, rey absoluto*, 120 s., sobre la intervención de Ugarte; A. BALLESTEROS Y BERETTA, *Historia de España*, VII, 218 ss.; J. DE BURGOS, *Anales*, I, 161 ss.

En general sobre grupos y partidos, en visión de conjunto, J. M. JOVER, *Introducción a la Historia de España*, con A. Ubieto y J. Reglá, Barcelona, 1963, 446 ss.; y con especial referencia a los realistas, F. SUÁREZ, “Génesis del liberalismo”, 547 s.; F. SUÁREZ, *La crisis política del Antiguo Régimen en España*, Madrid, 1950, 95 ss., 98 ss., 102 ss., 112 s.

41. Lo rotula de “cuadro lúgubre”, con esa enemiga y ese gusto por las esdrújulas de la época F. PI MARGALL; F. PI ADSUARA, *Historia de España*, II, 370. Lo que no quiere decir que no lo fuese.

concedidos durante el régimen constitucional, siempre que no sean de los dependientes de la Constitución, ni de los creados nuevamente, a no ser que los agraciados se hayan hecho por su conducta desmerecedores de ellos". Tampoco sujetará a purificación empleados ultramarinos, ni aun cuando se hallen en la península ⁴². Sin embargo, más tarde sujeta a purificación a los militares cuando vienen de Indias; sin reconocerles sueldo hasta lograrla, y pasándoles, una vez obtenida, a situación de licencia ilimitada ⁴³.

Comencemos por la reorganización de la Policía —continuación de la Superintendencia de Vigilancia— por la real cédula de 13 de enero de 1824. Posee la policía amplias funciones, mayores que las del cuerpo de que deriva. Se estructura para "reprimir el espíritu de sedición, de extirpar los elementos de discordia y de desobstruir todos los manantiales de la prosperidad", como dice el preámbulo. Las circunstancias son distintas, más peligrosas y se requieren mayores medios de precaución. Su organización se extiende a todo el territorio, con un superintendente en el centro, intendentes de policía en las capitales de provincia y subdelegados en las cabezas de partido. Incluso dominará un tanto a la justicia en los grados inferiores.

Sus medios son la detención con entrega, dentro del octavo día, a los jueces y tribunales de su fuero respectivo, si bien esto no rige para reos presuntos de conspiración contra el Estado. Su misión era amplísima, y se detalla en la real cédula citada: padrón de vecinos, pasaportes, permisos para puestos ambulantes y espectáculos, para posadas y fondas, armas, caza...; vigilar posadas,

42. El real decreto de 25 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 254 ss. la cita en 257) se da en un momento en que están suspendidas, aparte que la situación de las colonias no era precisamente la adecuada para empezar con purificaciones. Otra amnistía más tarde por real cédula de 6 de octubre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 287).

No sujetan a individuos en la península las reales órdenes de 7 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 358) ni la de 27 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 115).

43. Reales órdenes de 27 de febrero, 26 de abril y 23 de noviembre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 89 s., 132 s., 320). También otras en 1826. Tal vez se está produciendo una venida continua de oficiales y de esta forma se elimina el exceso numérico.

prenderías, parados, mendigos y niños abandonados, gitanos; vigilancia de la introducción y circulación de libros y también de impresores; persecución de ladrones, asociaciones secretas, impedir cuadrillas y reuniones, velar por el orden en fiestas, ferias, mercados...; velar por la salubridad pública fábricas de diversa índole, entierros, pesos y medidas, venta de carnes...; promover y vigilar el cuerpo de serenos, creación de presidios..., etc., ayuda a jueces y demás autoridades. Los bandos de los sucesivos superintendentes de Policía, además, son importantes en esta represión ⁴⁴.

Medida simultánea en el tiempo será el establecimiento de las comisiones militares ejecutivas y permanentes, por la real orden de 13 de enero de 1824. Tal vez es la creación más imponente y represiva. Se dirigen contra delitos políticos posteriores a 1 de octubre de 1823 y, asimismo, contra "ladrones y malhechores que en los caminos y casas de campo sean aprendidos por cualquiera tropa o por los voluntarios realistas, cuyo comandante deberá entregarlos al presidente de la comisión militar de la provincia" ⁴⁵. Pero el tipo delictivo que interesa, de exclusivo conocimiento de estos tribunales militares, es el del artículo 2.º:

«Quedan sujetos al juicio de estas comisiones militares ejecutivas y permanentes los que desde el día 1 de octubre del año próximo se hayan declarados y los que en lo sucesivo se declaren con armas o con hechos de cualquier clase, enemigos de

44. Real cédula de 13 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 49 ss.). Se intima a las autoridades que no entorpezcan su labor por real orden de 19 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 182). Los bandos, no los tomamos en consideración en este estudio, aunque su contenido es interesante, pero su rango es menor. Véanse algunos en la Gaceta de Madrid (*Gaceta*, 13 de diciembre de 1823; 26 de mayo de 1825). También la nota 53 de este estudio.

Sobre la policía y su actuación, sus índices, etc., *Historia de la vida y reinado*, III, 186 s.; M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 151, n. 1.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 371.

45. Real orden de 13 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 64 ss. la cita en 65). Después se amplía su competencia a juzgar algunos delitos de esta índole insertos en la Novísima, por real orden de 22 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 80 ss.). En todo caso, estos son los menos.

los legítimos derechos del trono o partidarios de la constitución publicada en Cádiz en el mes de marzo de 1812; los que desde la misma fecha hayan escrito o escriban papeles o pasquines dirigidos a aquellos fines; los que en parajes públicos hablen contra la soberanía de S. M. o en favor de la abolida constitución; los que seduzcan o procuren seducir a otros con el objeto de formar alguna partida, y los que promuevan alborotos que alteren la tranquilidad pública, cualquiera que sea su naturaleza o el pretexto de que se valgan para ello».

Como puede apreciarse directamente, los delitos se derivan de un espíritu contrario a los liberales, y a las alteraciones de la tranquilidad del reino por cuadrillas o levantamientos. El artículo 4.º lo completaba con algunas conductas sospechosas:

«Se tendrán por sospechosos y podrán ser detenidos por la tropa todos los que halle ésta en los caminos y parajes despoblados sin pasaporte y vestidos con traje impropio a su ejercicio, tal como el de prendas militares en individuos que actualmente no corresponden al ejército, entregándolos a las comisiones militares, para que, indagando sus costumbres y modo de vivir, les apliquen las penas que merezcan según las leyes»⁴⁶.

Pero su peculiaridad estribaba más en la especialidad de los tribunales y procedimientos. Las comisiones militares constituían su tribunal con un presidente brigadier, seis vocales de coronel a sargento, un asesor y, después, cuatro fiscales y cuatro secretarios. Se constituyen en las capitales de provincias, incluidas las Baleares. El procedimiento era con arreglo a ordenanza, y suprimía las citas inconducentes y careos, si no los pedía el defensor. Terminada la causa, se entregaba al asesor para que dijera si estaba bien llevada o no, y la corrigiera, en su caso. Después se pasaba al defensor con plazo bastante a juicio del presidente; y, pronunciada la sentencia, se remitía al capitán general, quien la consultaba al auditor de guerra. Si era conforme, se ejecutaba, si no, se veía ante tres ministros de la Audiencia territorial, con cuyo dictamen decidía el Consejo Supremo de Guerra⁴⁷.

46. Real orden citada de 13 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 65).

47. Sobre instalación, competencia y procedimientos, la real orden ci-

La supresión de fueros especiales en esta clase de delitos favorecía una sujeción de todas las personas a estas comisiones, removiendo obstáculos en su enjuiciamiento. Se establecía en el artículo 15.º:

«Los que incurran en los delitos de que deben conocer las comisiones militares ejecutivas permanentes... quedan desaforados, sea cualquiera su clase, grado, estado y condición, sin excepción alguna, a cuyo fin deroga S. M. todas las órdenes, leyes y reales cédulas, en cuanto se opongan a ésta, y entre ellas, la expedida a consulta del Consejo Real en 16 de septiembre último; bien que si el reo fuese eclesiástico, es la voluntad de S. M. que, aunque la Comisión forme la causa, sea esto como se previene en la real orden de 13 de septiembre de 1815 que queda vigente»⁴⁸.

Se completó por la real orden de 9 de octubre siguiente⁴⁹, siendo ya Aymerich secretario de Guerra. Se especifican penas y la posi-

tada de 13 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 64 s., 65 s., 67, 68). Se completa en detalles menores por real orden de 6 de febrero de 1824 y otra de 5 de marzo siguiente (*Decretos Fernando*, VIII, 127, 236). También se aclara, exigiendo la intervención del capitán general para sobreseer por la real orden de 18 de abril de 1825 (*Gaceta*, 26 de abril de 1825).

48. Real orden de 13 de enero de 1824, núm. 15 (*Decretos Fernando*, VIII, 67) declara desaforados a los sujetos a estos tribunales; en general, quitar fuero especial da más agilidad al tribunal y le declara preferente; dentro de la mentalidad de la época era despojar de un privilegio y garantía. Sobre materia de privación de fuero puede verse las reales órdenes de 26 de enero y 26 de febrero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 88, 224).

49. En la real orden de 13 de enero no quedaban suficientemente especificadas las penas, por lo que se desarrolla en la de 9 de octubre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 225 ss.). Merece copiarse esta disposición, ya con firma de Aymerich: "Art. 1.º Que los que desde el día 1.º de octubre del año próximo pasado se hayan declarado y los que en lo sucesivo se declaren con armas o con hechos de cualquiera clase enemigos de los legítimos derechos del trono o partidarios de la constitución publicada en Cádiz en el mes de marzo de 1812, son declarados reos de lesa majestad y como tales sujetos a la pena de muerte. Art. 2.º Los que desde la misma fecha hayan escrito o escriban papeles o pasquines dirigidos a aquellos fines, son igualmente comprendidos en la misma pena. Art. 3.º Los que en parajes públicos hablen contra la soberanía de S. M. o en favor de la abolida constitución, si sus conversaciones en público contra la soberanía de S. M. y en favor de la abolida constitución no produjesen actos positivos y fuesen efecto de una imaginación indiscretamente exaltada, quedan sujetos a la pena de cuatro a diez

ble gradación de las mismas. En ella se prodiga la pena de muerte, en diversos tipos de delitos; para “los enemigos de los legítimos derechos del trono o partidarios de la constitución publicada en Cádiz en el mes de marzo de 1812”, bien sea con armas o con hechos, con escritos o por simples conversaciones vivas, etc.

años de presidio con retención, según las circunstancias, las miras que en ellas se hubiesen propuesto y la mayor o menor trascendencia de su malicia. Art. 4.º Los que seduzcan o procuren seducir a otros con el objeto de formar alguna partida, si se probare que ha mediado algún acto positivo, como entrega de dinero, armas, municiones o caballos, quedan declarados reos de lesa majestad y sujetos a la pena de muerte; si no, a una extraordinaria. Art. 5.º Los que promuevan alborotos que alteren la tranquilidad pública, cualquiera que sea su naturaleza o el pretexto de que se valgan para ello, si el alboroto se dirigiese a trastornar el gobierno de S. M. o a obligarle a que condescienda en un acto contrario a su voluntad soberana, se declaran reos de lesa majestad y como tales se les impondrá la pena de muerte; pero si el movimiento tuviese origen de causa imprevista y que no se dirija a tan punible objeto, se le impondrá la pena de presidio de dos a cuatro años; y proporcionalmente a los cómplices y auxiliadores. Art. 6.º No deberá servir de excepción la embriaguez para la imposición de la pena, probado que sea que el delincuente era consuetudinario en este exceso, y que le inducía a otros, así como no lo es para el soldado, según la ordenanza general del ejército. Art. 7.º Queda al prudente e imparcial criterio judicial la fuerza de las pruebas en favor y en contra del procesado. Art. 8.º Los que hubiesen gritado *muera el Rey* son reos de alta traición y como tales sujetos a la pena de muerte. Art. 9.º Los masones, comuneros y otros sectarios, atendiendo a que deben considerarse como enemigos del altar y los tronos, quedan sujetos a la pena de muerte y confiscación de todos sus bienes para la Real Cámara de S. M., como reos de lesa majestad divina y humana... Art. 11. Los que usen de las voces alarmantes y subversivas de *viva Riego, viva la constitución, mueran los serviles, mueran los tiranos, viva la libertad*, deben estar sujetos a la pena de muerte”.

Sobre su actuación de estas comisiones *Historia de la vida y reinado*, III, 243 ss., 248 s., 255 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 168, 171 ss. Pero sobre todo sus resultados en la Gaceta de Madrid, por las distintas comisiones; sin querer ser exhaustivos véase: Navarra (*Gaceta*, 2 de septiembre, 23 de diciembre de 1824; 28 y 30 de junio de 1825) Castilla la Nueva (*Gaceta* 11 de septiembre, 4 y 7 de diciembre de 1824, 7, 19, 21 de mayo, 21 y 23 de junio de 1825) Cartagena (*Gaceta*, 28 de septiembre de 1824) Murcia (*Gaceta*, 20 y 23 de noviembre de 1824) Cádiz (*Gaceta*, 16 de diciembre de 1824) Málaga (*Gaceta*, 3, 5 y 12 de mayo de 1825) Granada

Las comisiones militares funcionaron solamente hasta 4 de agosto de 1825⁵⁰, aunque después se repondrán brevemente en 1828 y 1831, dentro de la década última del reinado de Fernando VII.

También en materia de periódicos, libros e impresos se producen algunas disposiciones restrictivas, ya a partir de enero de 1824: el día 30 se prohíben todos los periódicos de Madrid.

«Con arreglo a lo dispuesto en la ley 5.^a del título 17, libro 8.^o de la Novísima Recopilación, y a lo prevenido en la real orden de 7 de diciembre de 1799 y real decreto de 25 de abril de 1815, ha resuelto S. M. que en adelante no se publiquen en esta Corte más papeles periódicos que la «Gaceta», el llamado «Diario de Madrid» y los periódicos de comercio, agricultura y artes que en la Corte o las provincias acostumbran a publicarse en la actualidad, o se publiquen en adelante con las licencias necesarias»⁵¹.

Algo más tardía es la disposición de 11 de abril de 1825, tendente a limitar drásticamente la importación de libros. Se trata de un decreto que quedó pendiente en 1819 y se promulga ahora; quiere detener todas las obras que se hallen en índices y edictos, así como las que no posean licencia para introducción de los libros, con penas de 500 ducados y, en reincidencia, penas corporales⁵².

A fines del año 1824 se había dictado un bando del superinten-

(*Gaceta*, 2 de junio de 1825) Castilla la Vieja (*Gaceta*, 14, 16, 19, 26 y 30 de junio de 1825).

50. Real orden de 4 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 230 ss.). Desde estas fechas ya no aparecen relaciones en la *Gaceta* de Madrid de las sentencias de estas comisiones.

51. Real orden de 30 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 101; el decreto de 25 de abril de 1815 en II, 264). En la *Gaceta* de Madrid aparecen en estos momentos numerosas prohibiciones, como las de *El Popular*, *Vida de los Santos Católicos*, *El Havanero*, *Ocios de emigrados españoles*, por órdenes de 12 y 14 de abril, 27 de junio y 4 de julio de 1824 (*Gaceta*, 24 de mayo de 1825, 28 de mayo de 1825 y dos en 16 de julio de 1825, respectivamente).

Al parecer la prohibición de 30 de enero es vuelta al sistema antiguo, producida por desavenencia con el periódico *El Restaurador*, que junto a otro había conseguido su publicación, sin censura para cada número. Debo esta noticia al trabajo en realización sobre historia del derecho de prensa e imprenta en España, del profesor García González.

52. Real orden de 11 de abril de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII,

dente de Policía, que apenas estuvo en vigor. Ordenaba la recogida y entrega a los párrocos, éstos a subdelegados y a intendentes de Policía de todos los "libros, folletos, caricaturas insidiosas, láminas con figuras deshonestas o papeles impresos en España o introducidos del extranjero desde el 1 de enero de 1820 hasta el último de septiembre de 1823". Se deroga por orden del Consejo Real de 22 de diciembre de 1824 ⁵³.

También las sectas y masones —cercanas a grupos liberales— suponen otro motivo de preocupación para el gobierno. Fernando VII, a través de Gracia y Justicia, ordena recoger todos los papeles de masonería, comunería y asociaciones secretas de toda clase ⁵⁴; luego dictará un indulto y ley penal especial contra ellos, por su real cédula de 1 de agosto de 1824. Había encargado en 6 de diciembre su estudio al Consejo, proporcionándoles copias de diversos decretos promulgados por los soberanos de la Europa sobre el particular. Y, con todo ello, se publican los siguientes artículos:

Art. 1.º Quedan prohibidos de nuevo, y absolutamente para en lo sucesivo, en todos mis reinos y dominios de España e Indias todas las congregaciones de francmasones y de otras sociedades secretas cualesquiera que sea su denominación y objeto. **Artículo 2.º** Todos los que hayan pertenecido a dichas sociedades secretas de cualquiera clase y denominación que fueren, gozarán del indulto concedido por mi decreto de 1.º de mayo de este año, con las excepciones que comprende..., dentro de un mes contado desde la publicación de este mi real decreto. **Art. 3.º** Los que en adelante continuaren o entraren de nuevo en sociedades secretas, después de transcurrido este tiempo, quedan sujetos a las penas que impongan las leyes de estos mis reinos a los reos de lesa majestad divina y humana.

309 ss.). Para su ejecución y censura de estos libros la real orden de 17 de junio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 188 ss.).

53. Bando de 14 de noviembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 360 ss. cita en 360). La derogación de 22 de diciembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 402 s. se completa por circular de 11 de agosto de 1825, X, 245 s.).

El Bando se completaba en dos órdenes de 19 de diciembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 396, 397) con la extracción de libros en poder de libreros y de algunos extranjeros.

54. Real orden de 11 de marzo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 260 s.).

Para el goce del indulto había de “espontanearse” ante eclesiásticos, y entregar insignias, papeles, etc. Por lo demás, se facilita la prueba —prueba plena de los testigos singulares— y se favorece la delación —sólo le exige ratificarse— en la declaración; se deroga el fuero privilegiado. Y en adelante se exigirá a los empleados, los graduados de Universidades y cualesquiera que ejerzan oficio público, profesión o se hallen en el servicio real, el juramento “de no pertenecer ni haber pertenecido a ninguna logia ni asociación secreta de cualesquiera denominación que sea; ni reconocer el absurdo principio de que el pueblo es árbitro en variar la forma de los Gobiernos establecidos”⁵⁵.

Estos problemas —libros, masones...—, antes encomendados a la Inquisición, reciben ahora nueva regulación al no reponerse ésta a pesar de los forcejeos que hubo en su favor. Tan sólo y esporádicas las Juntas de Fe funcionan como sustitutivo de la Inquisición en la década absolutista⁵⁶.

Algo entrado el año —en 1 de abril de 1824— vuelven las purificaciones. Estaban suspendidas, pero se presentían; por ejemplo, se estableció una especial sobre individuos de los Resguardos, ante

55. Real cédula de 1 de agosto de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 120 ss. citas en 121 y 123). Sobre el mentado juramento para los grados universitarios, el art. 167 del plan de estudios de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 264). También descubrimiento y castigo de una logia en Granada, real decreto de 21 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 260 s.).

Sobre la aplicación de esta legislación, en M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 156, 209.

56. Sobre la cuestión de la Inquisición en estas fechas y para una primera orientación: *Historia de la vida y reinado*, III, 193 ss., 204 s., 206 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 140 ss.; A. FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, *Estudio histórico de los hechos políticos de la España del siglo XIX*, Madrid, 1879, 2 ed., 159 s., n. 1; MARQUÉS DE VILLAUERRUTIA, *Fernando VII, rey absoluto*, 105 s.; M. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, 3 vols., Madrid, 1880-1881, III, 523 s. Asimismo, en *Documentos del reinado de Fernando VII*, II, 145, 167, 207 y 291, aparecen las opiniones claramente a favor de los arzobispos de Badajoz y Granada y los obispos de León y Tarazona, como ejemplo, de la posición favorable del episcopado.

También en la real orden de 17 de marzo de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 77 s.) cuando se declaran las leyes vigentes en materia de imprenta y prensa, parece esperarse la reposición pronta de la Inquisición.

el intendente. Era más aconsejable la vía general, se eleva consulta al Consejo Real y se establece el decreto de la Regencia para una purificación generalizada, con algún retoque. Por de pronto, respecto al procedimiento, ya que el expediente en la segunda instancia se remite ahora al monarca; también porque cabe proponer parte de sueldo para el no repuesto⁵⁷.

Se establece la Junta de Madrid y algo más tarde en provincias. La Junta de Madrid parece muy ligada a la persona de Calomarde, a quien se deben en parte las purificaciones. Este recomenzar se pretende que avance con rapidez. López Ballesteros instará a que se activen desde su Secretaría, para poder alcanzar una adecuada organización de la Hacienda⁵⁸. A Francisco Tadeo Calomarde se le ocurre algo mejor: condicionar los sueldos a que se hayan purificado o intentado al menos. Más restrictivas —aunque análogas— a las medidas de la Regencia en este orden. Pero ello producirá que la intenten —para cobrar— quienes jamás la lograrán pasar, en definitiva; pero de momento, en situación de intentada, podían cobrar. Calomarde volverá sobre su decisión: valdrá

57. Real cédula de 1 de abril de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 290 ss.).

Una real orden de 25 de abril de 1824 prevé la presentación al monarca tan sólo de copias de los expedientes, con los nombres de quienes informan suprimidos “y que en su caso se quemem públicamente, previo el conocimiento que debe quedar en el registro, sucediendo lo mismo con los expedientes de los aprobados en primera instancia”. Daba como razón el guardar el mayor secreto sobre quienes informaban, para que así declarasen con libertad, tal como se les había prometido (*Gaceta*, 1 de mayo de 1824) M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 81 s., afirma que así era más fácil el abuso, tomando informes de personas de escaso relieve, más manejables.

58. Real orden de 1 de junio de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 375 s.).

Por orden de 8 de abril se nombraba en la *Gaceta* de Madrid (*Gaceta*, 20 de abril de 1824) la Junta en todos los ramos de la administración civil, en sustitución de la existente. Estaba formada por Felipe Sobrado, decano del Consejo y Cámara de Castilla, como presidente, y Miguel Otal, Juan Antonio Sánchez Heredia, Miguel Gordon, Atanasio Melgar, Tomás de Ajay Pellón, como vocales, y Andrés Cantero López, como secretario; se le señalaba la legislación a aplicar “siendo su soberana voluntad —decía literalmente la real orden— que todas las consultas y dudas que ocurran a la Junta las remita directamente a S. M. por la Secretaría de Gracia y Justicia...” Sobre la instalación más tardía en provincias la real orden de 14 de junio de 1824, sobre Galicia (*Gaceta*, 19 de junio de 1824) y la de

como intentada sólo para los que lo hicieron antes del 9 de junio, que es la fecha de la anterior disposición ⁵⁹.

Sin duda se realizan —no se ha estudiado— paulatinamente. Su efecto es conocido a través de las leyes: el cese si la prueba resulta negativa, con el posible sueldo que se le señale ⁶⁰. Y desde luego, se reconoce a las viudas —con algunas cortapisas y dificultades— sus derechos en todo caso y la exención del juicio de purificación, “pues que en el goce de sus viudedades malamente llamadas pensiones, no hacen más que cobrar los descuentos que se hicieron a sus maridos en los sueldos que disfrutaron cuando vivían y servían, a lo que tienen un incontestable derecho, y es en cierta manera un depósito que hicieron para cuando llegase el triste estado en que se encuentran” ⁶¹. Con argumentos de derecho privado, se admiten, en suma, estas prestaciones de Montepío militar

11 de noviembre de 1824, sobre Navarra, Vascongadas... (*Decretos Fernando*, IX, 356).

59. Real orden de 9 de junio de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 381 ss.). Continúa la regulación, en el sentido indicado, por reales órdenes de 29 de agosto de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 168, 168 s.). Se exceptúa la fecha tope, donde no estaban constituidas entonces, por real orden de 11 de noviembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 356).

Como legislación complementaria —muchas de ellas restringiendo pagos— las reales órdenes de 31 de agosto, 13 de septiembre y 19 de diciembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 171, 192, 397 s.).

Con motivo de estas disposiciones se tiene que reiterar que no son exigibles estos documentos, por no estar sujetos a purificación, a los empleados desposeídos en 1820 por el gobierno constitucional (*Gaceta*, 7 de septiembre de 1824). Al parecer se exigía a estos también, contra el literal de los decretos de purificaciones.

60. Además del decreto de reanudación de 1 de abril, véase la real orden de 19 de diciembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 397 s.) y la de 21 de mayo de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 155) en que se ordena “que se les abone por ahora como proponen las Juntas de purificación, hasta que se digne tomar una resolución definitiva”.

61. Real orden de 16 de noviembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 363 s.). En general, la legislación es constante en otorgar a viudas y familiares excluyéndoles de purificación: real orden de 12 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 13 s.); reales órdenes de 13 de marzo y 16 de junio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 102 s., 187 s.).

A las familias de realistas, a sus viudas, les mejoró por real orden de 11 de febrero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 136 s.).

y de oficinas para viudas de impurificados. Igualmente, como pena accesoria para civiles y militares se les priva de la Real Orden de Carlos III y la de Isabel la Católica, a los que las tuvieren, y de las órdenes militares. El momento de surtir efecto la declaración de no purificado era cuando terminaba la segunda instancia ⁶².

Si salían purificados o rehabilitados se les pagan sus sueldos desde junio de 1823 y son colocados en sus puestos, desalojando si fuere necesario a los interinos. Eran éstos muchos al parecer, en un principio nombrados por los Intendentes y Subdelegados de Rentas, pero después, propuestos por éstos, se hacen por la Secretaría los nombramientos. Se trata de poner cierto orden en esta clase —que cobra como los propietarios— e incluso parece que vaya a darse un reglamento. Sin embargo, ya en esta época se inicia por López Ballesteros un sistema más justo y proporcionado para la recluta de empleados. Intenta solucionar cuestiones removidas por la purificación, aunque más antiguas ⁶³.

Consideremos ahora el aspecto positivo y de amnistía ensayado por Fernando VII, al parecer, según los historiadores liberales, por presiones extranjeras. En su declaración más general el indulto era amplio, si bien luego señalaba una serie de excepciones. Se

62. Sobre privaciones accesorias, la real orden de 6 de mayo de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 145 s.) y la de 24 de julio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 226 s.). Por ellas, además, se establece el juicio de purificación sobre las cuatro órdenes militares, con alguna especialidad. Algo antes, en real orden de 11 de abril de 1825 (*Gaceta*, 21 de abril de 1825), también se establecía otra forma especial para la purificación de consejeros de Estado.

Sobre el momento de cese y separación, real orden de 30 de septiembre de 1823 —de la Regencia— (*Decretos Fernando*, VII, 139). Véase, para militares, nota 92.

63. Los intentos de arreglo de López Ballesteros en las reales órdenes de 3 de mayo y 19 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 142 ss., 252 ss.).

Sobre la concreta reposición, frente a interinos: real orden de 1 de diciembre de 1825 (*Decretos Fernando*, IX, 385); real orden de 6 de marzo de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 97 s.); pero debió llegarse a paro de purificados, por falta de puestos, según parece por la real orden de 1 de mayo de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 112).

Sobre nombramiento y situación de interinos: real orden de 24 de septiembre de 1824 (*Gaceta*, 2 de octubre de 1824) y otra de 22 de diciembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 399 s.).

promulgó en día 12 de mayo, con una alocución a los españoles, alentando a la concordia. Su parte dispositiva empezaba:

«Art. 1.º Concedo indulto y perdón general, con relevación de las penas corporales o pecuniarias en que hayan podido incurrir, a todas y cada una de las personas que desde principios del año de 1820, hasta el día 1 de octubre de 1823, en que fui reintegrado en la plenitud de los derechos de mi legítima soberanía, hayan tenido parte en los disturbios, excesos y desórdenes ocurridos en estos reinos, con el objeto de sostener y conservar la pretendida constitución política de la Monarquía, con tal que no sean de los que se mencionan en el artículo siguiente»⁶⁴.

Las excepciones eran tan numerosas que hacían escaso el perdón; era amnistía que miraba hacia el exterior, a Europa, a Francia; poco benévola para liberales. Las excepciones recorrían concretamente cada acontecimiento del trienio, excluyendo a sus autores: las rebeliones militares de Cabezas de San Juan, Isla de León, Coruña, Zaragoza, Oviedo y Barcelona; los principales de la conspiración en Madrid para forzar al rey a firmar el decreto de 7 de marzo de 1820; los jefes de la rebelión de Ocaña, singularmente don Enrique O'Donnell; los principales autores de que se le obligase a firmar el decreto de 9 de marzo de 1820, estableciendo la Junta provisional; los que hubieren presentado exposiciones o las hubiesen autorizado para que fuese destituido, suspendido, se nombrase Regencia, se les sometiese a Tribunal a su Real Persona; los autores de las asonadas de 16 de noviembre de 1820 y de 19 de febrero de 1823; los jueces y fiscales en las causas contra Elío y contra Goffieu, los asesinos del arcediano Vinuesa, del Obispo de Vich y otros; los diputados a Cortes que votaron la destitución, tal como lo decretó la Regencia; los que intervinieron en el tratado o convenio de Córdoba, entre O'Donoghú —“de odiosa memoria”— e Itúrbide, el rebelde en Nueva España... También se

64. Real cédula de 1 de mayo de 1824, publicada en 12 (*Decretos Fernando*, VII, 325 ss., cita en 326). El preámbulo, así como la proclama que lo acompaña, tienen interés como piezas de retórica política del monarca dirigida al pueblo, para llevarle a determinado convencimiento.

Sobre el indulto escribe M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 43 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 143 ss.

establecían algunos tipos más generales, más amplios y desdibujados: los escritores o editores de libros contra la religión, los comandantes de partidas de guerrilla, los que tomando parte en el gobierno constitucional se pasaren a América para favorecer la insurrección o al extranjero para conspirar contra la seguridad y la soberanía...⁶⁵. Todos ellos serían juzgados por los tribunales, en los respectivos territorios donde se hubiesen cometido los atentados.

El resto quedaba libre, no sujeto a incriminación, ni embargo de bienes, aunque sí a responsabilidad de perjuicio a tercero, o a la real Hacienda quienes hubieren manejado caudales públicos. Por otro lado quedaban sujetos —los que han dado prueba de adhesión al régimen constitucional— a vigilancia por parte de las autoridades.

Se apelaba a la Iglesia, a través de los arzobispos y obispos, para que ayudasen a mejor conseguir concordia, para “restablecer la unión y buena armonía entre los españoles, exhortándolos a sacrificar en los altares de la religión y en obsequio del Soberano y de la patria los resentimientos y agravios personales”. También se organizaba —por ley— misiones religiosas con el mismo fin, intentando la armonía, con olvido de los tres años pasados⁶⁶.

Y, lo que es digno de notar, las purificaciones no se alteraban por el indulto:

«El beneficio del presente indulto y perdón no lleva consigo el reintegro de los empleos obtenidos en mi real servicio antes del 7 de marzo de 1820. La conducta política de los empleados

65. Artículo 2 de la cédula citada de 1 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 326 ss.). Resulta dudoso si se excluyen de indulto todos los asesinatos o sólo los que menciona expresamente.

Sobre aplicación de una excepción, M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 154.

66. Real cédula citada de 1 de mayo de 1824, arts. 4, 8 y 11 (*Decretos Fernando*, VIII, 330). Las misiones complementarias, en real orden de 23 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 368 s.).

En general, las disposiciones complementarias del indulto son: la real orden de 25 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 370 s.); real orden 31 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 118); real orden de 31 de agosto de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 171); real orden 2 de noviembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 332 s.).

se examinará por los medios acordados o que se acuerden sobre esta materia; pero la decisión que recaiga en los expedientes de purificación no podrá ser trascendental, sino a los empleos y goces respectivos a ellos»⁶⁷.

Ciertamente matizaba concediendo que sólo fuera sobre el cargo que recaía, no una interdicción general para el individuo.

El indulto concedido debió producir muy diversa interpretación y aplicaciones, como se deduce de la real orden de 13 de junio de 1824, en que muestra “quejas y recursos que les dirigen los que se consideran comprendidos en el real indulto de 1 de mayo, y con las consultas de los tribunales, encargados por la ley para aplicarle, los cuales por temor de comprometerse, o con el deseo de acertar, incurren en abusos...”. Los preceptos que siguen para uniformar y velar su aplicación, aunque difusos, establecen la necesidad de presentarse a obtener certificación de justicias y tribunales y los trámites para pedirlo. Se les reconocería la gracia, pero no la posibilidad de entrar a Madrid y Reales Sitios. La orden viene a exigir que se presenten ante el tribunal, sometiéndolos a ese requisito, como era usual entonces en los indultos⁶⁸.

El indulto 1 de mayo, puede decirse que no afecta a purificaciones, y se sigue promulgando disposiciones a lo largo de los años 1824 y 1825, y aún en los siguientes.

La medida general de las purificaciones se extiende ahora específicamente a dos sectores: las Universidades y el Ejército. Calomarde firma la primera; la segunda, comenzada poco antes de la subida de Aymerich, se continúa por él. Desde el 11 de julio, estaba Zea Bermúdez en sustitución de Ofalia⁶⁹.

67. Real cédula citada de 1 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 330).

68. Real orden de 13 de junio de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 384 s., cita literal en 384). Acerca de la residencia en Madrid, se aclara por real orden de 24 de junio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 449).

Como especie de compensación —mucho más favorable— se da para realistas encausados la real orden de 1 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 1 s.). También en 30 de mayo de 1825 concederá Calomarde amnistía para unos folletos absolutistas extremos (*Gaceta*, 2 de junio de 1824); le dan distinta interpretación *Historia de la vida y reinado*, III, 257 s., y M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 171.

69. Nombramiento de Francisco de Zea Bermúdez por real decreto de

La disposición especial para Universidades es de 21 de julio de 1824. Basaba su ingerencia en el mal estado en que se encontraban “por consecuencia de los abusos introducidos en la enseñanza en la época del titulado gobierno constitucional, y de las doctrinas y máximas de sus maestros que se habían distinguido por su adhesión a las novedades que se propusieron establecer los revolucionarios”. Y entonces se decide la purificación —como si fueren empleados públicos— de todos los catedráticos y demás personas de las Universidades, conforme a la legislación general, pero con especialidades. Se establece una Junta especial en las Chancillerías y Audiencias, compuesta por su regente, un arzobispo u obispo y un miembro de la Audiencia o Chancillería, nombrado por el Consejo, así como de un rector y un doctor, de su territorio, nombrados por aquellos tres. Los muchos que había suspensos seguirán de esta forma hasta que sean purificados. Y, de nuevo, se repiten las causas que dan lugar a pérdida de cátedras:

4.º Los catedráticos que hayan pertenecido a la milicia nacional voluntaria quedan absolutamente excluidos y privados de sus cátedras.

... ..

7.º Los que desde el año de 1820 hubiesen sido diputados a Cortes y fueren de los que aprobaron el nombramiento de la Regencia hecho en Sevilla y la traslación de SS.MM. y AA. a Cádiz, quedan para siempre privados de sus cátedras; y los demás, suspensos hasta que se purifiquen; para lo cual se tendrán presentes por las indicadas juntas de purificación los discursos que hayan pronunciado en las Cortes contra los derechos del altar y del trono. La misma suerte sufrirán los diputados provinciales, jefes políticos, oficiales de las Secretarías de Estado, ministros de Audiencias y jueces de primera instancia, debiendo tenerse presentes sus proclamas y providencias»⁷⁰.

Por otra parte, sacaba a vacante inmediata todas las plazas o cátedras que se produjeran, que ahora se procurarían cubrir con

11 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 92); de José de Aymerich, por real decreto de 26 de agosto de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 164).

70. Real cédula de 21 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 106 ss., citas en 109). Se excluían de estos tribunales Alcalá y la pretendida universidad central de los constitucionales.

personas “a cierta ciencia leales, amantes de mi real persona y de los derechos de mi soberanía”. El plan de estudios de 14 de octubre refleja claramente este deseo en la provisión de cátedras, por la importancia que da a las informaciones políticas acerca de los propuestos al Consejo para los nombramientos de catedráticos⁷¹.

Respecto de estudiantes, también se les anulaba cuantas concesiones les habían hecho las Cortes —posibilidad de cursos simultáneos, curso por estudio de la Constitución en verano, por retribución pecuniaria...—, pero su purificación era más benévola:

«Serán admitidos en las Universidades y demás establecimientos literarios, previo el juicio de purificación ante las mismas juntas que quedan establecidas para los catedráticos, ios estudiantes que hubiesen sido milicianos nacionales voluntarios, debiendo tener presente aquéllas la época del alistamiento, para apurar si son de los que fueron conducidos por la fogosidad y vehemencia con que generalmente abrazaron, extendieron y apoyaron las ideas revolucionarias, o de los que sólo se alistaron por la indiscreción de su edad o por disfrutar de los beneficios que se les concedían en los sorteos; pero aún en el caso de quedar habilitados para continuar su carrera, serán muy celados por sus catedráticos y demás superiores académicos»⁷².

En el mes de agosto, se produce un nuevo acontecimiento. Los liberales hacen un desembarco en el sur, llegan a tomar Tarifa y una franja de terreno. Esto da lugar a una tremenda ley penal de 20 de agosto de 1824. Y —es posible también— a un endurecimiento en el gobierno, que se plasma con el nombramiento de Aymerich para ministro de Guerra, en septiembre. Los artículos condenatorios de la ley son realmente duros:

71. La misma real cédula de 21 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 109 s.). y los artículos 108 y siguientes, en especial 200 y 202, del Plan literario de estudios y arreglo de las universidades de 14 de octubre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 267 ss., en especial 270).

72. Real cédula de 21 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 110). Se completa acerca de purificación de externos, seminaristas y profesores de latinidad por reales órdenes de 5 de marzo y 10 de diciembre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 95, 331 s.).

M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 169, dice que le afectó a él, siendo estudiante, esta medida.

«1.º Todos los españoles procedentes de la bahía de Gibraltar o de cualquier otro punto que hayan desembarcado o desembarquen en las costas de España e islas adyacentes, y que, con armas, papeles sediciosos o de cualquier otro modo, intenten establecer el sistema anárquico llamado constitucional, o perturbar el orden público, serán pasados por las armas inmediatamente que sean aprehendidos, sin otra delación que la precisa para recibir los auxilios espirituales. 2.º Quedan sujetos a la misma pena los extranjeros que cometan cualesquiera de los mismos delitos, y fueren aprehendidos con los revolucionarios españoles. 3.º En la misma pena incurrirán los que, verificado algún desembarco, se dirijan desde los pueblos o casas de campo a unirse en los puntos que ocupen los revolucionarios, y fueren aprehendidos con ellos, ya sea con armas o sin ellas.»

Basten estas disposiciones como muestra. Cualquier contacto con los invasores suponía, además, ser juzgados por las comisiones militares. Se favorecía la delación con indulto, incluso con premio. Una ley especial realmente dura ⁷³.

Ya antes de la subida de Aymerich a la Secretaría de Guerra habían comenzado las purificaciones. Con él —es evidente— se desarrollan y aplican, se extienden y endurecen. Pero es preciso considerar desde algo antes la situación del ejército, los soldados y oficiales; con ello ganaremos la perspectiva adecuada para entenderla. La purificación de militares ofrece especiales características y posee su propia legislación. El ejército se ha mostrado base de la revolución y se ha encontrado inmerso en una guerra civil. Quizá por ello se impone —para Fernando— la necesidad de una profunda revisión.

Se acomete su reestructuración, reorganizando la Guardia Real, reduciendo y dando organización a la Milicia, según reglamento

73. *Gaceta* 24 de agosto de 1824, los prisioneros en *Gaceta extraordinaria* de 30 de agosto de 1824. Poco antes se había establecido un decreto, no tan drástico, en 14 de agosto (*Decretos Fernando*, IX, 152 s.). El nombramiento de Aymerich es de 26 de agosto (*Decretos Fernando*, IX, 164).

Sobre estos sucesos y conexiones: *Historia de la vida y reinado*, III, 135 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 157 ss.; A. BALLESTEROS BERETTA, *Historia de España*, VII, 218; F. SOLDEVILA, *Historia de España*, VI, 414, la relación con la caída de Chateaubriand y muerte de Luis XVIII, los sucesos de Portugal.

de 1802 y, también, regulando la formación de las Milicias de Voluntarios realistas, réplica, sin duda, de la Milicia Nacional de los constitucionales⁷⁴. Mas, sobre todo, nos interesa ver en que situación estaban y quedaban sus individuos y cómo se sujetaban a las purificaciones.

Los constitucionales, prisioneros de guerra por el ejército francés, marchaban a Francia. Los prisioneros por el español, y quienes se pasaron a las filas realistas fueron concentrados en Depósitos especiales por la Regencia. Fernando VII, por real orden de 8 de marzo de 1824, disolvía estos Depósitos, y enviaba a sus internados a los pueblos que gustasen, excluido Madrid y Reales Sitios⁷⁵. La Regencia les había señalado a los oficiales prisioneros sueldos con carácter provisional. Fernando conserva la misma retribución a prisioneros, y a los pasados y capitulados la mitad del sueldo de 7 de marzo de 1820⁷⁶. Ahora bien, naturalmente, todos

74. Las disposiciones sobre disolución y reorganización del ejército son numerosísimas. Se inician por real decreto de 14 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 241 ss.); la real orden de 25 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 85); y se explica al pueblo los motivos por la real orden de 29 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 99 s.). "He mandado a mis ministros —dice esta última— hacer economías en todos los ramos, y particularmente en el de la Guerra, pues mis pueblos empobrecidos no pueden prolongar los sacrificios a que se resignaron mientras fue necesario sofocar la rebelión y restablecer con la plenitud de los derechos de mi trono...: quiero que sepan que mi ejército será proporcionado a los recursos de mi Erario: que este ejército será mandado por oficiales que al amor a mi persona reúnan el valor y la disciplina..."

75. Decreto de 26 de junio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 47 ss.). La legislación de Fernando, fundamentalmente, la real orden de 8 de marzo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 244 ss.). También la real orden de 6 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 153) y la real orden de 14 de junio de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 395 ss.).

76. Orden de 1 de octubre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 141) y la ya citada de 8 de marzo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 244 ss., en especial 247). Se completa este último con diversas disposiciones, no recogidas en la colección de decretos (*Gaceta*, 17 de enero de 1824, 27 de abril de 1824, 14 de diciembre de 1824).

Hay que tener en cuenta también una serie de disposiciones sobre determinadas personas en este sentido: oficiales prisioneros en Francia, real orden de 4 de septiembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 174); presidiarios alistados en una u otra facción, real orden de 26 de enero de 1824 (*Decretos*

estos militares pasarán por el tamiz de la purificación, quedando a resultas de ella.

Los realistas por su parte, gozaban de situación mejor, según aparece en la legislación. Fuera empleados civiles o militares se les reconocía su sueldo, incluso a los retirados y jubilados, así como a viudas y huérfanos, como ya vimos, por real orden de 30 de junio de 1823. No obstante, se producen dudas, pues numerosas disposiciones confirman y aclaran la situación para determinadas personas, para determinados cuerpos o casos⁷⁷. Todavía existe otro criterio diversificador: la disolución del ejército de campaña, una vez acabada la guerra y la nueva reestructuración dejan a numerosos oficiales en situación de licencia indefinida⁷⁸.

Pues bien, todos pasarán por la criba de la purificación. Ya en 1823 se había expulsado a los que hubieren pertenecido a las milicias nacionales voluntarias al igual que a los civiles, antes de que

Fernando, VIII, 94 s.); antiguos del gobierno intruso o en depósitos en Francia, real orden de 9 de noviembre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 308 s.).

77. Sobre los militares retirados hay una copiosa legislación: orden de 21 de julio de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 73 s.); orden de 26 de septiembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 133 s.); real orden de 3 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 218 ss.); real orden de 4 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 230); real orden de 30 de abril de 1825 (*Gaceta*, 14 de mayo de 1825); real orden de 13 de julio de 1825 (*Gaceta*, 23 de julio de 1825). Sobre cuerpos concretos: real orden de 11 de mayo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 360); real orden de 1 de septiembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 173 s., completada por la de 1 de mayo de 1825, X, 141); real orden de 7 de junio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 183).

Sobre regulación para una clase —generales brigadieres—, la real orden de 12 de julio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 223 s.); incluso sobre una parte de la paga, real orden de 13 de julio de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 225). En suma, la legislación muestra gran particularismo, por encima de las categorías genéricas señaladas.

78. Los sueldos, según la real orden de 8 de marzo de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 244 ss.) y también las reales órdenes de 16 y 20 de julio de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 95, 97); real orden de 7 de enero de 1825, con normas concretas para su pago (*Gaceta*, 11 de enero de 1825). Se les fijaba residencia en los pueblos que eligiesen, con permiso, en algún caso, y con conocimiento de los capitanes generales (*Gaceta*, 29 de abril de 1824).

Luego, con la purificación, las licencias indefinidas se transforman en ilimitadas, si les es favorable.

empezasen las purificaciones para militares. Estas dan comienzo en 9 de agosto.

La real cédula de 9 de agosto de 1824 regula la purificación en este sector especial, sujetando a este juicio a “todos los militares efectivos y retirados desde la clase de general hasta la de alférez inclusive”⁷⁹. Constitucionales, realistas en activo o con licencia: todos, en suma, se purificarán.

Igual que respecto a empleados comienza desde la cúspide, bajando, después, sobre el conjunto del Ejército. El Consejo Supremo de Guerra, mediante una comisión de cinco miembros —tres militares, un político y un togado— juzga hasta coroneles inclusive; luego, los demás son enjuiciados y purificados ante las Juntas de provincias, formadas por los capitanes generales y cinco ministros, nombrados por el rey a su propuesta. De esta general purificación a militares se exceptuaba a quienes estuviesen desempeñando alguna comisión en favor de la soberanía o se hubiesen mantenido al servicio del rey o su familia. Pero, no obstante, debían justificarlo ante los organismos encargados, salvo caso de notoriedad.

La forma de llevarlo a cabo es semejante a la de empleados en general. Dos instancias, informes secretos, los mismos delitos⁸⁰. Se especificaba las relaciones a presentar por los interesados. El

79. Real cédula de 9 de agosto de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 141 ss., cita en 141). Ve abusos en este sector M. J. QUIN, *Memorias históricas*, III, 83 s.

Se plantean problemas de competencia entre organismos de purificación civiles y militares, respecto de funcionarios de Hacienda militar y político-militares, que se resuelven por reales órdenes de 31 de agosto y 9 de noviembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 170, 337).

Hasta el momento no se habían dado disposiciones para purificar a los militares, si bien se preveía: véase la real orden de 21 de noviembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 197). Tan sólo se había quitado a los que perteneciesen a las milicias nacionales por real orden de 18 de diciembre de 1823 (*Decretos Fernando*, VII, 248 s.).

80. Real cédula citada de 9 de agosto de 1824, arts. 5, 6 y 12 (*Decretos Fernando*, IX, 142, 144). El art. 12, que determina los delitos, dice así: “Las bases que han de servir para la purificación han de ser: El amor a mi real persona, derechos y gobierno, y la conducta política y opinión pública de que se haya gozado y se goce como consecuencia precisa de dicho amor. Y

sistema general las utilizó, pero por iniciativa de la Junta de Madrid. En militares se preceptúa en la real cédula:

«Los que hayan de purificarse presentarán una relación o historia de sus vicisitudes, comprensiva de los particulares siguientes: Primero: el destino y empleo que obtenía desde 1.º de enero de 1820. Segundo: dónde se hallaba en aquella época y regimiento o cuerpo a que pertenecía. Tercero: el sitio y día en que juró la constitución, de qué orden o por qué. Cuarto: qué ascensos, mandos, empleos o comisiones, así militares como civiles, ha tenido desde dicho tiempo hasta 31 de diciembre de 1823, y tiempo que ha permanecido en ellas, y en qué pueblos ha residido en esta época y cuánto en cada uno. Quinto: si ha pertenecido a alguna de las sectas o sociedades reprobadas de masones, comuneros, etc.; si ha sido individuo de la milicia llamada nacional, o de los batallones sagrados, y si ha sido periodista u orador en las sociedades denominadas patrióticas. Sexto: si ha hecho la guerra contra las tropas realistas, y en qué clase, cuerpo y provincia. Séptimo: si ha sido vocal de algún Consejo de Guerra formado contra los realistas, en qué sitio y causas en que intervino, como juez o fiscal, con expresión de los que condenaron, y a qué penas, y quiénes compusieron el Consejo. Octavo: el tiempo y modo como volvió a reconocer mi soberana autoridad, presentándose al gobierno legítimo»⁸¹.

Estas relaciones habían de ser dirigidas a través de los capitanes generales, para mayor veracidad. Todo el que omita o desfigure los hechos será, sin más, declarado impurificado.

Las purificaciones se extienden algo después a la Armada. Y simplemente se adapta, con toda brevedad, la disposición para el ejército. Siendo Secretario Luis María Salazar, se hacía por real orden de 19 de septiembre de 1824⁸².

Los sucesos de agosto —Tarifa especialmente— producen un reforzamiento en el gobierno, con la subida de Aymerich a la Se-

para la impurificación serán, la adhesión al sistema constitucional, su gobierno y máximas, y la conducta política y opinión pública consiguientes a dicha adhesión.”

81. Real cédula citada de 9 de agosto de 1824, art. 7 (*Decretos Fernando*, IX, 142 s.). Véanse también los arts. 10 y 11.

82. Real orden de 19 de septiembre de 1824 (*Decretos Fernando*, IX, 197 ss.).

cretaría de Guerra. Su actividad será extender más las purificaciones militares —hasta soldados— y señalar plazo riguroso para su ejecución. En 18 de marzo de 1825 se amplía a “todos los sargentos, cabos y soldados, que lo eran antes del 7 de marzo de 1820, que quieran volver a entrar en sus propios cuerpos para adquirir sus retiros o el derecho a conservar sus premios, y los de igual clase que se hayan admitido provisionalmente”. Se depuran por Juntas especiales de los respectivos regimientos —coronel o jefe inmediato con cuatro vocales— quienes la realizan sobre cuantos forman parte del regimiento; los de fuera pueden solicitarlo en término de dos meses. En conjunto, puede decirse que su procedimiento es más rápido y arbitrario que la de oficiales; leyendo la disposición se advierte también que las formas delictivas son más extensas, aunque en esta época de absolutismo no se afina demasiado en las redacciones penales⁸³.

Aymerich, además, señala plazo a oficiales para presentarse a la purificación:

«Enterado el Rey nuestro Señor de que varios individuos militares de los que están sujetos al juicio de purificación, según el artículo 1.º de su soberano decreto de 9 de agosto del año próximo pasado, no han presentado a las Juntas respectivas la relación o historia de sus vicisitudes..., se ha servido S. M. fijar hasta el día 30 de junio próximo el término para la presenta-

83. Real orden de 18 de marzo de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 106 ss., cita en 107). Los tipos delictivos del art. 7: “Serán tachas para la separación o no admisión en los cuerpos, 1.º El haberse separado voluntariamente de sus banderas para unirse a otras de los ejércitos revolucionarios o para presentarse en los puestos de más riesgo para defensa de los mismos. 2.º Haberse pronunciado o hablado mal del rey nuestro señor. 3.º Haberse alistado voluntariamente en los batallones llamados sagrados o milicia nacional. 4.º Haber solicitado ir a batir los realistas. 5.º Pertener a asociaciones secretas de cualquier denominación. 6.º Haber inducido a sus compañeros o subalternos a la insubordinación, concurrencia o asonadas y otros desórdenes, o sido orador en las reuniones patrióticas.”

Se aclara por real orden de 30 de abril a dónde deben dirigir las solicitudes (*Gaceta*, 14 de mayo de 1825). Al formar otro escalón diferente de purificación de militares, los que ascienden pueden caer ante dos juntas, se resuelve por real orden de 25 de julio de 1825 (*Gaceta*, 4 de agosto de 1825). En estos días se resuelven otros problemas de competencia varia, por traslados, etc. (*Gaceta*, 11 y 15 de agosto de 1825).

ción de la referida relación a las expresadas Juntas, y en su defecto a los Capitanes o Comandantes generales de la provincia de su residencia; y declarar al mismo tiempo que los que pasado el mencionado día 30 no acrediten haberla realizado, queden por este hecho sin derecho a percibir los haberes que actualmente disfrutaban.»

Como la orden era de fines de abril se concedía un plazo de unos dos meses para presentar las relaciones. Caso de no hacerlo habían de devolver los despachos y quedar como impurificados⁸⁴.

Por lo demás, la purificación posee análogos efectos para militares que en general para empleados: permanencia o reincorporación, o bien derecho a cobrar retiro a quienes se les concede. Las licencias indefinidas se transforman en ilimitadas, variando con su denominación los derechos y calificación de las mismas. A los impurificados tan sólo el sueldo propuesto por la Junta purificadora, y, en casos de muerte, el montepío para viudas y familias⁸⁵.

El año de 1825 es testigo de un nuevo cambio. Parecía consolidada el ala moderada de los absolutistas, con Zea Bermúdez a la cabeza. En 4 de agosto se pone fin a las comisiones ejecutivas militares; a instigación de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y, previa consulta del Consejo, se devuelve la jurisdicción para aquellos casos a los tribunales ordinarios⁸⁶. En fecha anterior se había producido la caída de Aymerich del ministerio de la guerra. En 13

84. Real orden de 22 de abril de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 119) y real orden de 27 de junio de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 137 s.).

85. Real orden de 26 de octubre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 295), se ve claramente ese paso de indefinidos a licencias ilimitadas, para quitarles esa nota poco ventajosa, que significaba aquella denominación. Sobre viudas y montepío militar —aparte la regulación general— puede consultarse las reales órdenes de 16 de junio y 23 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 187, 261).

Otra cosa es la calificación o clasificación de los militares que quedan en activo —o de retirados—, tras la purificación; va unido a las cuestiones de reorganización del ejército. Véase, como ejemplos, las reales órdenes de 14 y 26 de enero de 1824 (*Decretos Fernando*, VIII, 70 s., 89 ss.) o la real orden de 28 de octubre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 296 ss.) o la de 19 de marzo de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 78 ss.).

86. Real orden de 4 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 230 ss.).

de septiembre se crea una Junta consultiva, apoyada por Zea, y formada de elementos moderados⁸⁷.

Sin embargo, Zea Bermúdez cae el 24 de octubre, sustituido por el Duque del Infantado. Parece existir un acercamiento hacia los absolutistas más puros y radicales. En 1826, al sustituir González Salmón al Duque del Infantado, Calomarde poseerá en sus manos los mecanismos del poder⁸⁸. Pero, desde la caída de los moderados, se está alumbrando un período nuevo —fuera de nuestro estudio— en la década absolutista. Se inicia otra época. Comienzan a aflorar los absolutistas puros y apostólicos —ya en mayo de 1824 Capapé, ahora Bessières⁸⁹— que se colocan, en cierta manera, frente al monarca y sus colaboradores. El *Manifiesto* de esta nueva dirección o el levantamiento de los agraviados son su-

87. Sobre la caída de Aymerich, impulsada por Zea Bermúdez y Luis Fernández de Córdoba, A. BALLESTEROS BERETTA, *Historia de España*, VII, 219 s.; F. SOLDEVILA, *Historia de España*, VI, 417; *Historia de la vida y reinado*, III, 258 s.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 172 s. Se interpreta como efecto de Ayacucho y la presión inglesa por P. AGUADO BLEYE, *Manual*, III, 598. En todo caso parece importante la anterior caída de Ugarte algo antes: *Historia de la vida y reinado*, III, 250 s.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 168.

La Junta consultiva se crea por real decreto de 13 de septiembre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 275 ss.). Acerca de la misma: *Historia de la vida y reinado*, III, 271 s.; M. LAFUENTE, XIX, 177 s., interpreta este historiador que la reorganización del Consejo de Estado significa entonces medida contraria a la Junta, y serán los que prevalezcan, 180 ss., 182 s.

88. La caída o cese de Zea viene en la Gaceta de Madrid, en noticias de España (*Gaceta*, 27 de octubre de 1825). *Historia de la vida y reinado*, III, 272 s.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 179; MARQUÉS DE VILLAUERRUTIA, *Fernando VII, rey absoluto*, 150 s.; P. AGUADO BLEYE, *Manual*, III, 598.

89. Acerca de Capapé, *Historia de la vida y reinado*, III, 70, 252 s. Sobre Bessières, *Historia de la vida y reinado*, III, 86 s., 260 ss.; M. LAFUENTE, *Historia general*, XIX, 174 ss. Existe multitud de decretos referidos a éste, recogidos en la Colección o en Gaceta; nos limitaremos a mencionar el principal, la ley penal general contra ellos del real decreto de 17 de agosto de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 251 s.). Su dureza, y aun sus palabras, recuerdan al promulgado contra los liberales que desembarcaron junto a Tarifa. Se volverá a poner en vigor esta línea de represión criminal en 1830, *Historia de la vida y reinado*, III, 339, 457 ss. Son decretos penales transitorios y de extremo rigor, frente a situaciones particulares.

cesivos matices de este movimiento. Intentos liberales —Fernández de Bazán, memorial de Javier de Burgos— también pretenden inclinar hacia otro sentido al pueblo y nación española⁹⁰. Fernando VII seguirá asegurando a sus súbditos:

«Que no haría jamás variación alguna en la forma legal de mi Gobierno, ni permitiría que se estableciesen Cámaras ni otras instituciones, cualquiera que fuese su denominación»⁹¹.

La persecución seguirá con mayor o menor alcance; incluso según lugares: la actuación del Conde de España, por ejemplo, se limita a Cataluña. Pero dejemos aquí la narración. La legislación de purificaciones sigue en 1826 y 1827, completando las líneas básicas ya trazadas⁹². En 1828 y 1829, en cambio, arrecia la per-

90. La referencia bibliográfica para la continuación puede ser: *Historia de la vida y reinado*, 278 ss.; M. LAFUENTE, XIX, 182 ss.; P. AGUADO BLEYE, *Manual*, III, 598 ss. En visión más de conjunto, sobre tendencias diversas, J. M. JOVER, *Introducción*, 456, y, en general, 446 ss.; F. SUÁREZ VERDAGUER, *La crisis política*, 108 ss.

91. Fernando VII nos tiene muy acostumbrados a esta serie de declaraciones, como la citada en el texto de 15 de agosto de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 149 s.). Por ejemplo, puede verse el real decreto de 19 de abril de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 117 s.).

92. Citaremos: para evitar la doble purificación, la real orden de 4 de enero de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 3); sobre pago de sueldos en relación a purificación, reales órdenes de 16 y 17 de diciembre de 1825 (*Decretos Fernando*, X, 334 y 337 ss.) y las de 8 de enero, 10, 12 y 15 de marzo y 24 de abril de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 3, 67, 67 s., 76, 107); se mantienen en mando a militares en tanto se realiza, como era norma general, real orden de 20 de enero de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 37 s.); sobre caducidad de la segunda instancia de no intentarse y no abrirse otra, en ningún caso, reales órdenes de 11 de mayo y 9 de septiembre de 1826 (*Decretos Fernando*, XI, 115 s., 164); la real orden de 27 de junio de 1826, sobre terminación de plazo para intentarla (*Decretos Fernando*, XI, 137 s.); acerca de las purificaciones a los que vienen de América, las de 11 de febrero, 28 de marzo de 1826 y 30 de enero de 1827 (*Decretos Fernando*, XI, 57 ss., 95; XII, 19); señalamiento de cantidad a impurificados, como pensión alimenticia, por real orden de 25 de septiembre de 1827 (*Decretos Fernando*, XII, 207 s.); la exención de la real orden de 20 de febrero de 1827 (*Decretos Fernando*, XII, 64 s.).

secución en algún otro sentido⁹³. Pero todo ello queda fuera del período 1823 a 1825, en que hemos pretendido estructurar la legislación de este tipo; fuera de la Regencia y la restauración de Fernando VII y del momento de los moderados absolutistas.

MARIANO PESET REIG
JOSÉ LUIS PESET REIG

93. Como ejemplo, puede verse M. LAFUENTE, XIX, *Historia general*, 209 ss., 382 ss.

DOCUMENTOS

I

UN ARANCEL DE PORTAZGO DE PRINCIPIOS DEL XVI

I

* Creemos hallarnos ante un tema de doble interés, cuya dualidad se relaciona a través del documento que insertamos en apéndice. Es decir, noticia acerca de la Orden de San Juan de Jerusalén en el reino de Murcia de un lado, cuya historia nos proponemos realizar, y somero examen de un arancel de portazgo, exacción indirecta de gran trascendencia y no menor confusión en la Edad Media española.

El documento que justifica este comentario se refiere al arancel de portazgo que la Orden de Santiago adopta en las "sierras de Murcia", es decir principalmente en las importantes encomiendas de Beas y Segura, en 1504, tomándolo de los derechos de portazgo que de antiguo se cobraban en Calasparra, encomienda de la Orden de San Juan de Jerusalén.

En el ocaso de la Edad Media española, como es sabido, el priorato de las Ordenes Militares lo asume la corona en la persona de Fernando el Católico, lo que lleva consigo, además de una centralización administrativa, la tendencia hacia criterios de unificación entre las diversas Ordenes. Tal vez esta aproximación entre Ordenes Militares sea la explicación de que la Orden de Santiago adapte a sus encomiendas de las "sierras de Murcia", en su visita de 1504, el arancel de portazgo que venía rigiendo en Calasparra, pese a pertenecer ésta a la Orden de San Juan.

Calasparra, situada en el extremo N. O. de la actual provincia de Murcia, tuvo gran importancia geográfico-política a partir de su reconquista por el infante don Alfonso. Desde entonces, con alternativas, constituye un enclave fronterizo entre Castilla, Granada y Aragón: rodeada de puertos montañosos y de ríos, al pie del Segura, su importancia es también comercial y estratégica.

Tras la reconquista, Sancho IV dona Calasparra a la Orden de

* El documento que motiva estas páginas pertenece al archivo de D. Juan José Álvarez Buendía, a quien expresamos agradecimiento.

Documentos

San Juan¹ y después de un paréntesis de reorganización, que se prolonga hasta principios del xv, en 1412², la misma Orden facultó a su comendador Gonzalo de Saavedra para repartir sus casas y heredades entre cincuenta nuevos pobladores cristianos. Ya en este privilegio la Orden se reserva la percepción del derecho de portazgo.

Calasparra fue importante núcleo de comunicaciones, tanto con el reino de Granada como entre los reinos cristianos. Rodeada de vías fluviales, con sus puentes (ríos Benamor, Segura, Argos, Caravaca), y de pasos montañosos o puertos secos (Puerto Errado, Sierras de Caravaca, Bullas, Yeste, Segura), así como de caminos y fortalezas, se explica su importancia aduanera en la baja Edad Media. Isabel A. de Cienfuegos ha llamado la atención³ sobre el fortalecimiento del erario municipal, por parte de los poderes centrales, en estas villas fronterizas de Murcia y de Andalucía, mediante un régimen de imposiciones más nutrido.

Por otra parte, Calasparra fue, al principio de la Reconquista y por largo tiempo, hasta el xix, capitalidad de la Orden de San Juan en el reino de Murcia, cuyas pertenencias se localizaban en la Dehesa de Cortes de Alcaraz, subencomienda de Archena y en la huerta murciana, con su consiguiente aportación de ingresos a las arcas de una Orden esencialmente pacífica y colonizadora. Ello explica la antigüedad de esta villa en la recaudación de impuestos y que sus aranceles de portazgo se difundieran a las "sierras de Murcia" dependientes de las encomiendas de la Orden de Santiago, en la visitación efectuada a éstas en 1504, cuyo arancel justifica estas líneas.

II

Como dice J. González⁴, no es fácil en el estado actual de investigación sobre impuestos indirectos medievales, y especialmente acerca del portazgo, sino aportar datos de carácter narrativo. Resulta

1. En San Sebastián, 9 junio 1289 (Archv. Munpal. de Calasparra, sin clasificar).

2. Alcázar, 28 enero 1412: Privilegio del Prior y Cabildo de la O. de San Juan a G. de Saavedra para repartir casas y heredades entre 50 nuevos pobladores que en ella hicieran residencia. Confirmación por el Prior y Cabildo de la Orden, en San Cebrián, 29 septiembre 1414 (Archv. Munpal. de Calasparra, sin clasificar).

3. ALVAREZ DE CIENFUEGOS, Isabel, "Notas para el estudio de la formación de las haciendas municipales", en vol. homenaje a D. Ramón Carande, páginas 3-19. Madrid, 1963, vid. 15-16.

4. "Aranceles del portazgo de Sahagún en el siglo xiii"; AHDE, XIV, páginas 573-578. Madrid, 1942-3; vid. pág. 573.

llena de obstáculos una exposición sistemática o una construcción jurídico-dogmática sobre la evolución de este impuesto, apunta Gual⁵, aunque G. de Valdeavellano insiste⁶ en el interés que tendría la investigación completa del portazgo, pese a las muchas lagunas existentes. Desde otro punto de vista, Américo Castro⁷ y Alvar⁸ llaman la atención sobre el interés lexicográfico y dialectal de estos aranceles de aduanas.

Resulta que son los impuestos indirectos, según dice Moxó⁹, los únicos enraizados en la práctica tributaria medieval; pero la confusión en el cuadro total de tales impuestos es extrema, resultando la materia de estudio —en frase de Valdeavellano¹⁰— tan tentadora como confusa y complicada. El mismo autor explica¹¹ que en León y Castilla, por lo que resulta de las fuentes, es muy difícil precisar las diferencias que existen y los caracteres propios que cualifican a cada uno de los impuestos que con los nombres de *pedagium*, *portaticum*, *portagium*, *portazgo*, *teloneum*, *alcabala*, gravan la circulación de las mercancías o la venta de las mismas en el mercado. En la misma observación coinciden la mayoría de autores que han estudiado el tema, anotando Arrollo Ilera¹² que tanto en la alta como en la baja Edad Media, los impuestos sobre el comercio denominados peajes, portazgos, lezdás y alcabalas se confunden continuamente en las fuentes medievales, y Lacarra¹³ que hay gran confusión en los documentos. Suelen entonces los autores tener por sinónimos a la mayoría de impuestos indirectos medievales,

5. GUAL CAMARENA, Miguel, "Aranceles de la Corona de Aragón en el siglo XIII", en vol. VI Congreso de Historia de la Corona de Aragón, páginas 209-220. Madrid, 1959, pág. 212.

6. "El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media"; AHDE, VIII, págs. 201-405. Madrid, 1931, pág. 333.

7. CASTRO, Américo, "Unos aranceles de aduanas del siglo XIII". Rev. de Filología española, págs. 1-29 del vol. VIII; enero-marzo, 1921, cuaderno primero, pág. 1.

8. ALVAR, Manuel, "Lexicografía medieval: el peaje de Jaca de 1437"; en Estudios dedicados a M. Pidal, II, págs. 91-133. C. S. I. C. Madrid, 1951, página 1.

9. Moxo, Salvador de, "Ejército, diplomacia y finanzas como medios de acción del Estado en la Baja Edad Media", en Rev. "Studium". Univ. Nac. de Colombia; págs. 85-104 del tomo III, núms. 7-8, enero-diciembre 1959, página 100.

10. "El mercado...", AHDE, VIII, 332.

11. Idem, 335.

12. "El peaje de Ainsa en el comercio Pirenáico, 1437", en Cuadernos de Historia J. de Zurita; núms. 14-15, págs. 201-207; C. S. I. C., Zaragoza, 1963, págs. 201-2.

13. "Un arancel de aduanas del siglo XI". Primer Congreso Internacional de Pireneístas del Instituto de Estudios Pirenáicos. Zaragoza, 1950, página 18.

de entre los que únicamente ha conseguido Moxó¹⁴ desglosar a la alcabala.

Por su tangencia con el portazgo, el esfuerzo de diferenciación o de identificación se ha centrado a la par en el teloneum, lezda, peaje, diezmo de puertos e incluso en el almojarifazgo y otros¹⁵, sin obtener resultados definitivos. Dentro exclusivamente del portazgo se conoce a éste con las más diversas acepciones, según épocas y lugares; así el conde de Cedillo menciona¹⁶ como sinónimos portaticum, portagium, portadigo, portagem, passagem, pedagium y pedaticum, a los que habría que añadir los de theloneo, pontagium, passagium, portaticum, passaticum, portorium, portatge, portalatge, rafica, etc., e incluso se considera como el mismo impuesto, pero con distintos nombres según el lugar de exacción¹⁷ o según que ésta recaiga sobre personas, animales, dinero o cosas.

Dentro del cuadro general de impuestos indirectos, se ha intentado repetidamente el encuadre del portazgo en obras generalmente no monográficas. Se coincide en su aspecto público, que resaltan García-Gallo¹⁸ y Moxó¹⁹, llamándole unos—el mismo García-Gallo y Font Rius²⁰—impuesto sobre el tráfico y otros sobre el transporte—Moxó y Pérez-Prendes²¹—y más generalmente sobre el tránsito de mercancías (Huvelin²², Vicéns²³, Cedillo²⁴, Carlé²⁵,

14. "La alcabala: sus orígenes, concepto y naturaleza"; C. S. I. C., Madrid, 1963.

15. Entre otras obras citadas de G.^o DE VALDEAVELLANO, IACARRA, GUAL, ALVAR y las de SÁNCHEZ DE OCAÑA, Ramón, "Contribuciones e impuestos en León y Castilla durante la Edad Media". Madrid, 1896, págs. 423-5, y COLMEIRO, Manuel, "Historia de la economía política en España"; ed. Taurus, Madrid, 1965, I, págs. 560-1. También MAYER, Ernesto, "Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal...". Publicaciones de AHDE, Madrid, 1925, págs. 296 y 298-299. VICENS VIVES, J. y NADAL OLLER, J., "Historia económica de España"; ed. Teide, Barcelona, 1959, página 261.

16. LÓPEZ DE AYALA, Jerónimo (conde de Cedillo), "Contribuciones e impuestos en León y Castilla durante la Edad Media". Madrid, 1896, páginas 128-9.

17. Vid. G.^o DE VALDEAVELLANO, "El mercado...", 337 y GUAL CAMARERA, "Aranceles de la Corona de Aragón...", 212.

18. "Curso de Historia del Derecho español", I, 6.^a ed. Madrid, 1956, páginas 215 y 314.

19. "Ejército, diplomacia...", 98.

20. "Instituciones medievales españolas", C. S. I. C., Madrid, 1949, página 61.

21. "Apuntes de Historia del Derecho español". Madrid, 1964, pág. 497.

22. Citado por G.^o DE VALDEAVELLANO en "El mercado...", 334-5.

23. "Historia económica...", 261.

24. "Contribuciones e impuestos...", 128-130.

25. CARLE, María del Carmen, "Mercaderes en Castilla, 1252-1512", en "Cuadernos de Historia de España", XXI-XXII. Buenos Aires, 1954, página 212.

Colmeiro²⁶, etc., intentándose alguna clasificación más compleja²⁷, pero todas afines. Respecto a su caracterización, es decir, motivo y objeto de la exacción, momento y lugar de la misma y restantes circunstancias que definen al portazgo, se hace en general sobre las mismas bases, con ligeros matices, pudiéndose recoger estos caracteres en una descripción meramente narrativa o descriptiva, sin poder alcanzar hoy por hoy una caracterización y definición sistemática y precisa.

Así resulta que, por esta vía enumerativa, el portazgo se extiende, según los diversos conceptos dados, a toda clase de exacción indirecta sobre bienes muebles, con motivo de los más diversos actos jurídicos: transporte y circulación de mercancías, introducción o exportación, transacciones, compraventas, etc., incluso a los más variados hechos, como cesar la mercancía²⁸, y tanto en los caminos como en mercados y ferias, tránsito de señoríos y ciudades, fronteras, puertos secos, puertos marítimos y especialmente a la puerta de las ciudades²⁹, de cuyo hecho se suele derivar su denominación: incluso por trasposición se denomina portazgo al lugar donde se recauda³⁰.

Iguales confusión y amplitud concurren cuando se aborda la problemática de su fundamentación y naturaleza jurídica, en la que la mayoría de autores se viene acomodando a la explicación dada en Partidas³¹; a cuestiones tangentes como si constituye una renta

26. "Historia de la economía...", 537.

27. SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, "Hacienda y Derecho". Inst. Est. Político. Madrid, 1962, I, págs. 211-234.

28. Al hecho de desatar la mercancía como momento de imposición se refiere J. GONZÁLEZ, "Aranceles de Sahagún...", pág. 575.

29. Sobre las diversas cuestiones apuntadas, vid. autores citados, especialmente MAYER, LACARRA, CARLÉ, VALDEAVELLANO, COLMEIRO, SOBREQUÉS-VICÉNS, GARCÍA-GALLO, S. DE OCAÑA, P. PRENDES, ALVAR y CEDILLO. Fijan su exacción en la puerta de las ciudades MAYER, VALDEAVELLANO, LACARRA, P. PRENDES, ARROYO ILLERA y TOLEDANO, Eustaquio, "Curso de Instituciones de Hacienda pública en España, Int. de Est. Políticos. Madrid, 1963, I, 139.

30. "El derecho que se paga por el paso de algún sitio y el edificio donde se cobra" define al portazgo el "Primer diccionario general etimológico de la lengua española", IV, Madrid, 1881.

31. PARTIDA V, tít. VII, ley 5: "Guisada cosa es, e con razon, que pues que los mercadores son seguros, e amparados del Rey, por todo su Señorío, que ellos, e todas sus cosas le conozcan Señorío, dandole portadgo de aquello que a su tierra traxeren a vender, e sacaren ende...", consideración jurídica que recogen HUGO DE CELSO, "Las leyes de todos los reynos de Castilla...", Valladolid, 1537, y ESTAPE RODRÍGUEZ, Fabián, en "Diccionario de H.^o de España", Rev. de Occidente, Madrid, 1952, y a la que se hace alusión por otros muchos.—SOBREQUÉS, "Historia social...", II, pág. 346, dice que era impuesto solamente exigible por la monarquía.—ARTOLA, Miguel, en "La España del antiguo régimen", fasc. III, Univ. de Salamanca, 1967, página 59 y ss. dice que el portazgo es un tributo inherente al reconoci-

o un pecho, una regalía o un señorío; respecto a la cuantía de su exacción y a si se recaudaba en moneda o en especie³²; destino de lo recaudado, sujetos intervinientes y si se satisfacía por uno o por ambos interesados en la transacción comercial³³; a las exenciones y privilegios y especialmente al lugar de recaudación; trascendencia económica y abusos en su recaudación, circunstancia sobre la que se pueden aducir testimonios de cualquier época y que tal vez fue la determinante de la publicación de no pocos aranceles³⁴.

Son, pues, pocos los extremos sobre portazgo en que se puede llegar a conclusiones ciertas. No obstante, parece acreditado que se trata de una imposición de larga vida, que se remonta a Roma³⁵,

miento del señorío o vasallaje, en lo que coincide con S. DE OCAÑA, "Contribuciones...", 133-4, que añade se funda en el principio de que los caminos, etcétera, eran del dominio del Rey o del Estado.—COLMEIRO, "H.^a de la economía...", 537, le califica de regalía, hablándose por lo general de delegación de ésta en los señoríos; así, por ejemplo, VALDEAVELLANO, "El mercado...", 344; como estímulo muchas veces para su repoblación, según M. C. CARLE, "Mercaderes...", 225, beneficiando mucho más a municipios y a señores que a la Corona, según SOBREQUÉS-VICÉNS, "H.^a social...", II, 346.

32. Respecto a la cuantía, Las PARTIDAS (V, 7, V) la cifran en el "ochauo", proporción que recogen S. DE OCAÑA, "Contribuciones...", 134, ARTOLA, "La España del antiguo régimen", 66. G.^a GALLO, "Curso", página 215 dice que la forma de pago era en moneda o en especie y la cuantía varía según los tiempos y lugares, consistiendo, cuando se trata de animales o cosas en una parte del total; cuestión de moneda o especie en la que coincide LACARRA, "Un arancel...", pág. 15, variando la participación desde 1/10 hasta 1/30. CANGA ARGÜELLES, José, "Diccionario de Hacienda...", Madrid, 1834, II, pág. 418 habla someramente del destino de lo recaudado.

33. J. GONZÁLEZ, AHDE, XIV, pág. 575 dice que el destino de lo recaudado no es fijo y el mismo autor y MAYER, "Instituciones...", 305, aluden a que podían satisfacerlo bien una o las dos partes contratantes.

34. Respecto a los abusos cometidos, tanto en su percepción como a consecuencia de la multiplicidad de lugares con portazgo, son numerosísimas las referencias, incluso modernas y literarias, como las de BRETÓN, HARTZENBUSCH y JOVELLANOS, cuyos textos recoge el "Diccionario enciclopédico hispano-americano, de literatura, ciencias y artes", Barcelona, 1895, XVI, página 109.—SUREDA CARRIÓN, José Luis, en "La Hacienda castellana y los economistas del siglo XVII"; C. S. I. C., Madrid, 1949, pág. 122 recoge a este respecto el interesante testimonio del Padre Arriaga.—El Prof. E. SÁEZ, "Aranceles de Toledo", AHDE, XIV, Madrid, 1942-43, pág. 546, justifica la confección de aquellos aranceles del XVI precisamente para cortar abusos mediante su conocimiento. Casi todos los autores citados insisten en este aspecto, especialmente J. GONZÁLEZ, ALVAR, LACARRA, CARLÉ, OCAÑA, etcétera, haciéndolo con mucho detalle y con referencia a toda Europa, PIRENNE, "Historia económica...", pág. 69 y también NAHARRO MORA, J. María, "Lecciones de Hacienda pública", 3.^a ed., Madrid, 1961, pág. 187.

35. Es general la tendencia a remontar el portazgo a Roma; VALDEAVELLANO, "El mercado...", 333-4 lo hace con referencia a HUVELÍN.—SÁINZ DE BUJANDA, "Hacienda y Derecho", I, págs. 149-174, examina tales orígenes. Vid. CORNEJO, Andrés, "Diccionario histórico y forense del Derecho real de España", Madrid, 1779.

se hace pasar por el Derecho germánico³⁶, con gran trascendencia en el medievo, alcanzando su vida hasta 1882³⁷, con sus naturales persistencias jurídicas y evoluciones históricas, lo que le dota de gran interés histórico-jurídico.

Son abundantísimas las fuentes medievales que contienen alusiones al portazgo: para hallarlas basta consultar cualquier texto de ámbito local o territorial, cualquier colección de fueros o diplomas³⁸, aparte de las relaciones expresas del arancel que han motivado los trabajos a que venimos aludiendo y en los que se suele recoger otros textos fragmentarios. Existen además colecciones específicas de textos medievales arancelarios, como las de Sendra³⁹, y publicaciones que recogen varios aranceles, como la de Bofarull⁴⁰, así como archivos plenos de datos sobre portazgo.

No es nuestro propósito, ni lo permiten estas líneas, recoger sistemáticamente fuente alguna, sino simplemente aludir a que es frecuente hallar en los propios textos valoraciones significativas acerca de las circunstancias jurídicas del portazgo, que pueden conducir en su día a desentrañar todos los extremos que hoy permanecen oscuros. Así, por vía de ejemplo, en cuanto a su denominación, se dice⁴¹ en 1135 "pedagium, quod vulgo dicitur portazgo", se le equipara a pecho y a derecho⁴², se dice que pertenece al señorío y a las rentas reales⁴³, que su exacción corresponde por cualquier negociación o compra y venta⁴⁴, por la entrada y salida

36. GARCÍA-GALLO, "Curso", 215.

37. En "Diccionario hispano-americano...", XVI, pág. 109 se alude a que fueron suprimidos todos los portazgos a partir de 1 enero 1882.

38. Por ejemplo, en "Colección de cartas pueblas y fueros municipales...", de MUÑOZ y ROMERO; págs. 19, 44, 58, 200, 206, 264, 347, 364, 370, 380, 398, 411, 470, 476, 496, 512, 532, 534, etc., y otras que citamos más adelante.—"Colección de Asturias", reunida por JOVELLANOS, G. Melchor, Madrid, 1947, I, págs. 221-2, 226, etc., y por supuesto en Ordenamientos de Cortes, Recopilaciones de Leyes, etc.

39. SENDRA CENDRA, M.^{ta} Dolores, "Aranceles aduaneros de la Corona de Aragón (siglo XIII)". Textos medievales núm. 18, Valencia, 1966.

40. BOFARULL, Manuel, en tomo 39 de "Colección de documentos inéditos de la Corona de Aragón", Barcelona, 1871, dio a conocer los aranceles de portazgo de Canfranc, peaje de Candanchú y derechos de saca de Sadaba. El mismo publicó los peajes de Zaragoza y Aragón, fines del XIII, en "El Registro del merino de Zaragoza (1291-1312)", Zaragoza, 1889, págs. 260-1 y 281-283.

41. FUERO DE BALBAS, Colección de Muñoz, pág. 516.

42. "Privilegios de Fernando IV a Murcia", documento XI, edición de TORRES FONTES, Juan, en AHDE, XIX, Madrid, 1948-1949, págs. 557-574.

43. Privilegio de Alfonso X a los pobladores de Murcia, 14 mayo 1266, en "Documentos de Alfonso X el Sabio", TORRES FONTES, Murcia, 1963, página 18.

44. FUERO DE NAJERA, Col. de Muñoz, 292; FUERO DE MIRANDA DE EBRO, ídem, 349.

de mercancías⁴⁵, que concierne tan sólo a los mercaderes⁴⁶ y que se satisface en los mercados⁴⁷ o al ir a ellos⁴⁸ y también en las puertas de la villa⁴⁹, así como que no se tribute en tierras de realengo⁵⁰ ni por "cosas necesarias" por que ome vive (pan, vino)⁵¹ ni por las de "aver propio", sino por aquellas con que se comercia o en cuyas transacciones se media⁵².

III

Lo primero que llama la atención del documento que transcribimos, en relación con lo expuesto, es la circunstancia de que en él no se menciona sea una relación de portazgo, sino únicamente, en el encabezamiento, se habla de "escritura de arancel" y más adelante de los "derechos que en la villa de Calasparra y su término se lleuan", sin otra calificación.

Por una parte, dado el confusionismo de impuestos indirectos medievales, no sería incorrecto calificarlo de arancel de portazgo o más ampliamente de aduanas, pero en el propio documento, en letra posterior al conjunto del texto y en papel de la misma clase, que hace como de encuadernación del manuscrito, se dice "Año de 1504. Traslado de los derechos del portazgo. Num. 52". Esta numeración marginal al texto, que se repite a la cabeza del mismo, coincide con la reseña en un índice-inventario, de fines del xvii, de los documentos contenidos en el Archivo de Consuegra⁵³ y relativos a la encomienda de Calasparra, en el que se vuelve a aludir a tales derechos de portazgo. Ello además creemos que dota de autenticidad a estos aranceles de 1504.

El manuscrito, letra de principios del xvi, consta de cuatro

45. PRIVILEGIO de Alfonso VII a los muzárabes de Toledo, 1137, en Col. de Muñoz, 375.—FUEROS DE ORENSE, ídem, 501-2.—Privilegio de Alfonso X a Murcia, 14 mayo 1266, recogido por TORRES FONTES, en AHDE, XIX de VALLS.

46. FUERO DE ESCALONA, Col. de Muñoz, 486.

47. FUEROS DE MELGAR DE SUSO y de VILLAVICENCIO, ídem, págs. 29 y 173 respectivamente.

48. FUERO DE GUADALAJARA, ídem, 509.

49. Privilegio de Alfonso X a los pobladores de Murcia, 14 mayo 1266, en "Documentos de Alfonso X", ed. TORRES FONTES, pág. 18.

50. FUERO de PERALTA, Col. de Muñoz, 549.

51. Ordenamiento de Cortes de León, Col. de Muñoz, 114.

52. FUERO de AURELIA, ídem, 526.

53. Respecto a la importancia, desaparición, etc., del archivo de Consuegra, de la Orden de San Juan, son interesantes los datos que aporta GUERRERO VENTAS, Pedro, en su tesis inédita, "El gran Priorato de Castilla y León de la Orden de San Juan de Jerusalén en el campo de la Mancha". Univ. Pontif. de Comillas; Fd. de D.º Canónico en Madrid.

folios de papel más otros dos en blanco, todos ellos sin numerar; bien conservados, sin enmiendas, raspaduras ni desperfectos. El final del documento coincide con la última línea del cuarto folio, por lo que pudiera pensarse, dado el contexto, en que la relación se halla incompleta.

Su fecha, 1504; por tanto, circunstancias históricas harto conocidas. Pero queremos resaltar la intensa vida de relación comercial, prosperidad, seguridad político-guerrera y abundancia de mercancías que lleva consigo la conclusión de la guerra de Granada, aparte de que M. del C. Carlé advierte⁵⁴ que en los últimos años de la baja Edad Media, Castilla mantuvo un comercio mucho más intenso de lo que se pensaba. La influencia del descubrimiento de América nos resulta imprecisa.

De otra parte, es sabido que los Reyes Católicos redujeron la variedad de impuestos y tan sólo mantuvieron los acostumbrados antes de 1474⁵⁵.

Finalmente es de anotar que Calasparra constituyó un islote de los Hospitalarios entre señoríos de la Orden de Santiago (Cehegín, Moratalla, Caravaca, etc.) y que precisamente esta Orden recoge para sus "sierras de Murcia" el portazgo que regía en la villa de Calasparra y su término, del mismo modo que, en sentido inverso, la carta de población de Calasparra había hecho supletorias de sus normas a los usos que Cehegín guardaba con la Orden de Santiago⁵⁶. Nos induce esto a pensar en la aludida aproximación entre Ordenes, máxime si tenemos en cuenta que los visitadores de 1504 de la Orden de Santiago, según se dice al comienzo de estos aranceles, eran también "reformadores" y que tal vez parte de las innovaciones que producen en sus encomiendas de Murcia sea esta aproximación a la Orden de San Juan.

Muchos autores han hecho ya hincapié en la importancia filológica e histórica⁵⁷ de estos aranceles. Se centra su trascendencia.

54. "Mercaderes en Castilla...", pág. 146. Respecto a industrias en Castilla, ídem, 208.

55. Aparte textos coetáneos, especialmente Ordenamientos de Cortes y la Crónica de A. BERNALDEZ, cap. LXXVIII, aluden a tal circunstancia, COLMEIRO, "Historia de la economía...", II, 132 y S. de OCAÑA, "Contribuciones e impuestos...", 401.

56. San Cebrián, 29 septiembre 1414; vid. nota (2), se dice: "... es entendido que afuera de las cosas contenidas en el dicho poder del dicho señor prior et de las que aqui son espresadas, en todas las otras husen segund et por la forma et manera que husan los de Cehegin con el comendador de la horden de Santiago...".

57. Filológicamente, ALVAR, "Lexicografía medieval...", 93, y A. CASTRO, "Unos aranceles...", Históricamente, E. SÁEZ, cit. AHDE, XIV, página 547; GUAL, "Aranceles...", págs. 209 y 213; J. GONZÁLEZ, "Aranceles...", AHDE, XIV, 573, etc.

en los aspectos económicos, industriales, comerciales, de importación y exportación, de abastecimiento de ciudades, valoración de mercancías; número, nombres, procedencias y calidades de productos; evolución de niveles de vida, necesidades de los hombres de cada época y, en síntesis, son reflejo vivo de la vida colectiva y urbana. En general estos aranceles han sido dados a conocer por historiadores, por lo que tal vez no se ha resaltado su trascendencia jurídica. Históricamente estos aranceles de 1504 no tienen mayor entidad que la de otros muchos publicados, aunque sí la singularidad de ser escasos los dados a conocer de esta época, así como la amplitud del cuadro de mercancías citadas como objeto de exacción, unas setenta y tantas.

Igualmente se han hecho clasificaciones de los artículos mencionados en cada arancel⁵⁸ y se conocen a través de sus índices y glosarios los objetos de tráfico más característicos de cada momento y lugar⁵⁹.

No disponemos de espacio para comentar detenidamente los numerosos artículos relacionados en estos aranceles de 1504. Igualmente ocurre respecto a su clasificación, varias posibles, motivadas unas por la procedencia y origen de mercancías, otras por las necesidades humanas que revelan, otras por el estado de transformación de los productos (agrícolas, caza, varios tipos de industrias, comercialización, etc.). Nos parece de mayor interés jurídico su catalogación en cosas muebles o mercancías, semovientes, conjunto de cosas, patrimonios, derechos e individuos, y aun cosas "extra-commercium" que, no obstante, satisfacían portazgo.

Son las más abundantes las cosas muebles o mercancías, con una relación que alcanza las sesenta y tantas, estableciéndose la diferencia cuantitativa de que vayan en cargas o en carretas. Entre ellas hay muchas industrializadas: sosa, sogas, esparteñas, pescado seco, ollas de tierra, cordobanes, cuero: pieles de raposa, gato, conejo, corderos, de cabritos; queso, hierros de lanzas, puñales, herrajes, jabón, pastel, alumbre, papel, cedazos, costales, cera, vinagre, vino, esteras, palmas; ropas, lino, jerga, paño, lienzo, espe-

58. De entre esas clasificaciones son de interés las de SENDRA, "Aranceles aduaneros...", págs. 6-7: industria textil, productos textiles, tintóreos, alimenticios vegetales, de origen ganadero, forestales, marítimos, minerales, especias, ganadería; y la de ARROYO ILERA, "El peaje de Ainsa...", 203-4: productos alimenticios, tintóreos, forestales exóticos, ganaderos, minerales, ganadería, industrias textil y metalúrgica, armas y objetos diversos.

59. En obras citadas, extensos inventarios de artículos: ALVAR, 96 y ss. ARROYO, 207. CARLE, 148-9, 165, 192-211. VICENS, 180, 196-198 y 220, examina las mercancías de más frecuente consumo y tributación medieval. Idem, SOBREQUES, "H.^a social", II, 347. SENDRA, "Aranceles aduaneros...", 102-126, incluye extenso índice de artículos.

ciería, y entre ellas algunas de interés, como "bedriado" o vidrio⁶⁰, libros⁶¹. "alcotonia", "arruuiá" y otras especies de tintorería⁶². Entre los productos sin transformar abundan los frutos secos, hierbas aromáticas, pescado fresco y toda clase de productos alimenticios, entre ellos el arroz que al no ser objeto de arancel especial hace suponer no se cultivaba todavía en Calasparra.

Entre los semovientes hay variedad de animales, tanto de carga⁶³ como de acarreo, transporte y caza, es decir, acémilas, asnos, potros, yeguas, potrancas, muleros, bueyes, bestias mayores y menores, caballos; gabilán, alcón, azor, etc.

De conjunto de cosas podemos calificar a la manada de bueyes, cabaña de ganado, etc., únicas precisamente que satisfacen el portazgo en especie, y también a la percha de halcones, que si lleva gabilán está exenta de pago.

Calificamos de patrimonio a lo que el arancel menciona como "casa mouida de cristiano..., de judío o de moro", que interpretamos como familia que emigra o transita por el término con todo su haber, satisfaciendo, por cierto, doble la del judío o moro que la del cristiano.

Puede encuadrarse como derechos a "qualquier hombre que pasare su oficio" y a la "moneda del Reyno", así como a la demostración de vecindad en lugar franco de pago.

Entre los sujetos se puede distinguir la regla general de hombres pecheros de la excepción que constituyen los francos de pago, y asimismo del privilegio de los exceptuados o beneficiados (vecinos de la Orden de San Juan; vecinos de la villa de Hellín, contigua a Calasparra). Cabe también agruparlos en castellanos y de otros reinos o extranjeros y, finalmente, por su credo o raza, en cristianos, judíos y moros, con distinta imposición arancelaria. Otros sujetos tienen más bien la conceptualización de objetos, tales como mora o mora cautivos y "muger cristiana (mora o judía) que anda por el mundo".

Cosa extracomercium pero que motiva exacción es "todo moro o mora (judío o judía) que pasare muerto".

Respecto a la cuantía de la exacción depende de que el trans-

60. M. del C. CARLE, "Mercaderes...", pág. 207, dice que Murcia era por entonces uno de los centros principales de producción de vidrio, especialmente la villa de Alhama.

61. Aluden a las circunstancias del comercio de libros en la época, ALVAR, "Lexicografía...", 94-95, y S. de OCAÑA, "Contribuciones...", 403.

62. A tintoreros y "alcotonia" se refiere A. CASTRO, "Unos Aranceles...", en el glosario, pág. 15.

63. El relieve extraordinario de las bestias de carga en la época, en VICENS, "H.^a económica...", 332 (Un coetáneo a Carlos V las calcula en cuatrocientas mil en España).

porte se haga por cargas o en carretas; en aquéllas oscila entre 1-12 maravedís, según mercancías, y en éstas entre 12-36. La valoración se fija en maravedís y excepcionalmente en blancas y doblas. Respecto a precios y valores de mercancías se pueden obtener interesantes deducciones⁶⁴. Queda anotado el pago en especie como excepción.

Por último, algunos aspectos jurídicos. Indudablemente nos hallamos ante un arancel de portazgo, frente a una exacción incorrecta. Su ámbito de aplicación primitivo es la villa de Calasparra y su término, ámbito que interpretamos tanto como tráfico y tránsito de mercancías por aquellos lugares como su introducción para consumo; muy dudoso es que se aplicara a la salida de mercancías producidas allí. El supuesto normal es el tránsito de tales mercancías, dada la importancia del lugar como nudo de comunicaciones. Sin perder vigencia en Calasparra, estimamos que en 1504 se extienden estos aranceles a las encomiendas próximas de la Orden de Santiago (Beas, Segura...) y especialmente a los puertos secos⁶⁵ en el "partido de las sierras de Murcia" de la misma Orden; además de esta referencia inicial del documento a las sierras murcianas, al final del mismo se anota al "moro que pasare por el puerto acemila", es decir, por puerto de montaña.

Nada se dice en el manuscrito respecto a otros extremos: lugar y momento de recaudación, sujeto pasivo de la misma, si se imponía solamente con motivo del tránsito o también de actos jurídicos y contratos sobre las mercancías, con motivo del mercado o en todo momento, según parece, etc. Se pueden fijar como datos ciertos que el destino de lo recaudado eran las arcas de la Orden y también la prolongada vigencia del arancel, al menos respecto a la encomienda de Calasparra, opinión avalada por haberse reservado la Orden el derecho ya en 1414, según vimos, y por aparecer reseñado el documento aún como aplicable a fines del xvii; sin que podamos establecer sus vicisitudes históricas en tan largo período, inclinándonos por su persistencia jurídica durante el mismo.

Finalmente, extremo de interés son las sanciones que se imponen a los infractores de la norma arancelaria en varios casos (judío

64. Sobre precios es trabajo muy interesante el de NADAL OLLER, Jorge, "La revolución de los precios españoles en el siglo xvi", *Rev. Hispania. C. S. I. C.*, XIX, núm. LXXVII, Madrid 1959, págs. 503-529, con tablas de precios, variaciones de coste de vida, tendencia alcista a lo largo del xvi, índices de precios, etc.

65. La relevancia aduanera de los puertos secos o montañosos, en SUREDA, "La Hacienda castellana...", 120-1; LACARRA, "Un arancel...", pág. 18; P. PRENDES, "Apuntes...", 751-2; GUAL, "Aranceles de la Corona de Aragón", 209; COLMEIRO, "H.^a de la economía...", 537; SENDRA, "Aranceles aduaneros...", 5-6.

que se hiciere pasar por cristiano, cinco mil mrs.—Si no manifestare su condición de judío, pierda la ropa.—pechero que se hiciere pasar por hombre franco, seiscientos mrs. y si reincide pierde su condición, etc.); la reciprocidad que se mantiene con mercancía procedente de lugar franco y también la alusión que se hace a otros impuestos indirectos como borra, asadura y cabrita (?), los cuales se imponen sobre las cabañas de ganado y en especie.

RAFAEL SERRA RUIZ

I V

Este es un traslado bien y fielmente sacado de una escritura de arancel que estaua sentada en el libro de la visitacion, que en la Horden de Santiago fizieron Fernan Perez de Guzman, cauallero de la Horden, y Luis Gutierrez, vicario de Veas, visitadores e reformadores de la dicha Horden, el año que paso de mill y quinientos y quatro años, en el partido de las sierras de Murcia, signado de Grabiél Vasquez, escriuano de su uisitacion, segun por el dicho libro parecia, su tenor del qual dicho arancel es este que se sigue.

Este es un traslado de los derechos que en la villa de Calasparra y su termino se lleuan:

De cada carga mayor de paños, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada bara que no llegare a pieça entera, dos marauedis.

De cada carga mayor de lienço, doze marauedis.

De cada carga mayor de calderas, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

Si no llegare a carga, que pague de cada caldera o caldero o sarten dos marauedis.

De cada carga mayor de estopa en pelo, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de mies, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

De cada carga mayor de xerga, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

De cada carga mayor de azeite, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

Y si no llegare a carga, de cada arroba, una blanca.

De cada carga mayor de sosa, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

De cada carga maior de bedriado, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

—Castellanos—

- De cada carga maior de almendras, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de nuezes, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de pescado fresco, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de esparteñas o sogas de cañamo o de esparto, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de perdices o conejos, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de sardinas, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carreta por la dicha villa o termino de carbon, treinta y seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 Qualquier que pasare por la dicha villa o su termino carga maior, seis marauedis.
 Si fuere costal de bestia menor y agua, tres marauedis.
 De cada carga mayor de ollas de tierra, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de acoradas, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de pieles de raposas o de gatos o conejos, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de corderos y cabritos, digo de pieles, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 Si no llegare a carga, de cada dozena un marauedis.
 De cada carga mayor de queso, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 De cada carga mayor de lino, seis marauedis.
 De cada carga menor, tres marauedis.
 Qualquier hombre que pasare su oficio e qual quiera que sea, que pague quatro marauedis.
 Qualquier judio que biniere de lugar franco, la mercaduria es franca y a de pagar por su cabeça quatro marauedis.
 Si pasare por cristiano, que pague cinco mill marauedis.
 Si no se manifestare, que pierda la ropa que lleua sobre si.
 De cada casa mouida de cristiano, que pague doze marauedis.
 De cada casa mouida de judio que pague veinte y quatro marauedis.
 De cada casa mouida de moro que pague veinte y quatro marauedis.

Todo moro o mora que pasare por la dicha villa o su termino, pague dos marauedis.

Todo moro o mora cautiva, que pague una dobla.

Todo moro o mora que pasare muerto, que pague una dobla

Todo judio o judia muerto que pague una dobla.

Cada muger cristiana que anda por el mundo, que pague doze marauedis.

Y si fuere mora o judia que pague veinte y quatro marauedis.

De cada carga mayor de fierros de lanças, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de graña, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de xabon, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de libros, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de pastel, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de alumbre, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de arruuiá, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de papel, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

Si fuere costal de bestia menor, pague tres marauedis.

Qualquier cedazero que pasare por la dicha villa o su termino con su collera de cedazos, pague quatro marauedis.

De cada carga mayor de arroz, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

De cada carga mayor de garbanços, seis marauedis.

De cada carga menor, tres marauedis.

De cada carga de cordobanes, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de piñones, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de cominos, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de matalahuga, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de herraxes, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de costales, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

Y si no llegare a carga, de cada costal, quatro marauedis.

De cada carga mayor de espeçeria, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de zera, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de binagre, doze marauedis.

De cada carga mayor de ajos, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de puñales, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

Y si no llegare a carga, de cada puñal, una blanca.

De cada carga maior de bino, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de esteras de junco, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga de moneda que sea del Reyno, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de huexos bacunos, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de palmas, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga mayor de tozinos, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

Y si no llegare a carga, de cada pie dos marauedis.

De cada carga mayor de bidrio, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada carga maior de alcotonia, doze marauedis.

De cada carga menor, seis marauedis.

De cada moro que pasare por el puerto acemila, si la bendiere o se le muriere, que pague doze marauedis.

E asi mismo si fuere asno o asna seis marauedis.

De cada potro o yegua o potranca que llebren a bender, que pague doze marauedis.

De cada muleto o muleta que pase a vender, seis marauedis.

Todos los bueyes que pasaren por la dicha villa o su termino que llebren a bender, si llegaren a çien cabeças, an de dar una cabeça y si no llegaren a çiento, an de dar de cada cabeça dos marauedis.

Cada cabaña de ganado que pasare por la dicha villa o su termino, an de pagar borra e asaduras cabrita, que son tres reses.

Todos los vezinos de la villa de Hellin an de pagar de cada carga mayor dos marauedis. De cada carga menor, un marauedi.

Todos los vezinos de la Horden de sant Juan an de ser francos, pero an de mostrar su vecindad.

Todo hombre franco que pasare mercaduría de pechero por la dicha villa o su termino por suya que pague en pena seiscientos marauedis y dende en adelante sea el pechero y no goze la franqueza.

—Las carretas—

De cada carreta que fuere cargada de çerrado, a de pagar treinta y seis marauedis.

De cada carreta cargada de castellano, diez y ocho marauedis.

De cada carreta que fuere cargada de baladi, doze marauedis.

De cada carreta bacia, quatro marauedis.

De cada bestia mayor si fuere baçia un marauedi.

De cada bestia menor bacia una blanca.

Todo moro que vieren entrar en lugar de la Horden de sant Juan su mercaduria es franca, mas el a de pagar por su cabeça dos marauedis, y a de mostrar vezindad.

De cada caballo que pasare sin silla, doze marauedis.

De cada percha dealcones an de pagar una dobla y si llebaren gauilan no an de pagar nada.

De cada halcon que pasare por la dicha villa o su termino, pague veinte y çinco marauedis.

II

LA PROPIEDAD RUSTICA ENTRE LOS VECINOS DE CARACAS HACIA 1680 .

La economía venezolana durante el período de dominio español es tema que ha atraído la atención de los historiadores hasta el punto de que sobre ella se han publicado en los últimos años varias obras de conjunto¹. En estas obras, sin embargo, se advierte un mayor conocimiento y abundancia de datos para los siglos XVI y XVIII que para el siglo XVII. En realidad ello responde a la tónica general de la historiografía sobre América colonial: El XVII se ha estudiado tan poco que algún historiador lo ha calificado como la "Centuria Olvidada". Por otra parte se conocen detenidas descripciones de Venezuela en el siglo XVI y comienzos del XVII, así como para el XVIII ya avanzado², pero prácticamente se sabe muy poco de la segunda mitad del XVII. Incluso los datos que algunos historiadores ofrecen hacen referencia a las relaciones económicas con España, comercio sobre todo, más que al desarrollo interno de las fuentes de riqueza³.

Por eso consideramos de primordial importancia el documento que transcribimos y cuyo análisis vamos a hacer. Se trata de una certificación, hecha en 1684 por el escribano real Juan Rengel de Mendoza, de las propiedades rústicas de los vecinos de Caracas con motivo de una evaluación de las alcabalas de la ciudad. Según el propio Rengel, es el primer padrón de este tipo que se hace con lo cual vendría a ser el primer catastro de Caracas.

Se hacen constar las plantaciones de cacao (con número de árboles), los hatos de ganado (con número de cabezas), las tierras dedicadas al cultivo del trigo (con fanegas recolectadas) y los trapiches de azúcar. Las propiedades, aunque pertenecientes a vecinos de Caracas no sólo se hallan en la jurisdicción de ella, sino también en las de las provincias de Nueva Valencia, San Sebas-

1. ARCILA FARIAS, EDUARDO: *Economía Colonial de Venezuela*. México, 1946.—ARELLANO MORENO, A.: *Orígenes de la Economía Venezolana*. México, 1947.—BRITO FIGUEROA, FEDERICO: *Estructura Económica de Venezuela Colonial*. Caracas, 1963.

2. ARCILA FARIAS, en la obra citada en la nota anterior y en su bibliografía, recoge varias de ellas, págs. 481-485. También ARELLANO MORENO en su obra también citada en nota (1) y, en particular, en la bibliografía de su capítulo VI (Colonización y población), cita varias, págs. 146-148.

3. Vid., por ej., ARCILA FARIAS en la obra citada.

tián de los Reyes, Nirgua y Barquisimeto. Se indica la identidad del propietario y el lugar donde se halla enclavada. En el caso de los trapiches, suponemos que no es sólo el molino, sino todo el conjunto de instalaciones de la explotación azucarera, desde la plantación hasta los almacenes, pues no encontramos al menor alusión al cultivo de la caña de azúcar, ni tampoco, cosa extraña, al del tabaco, tan importante en la economía venezolana ya en estas fechas.

Es de lamentar que no se ofrezcan datos sobre la extensión de estas propiedades, aunque en el caso del cacao procuraremos hacer un cálculo aproximado.

Las relaciones entre economía y sociedad son tan estrechas que es difícil deslindar uno y otro campo. Las conexiones son particularmente profundas en aspectos relacionados con la propiedad, pues esta constituye a menudo la base económica de un determinado grupo social. De aquí que en el presente documento hallemos un reflejo de cierto grupo social caraqueño, el económicamente más fuerte, y por tanto el que más podía influir en la configuración social. Fijémonos en primer lugar en el número total de propietarios que ascienden a 172 y comparémoslos con la cifra que nos brinda una certificación de las autoridades eclesiásticas de Caracas para la misma fecha y que calcula el número total de familias existentes en 625 que totalizan 6.121 personas⁴. De ellos podemos deducir que el grupo de vecinos acomodados de Caracas no llega a constituir en estas fechas una minoría, pues aproximadamente el 25 por 100 de la población tiene propiedades rústicas. Por otra parte, si comparamos estos 172 propietarios de 1684 con el número de los que habían obtenido mercedes de tierras en el último tercio del siglo xvi⁵ que ascienden a 64, observamos que en un siglo escaso se ha triplicado el número de propietarios. El fenómeno es perfectamente explicable si tenemos en cuenta que en el siglo xvii la colonización se intensifica fundándose más de 70 pueblos⁶. Muchas de las propiedades se extenderían en las zonas recién colonizadas.

Respecto a la calidad social de los propietarios, lo primero que resalta es la abundancia de militares. Entre ellos se encuentran 43 capitanes, más 11 viudas y 3 herederos de otros tantos, lo que totalizan 57; 15 alféreces, más 5 viudas y 1 heredero: en total 21; 5 castellanos, 3 maestros de campo, otros tantos sargentos mayores, 2 sargentos y 1 guarda mayor. Aún teniendo en cuen-

4. Certificación de los curas rectores de la Catedral de Caracas. 1684.— Archivo General de Indias de Sevilla. Sección Contaduría, legajo 1613.

5. BRITO FIGUEROA: Op. cit., pág. 152.

6. ARELLANO MORENO: Op. cit., págs. 126-128.

ta la importancia del elemento militar en Venezuela, nos parece algo exagerado el número de jefes de milicia. Más acertado será creer que muchos de estos cargos, de capitanes y alféreces sobre todo, son nombramientos honoríficos en reconocimiento a servicios prestados a la Corona⁷. También hallamos algunos cargos burocráticos (tesoreros, contadores, depositarios, etc.), incluso al propio escribano Rengel que da fe de la certificación. No parece abundar mucho el estamento nobiliario entre los vecinos de Caracas, pues sólo hallamos en la relación un caballero de Calatrava (D. Domingo Baltasar Fernández de Fuenmayor) y la viuda de otro de Santiago (Doña María Mixares de Solórzano, viuda de D. Manuel Felipe de Tovar)⁸. También hallamos un solo licenciado (D. Domingo de Guzmán). Entre los propietarios aparecen numerosos nombres femeninos, en su mayoría viudas (hasta un total de 27), y otras (12 en total), cuyo estado civil no se especifica. Por lo general se hace además referencia a la identidad del marido, lo cual permite clasificarlas socialmente. Como dato curioso cabe señalar la presencia de un moreno libre (Juan de Aguilar) entre los propietarios.

Analizando ahora el documento desde el punto de vista económico observamos que la base de la riqueza de estos caraqueños la constituye en su mayor parte el cultivo del cacao. 167 plantaciones con un total de 445.650 árboles se distribuyen entre 146 propietarios. El promedio de árboles por plantación es de 2.668 pero en realidad varía mucho desde 300 árboles que tiene la más pequeña (de Antonio de Meza Benavides) hasta 10.000 que tienen las mayores (de D. Pedro de Ponte y Andrada y Lorenzo de Ovalle, respectivamente). Geográficamente la zona cacaotera se extiende por la cuenca del Tuy y sobre todo por los valles costeros, pero también es en ello desigual la distribución, siendo el de Ocumare en la costa, el que mayor número de árboles tiene (40.500 en 11 plantaciones) e Yscaragua el que menos (400 árboles en una sola plantación). A veces, un mismo propietario tiene varias plantaciones en lugares diversos e incluso, el caso contrario, varios miembros de una familia pueden tener sus plantaciones todas en un mismo lugar, con lo cual los cacaotales de esa región son prácti-

7. CÉSPEDES DEL CASTILLO, GUILLERMO: *Historia Social y Económica de España y América*, dirigida por JAIME VIDENS VIVES. Barcelona, 1957-59. Tomo III, pág. 523.

8. La obra de ALFREDO BOULTON *Historia de la pintura en Venezuela*, tomo I. Epoca Colonial. Caracas, Venezuela, 1964, ofrece algunas referencias a estos personajes, referencias que hemos creído oportuno recoger en notas a la Relación de propietarios cuando ofrecen algún dato de interés, sobre todo social.

camente patrimonio de esta familia (vid. Herrera, Mendoza, Altamirano, Ovalle, etc.).

Ya señalábamos que no se da el dato de extensión en estas plantaciones, pero tomando como referencia el cálculo que ofrece Brito Figueroa⁹ podemos considerar que cada hectárea de cultivo solía tener de 455 a 465 árboles. Según esto, podemos considerar por debajo de las 10 hectáreas las plantaciones que no rebasen los 4.500 árboles y de acuerdo con ello establecer un cuadro comparativo entre las cifras que ofrece el documento y las que nos brinda Brito Figueroa para los años 1744-1746¹⁰:

	1684	1744-1746
Número de árboles	445.650	5,132.921
Propietarios	146	438

Extensión de la plantación:

Inferiores a 5 Ha.	73 = 50 %	90 = 20,6 %
De 5 a 10 Ha.	49 = 33,52 %	60 = 13,9 %
De 10 a 24 Ha.	23 = 15,75 %	141 = 32,2 %

A la vista del siguiente cuadro podemos vislumbrar el proceso que lleva el desarrollo de la propiedad latifundista. En primer lugar observamos que mientras el número de árboles se ha multiplicado por 11 aproximadamente, el de propietarios apenas si lo ha hecho por 3. En segundo lugar, vemos como todavía a fines del siglo xvii entre los vecinos de Caracas hay un predominio claro de la propiedad de extensión mediana de tal forma que, como ya señalábamos al principio casi la cuarta parte de estos vecinos son propietarios. Sólo un propietario llega a tener casi 20.000 árboles y para eso repartido en 3 plantaciones en lugares distintos (D. Pedro de Ponte y Andrada). La tónica general la dan las plantaciones de 1.000 a 2.000 árboles.

A las plantaciones de cacao siguen en importancia los hatos de ganado vacuno. Aunque la historia de la ganadería venezolana ha sido objeto de un estudio monográfico¹¹, pocos datos se nos brindan en él para la fecha del documento, salvo que a partir de la fundación de la ciudad de San Sebastián de los Reyes en 1584, los hatos proliferaron en Los Llanos¹². Efectivamente en Los Lla-

9. BRITO FIGUEROA: *Op. cit.*, págs. 172-174.

10. *Idem id.*, cuadro de la pág. 175.

11. CORDOVA-BELLO, ELEAZAR: *Aspectos históricos de la ganadería en el Oriente Venezolano y Guayana*. Caracas, 1962.

12. *Idem id.*, pág. 5.

nos, con una localización un poco vaga se sitúan la totalidad de los hatos a que alude el documento, excepto uno que se dice estar en los Mariches y para eso de sólo 60 cabezas. En total se citan 28 hatos de ganado vacuno exclusivamente y que ascienden a 38.060 cabezas. También podemos establecer la comparación con las cifras que nos brinda en este caso Arellano Moreno ¹³:

	1570	1684	1740 aprox.
Hatos		28	19 entre ellos 6 pequeños
Núm. de cabezas	14.000	38.060	137.680

En la ganadería el proceso de desarrollo de las grandes haciendas ganaderas es aún más palpable, pues mientras el número de cabezas casi se ha cuadruplicado, el de hatos ha disminuido en una tercera parte.

Volviendo a 1684, el promedio de cabezas por hatos es de 1.359, pero en realidad, al igual que en los cacaotales, oscila entre las 60 cabezas (de Martín Correa Ferrera y su hermano) hasta las 10.000 (don Antonio Tovar Báñez). Lo más común es que el hato oscile entre los 500 y las 1.000 cabezas (13 hatos de los 28).

El cultivo del trigo está mucho menos extendido que el del cacao, por supuesto, y que la ganadería. Pocas noticias nos ofrece la bibliografía sobre el tema, salvo que a partir del siglo XVII decae y va siendo sustituido por el tabaco y el cacao, más remuneradores ¹⁴. En el documento se alude a 18 campos de labranza de trigo, calculando su importancia sobre las fanegas recolectadas en ellos. Se localizan el valle del Petare y vega de Caracas, principalmente. Los más numerosos son los que producen de 20 a 30 fanegas (13 de los 18 = 73 por 100), aunque hay algunos de 10 y 12 y, por otra parte, hasta de 70. En el conjunto, al parecer, se recolectaban de ellos 482 fanegas, con un promedio de 26 por labranza. Es de destacar que sólo cinco de estas labranzas son la única riqueza de su poseedor, pues, por lo general, sus dueños tienen además plantaciones de cacao, hatos de ganado o trapiches de azúcar. Esto pudiera responder a que el trigo sólo no bastaba para llevar una vida medianamente acomodada, a diferencia del cacao, por ej., en que en la mayoría de los casos es el único tipo de riqueza.

Finalmente, tenemos los trapiches “de hacer melado y azúcar”, otro dato de primordial interés dadas las pocas referencias concretas a la industria azucarera venezolana que ofrece la bibliografía.

13. ARELLANO MORENO: Op. cit., pág. 186.

14. Idem id. págs. 194-195.

Se citan 26 trapiches en total, diseminados, por lo general, salvo cuatro que aparecen localizados en el valle de Turmero. Sólo hay un caso en que un mismo propietario tenga dos trapiches (don Manuel de Urbina), y como contrapartida tenemos la posesión de otro a medias por dos propietarios (el capitán don Juan Pedro del Corro y Ponte y Pedro de Salas).

Finalmente, el documento ofrece datos de interés más general al aludir a una especie de epidemia experimentada por los cacaotales, la algorra o alhorra, y a las repercusiones de los ataques de corsarios a las costas venezolanas que obligaron incluso al traslado hacia el interior de zonas de plantación (hacia Guarenas, Tacata y valle de Tuy). Asimismo ofrece un dato de sumo interés para la historia ganadera venezolana: Hacia 1660 había comenzado a escasear el ganado en los Llanos cercanos a Caracas, y para abastecer a la ciudad había sido preciso traerlo de regiones alejadas (Barcelona, región de los Cumanagotos, y Barinas, del Nuevo Reino de Granada).

En la transcripción y cotejo hemos conservado la ortografía original, aunque añadiendo puntuación. En las relaciones de valles y propietarios, sin embargo, hemos modernizado la ortografía.

Sevilla, julio de 1967

M.^a ENCARNACIÓN RODRÍGUEZ VICENTE
Universidad de Sevilla (España).

ARCHIVO GRAL. DE INDIAS.
SEVILLA

CONTADURIA
Legajo n.º 1.613

Primer quaderno. 1.684.

CAUSA Y AUERIGUACION DEL VALOR QUE AN TENIDO LAS REALES ALCAUALAS DE LA CIUDAD DE CARACAS DESDE EL AÑO DE MILL SEISCIENTOS Y TREINTA Y UNO HASTA EL DE MILL SEYS-CIENTOS Y OCHENTA Y TRES EN VIRTUD DE ORDEN E INSTRUCION DE SU MAGESTAD COMETIDA AL SEÑOR DON JUAN DE PADILLA GUARDIOLA Y GUZMAN CAUALLERO DE LA ORDEN DE CALATRAUA DEL CONSEJO DE SU MAGESTAD Y SU OYDOR DE LA REAL CHANZILLERIA DE MEXICO.—Por ante Bernaué de Mesa escriuano Real.

.....

[f.º 129] † Yo Juan Rengel de Mendoza escriuano del Rey Nro. Señor en todos sus reinos y señorios de estas Indias público, del numero de esta Ciudad de Santiago de Leon y de Governacion de esta prouincia de Venezuela en propiedad, en cumplimiento de lo mandado por auto prouenido por el Sr. Don Juan de Padilla Guardiola y Guzman Cauallero del Orden

de Calatraba, del Consexo de Su Mgd. oydor de la Real Audiencia y Chanzilleria de la ciudad de Mexico y Juez con expecial Comission del Rey Nro. Señor para aueriguar lo que an balido las alcabalas de esta dicha Ciudad, desde el año de mill y seiscientos y treinta y uno, con distinzion de cada uno, hasta este presente de mil y seiscientos y ochenta y quatro al qual me fue notificado por Bernaue de Meza escriuano Real su fecha a veynte y dos de este presente mes de Abril. Certifico en la forma que puedo que por los papeles antiguos y modernos tocantes al dicho mi ofizio que paran en mi poder no consta ni pareze hauer ningun padron, autos ni despacho en que se declare las haziendas de labranza y crianza y aruoledas de cacao que tenia los vezinos de esta dicha ciudad o de otro qualquier genero desde el dicho año de mil y seiscientos y treynta y uno hasta el presente ni a llegado a mi noticia que en otro ninguno de los ofizios de escriuanos publicos de esta dicha Ciudad aya auido dicho padron, auto, ni otro despacho alguno de dichas haziendas aunque e hecho diferentes deligencias extrajudiciales para sauer si lo a hauido en lo pasado y solo por las noticias que e inquirido y tenido de diferentes personas vezinos de esta dicha Ciudad asi en otros tiempos como en el prezente y hauerme hallado en algunas partes, ciudades, valles y haziendas de los terminos de esta dicha ciudad, la de la Nueva Valencia y otros de esta dicha prouincia y su costa de la mar arriba y abajo ay al presente en la jurisdizion de esta dicha Ciudad y las de la dicha nueva Valencia, San Sebastian de los Reyes, Nirgua y Barquisimeto las haciendas de labranza y crianza y arboledas de cacao que yran declaradas pertenecientes a diferentes vezinos de esta dicha Ciudad que las que son y sus dueños y en que partes y la cantidad que cada uno tiene segun dichas noticias [f.º 129 v.º] es en la manera siguiente:

- El Capitan Don Joseph Renjifo Pimentel tiene en el Valle de los Guarenas un trapiche de hacer melado y asucar y en el Valle de Capaya hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos y en el de Maiquetia costa de la mar abajo hasta ochosientos arboles de dicho cacao poco mas o menos y en Los Llanos hasta seiscientas rezes bacunas poco mas o menos.—
- El Capitan Diego Mexia de Escouedo en dicho Valle tiene hasta dos mil aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Alferez Antonio Gamis de la Zerda tiene en dicho Valle hasta seiscientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Isauel Maria Gedler viuda del thesorero Santiago de Liendo tiene en el Valle de las Yeguas un trapiche de hacer melado.—
- D. Joseph de Sojo Palacios tiene en dicho Valle un trapiche de hacer melado. = y en el Valle de Chuspa costa de la mar arriba hasta cinco mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- Lucas Martinez de Porras tiene en dicho Valle un trapiche de hacer melado.—
- El Capitan Diego Hernandez de la Mota tiene en el Valle de Yscaragua hasta quatrosientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Maestro de Campo Juan de Liendo tiene en el Valle de Santa Lucia

hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—Y en el de Cepi costa de la mar abajo hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos. = Y en el de San Matheo del Valle de Aragua hasta quatro mil arboles de cacao poco mas o menos. = Y un trapiche de hacer melado y azucar. = Y en Los Llanos hasta ochosientas reces bacunas poco más o menos.—

— D. Balthasar de Soto tiene en dicho Valle de Santta Lucia [f.º 130] hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Sargento Diego Gomez tiene en dicho Valle de Santta Lucia hasta mil arboles de cacao poco mas o menos.—

— Martin Correa Ferrera y su hermano tienen en el Valle de los Mariches hasta sesenta rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Capitan D. Juan Mixares de Solorzano tiene en el Valle de Tacata hasta ocho mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y un trapiche de hacer melado en el Valle de la Pasqua.— Y un ható de ganado bacuno en Los Llanos de hasta cinco mill rezes poco mas o menos.—

— Nicolas y Roque Caldera hermanos tienen en dicho Valle de Tacatta hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Alferez Joseph Ferras tiene en dicho Valle de Tacata hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D. Vizente de Lara tiene en dicho Valle de Tacata hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Alferez Juan de Areualo Ballesteros tiene en dicho Valle de Tacatta hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.ª Elvira Moreno, viuda del Capitan Joseph de Artheaga tiene en el Rio Tui hasta seis mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Antonio Morgado tiene en dicho Rio Tui hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— Sebastian Lopez de Castro tiene en dicho Rio Tui hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan D. Blas Arraez de Mendoza tiene en dicho Rio Tui hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— Pedro Ramirez de Salazar tiene en dicho Rio Tui hasta seiscientos arboles de cacao poco mas o menos.—

[f.º 130 v.º] — D.ª Mariana de Elgueta y Rios viuda del capitan Gonzaio Marin Granizo tiene en el dicho Rio Tuy hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Vricaro costa de la mar avajo hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.ª Josefa de la Torre Barrera, viuda de D. Orttuño de Touar tiene en dicho Rio Tui jurisdizion de la zitudad de Sebastian de los Reyes hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

Y en el Valle de Guaiguaza costa de la mar avajo jurisdizion de la zitudad de la Nueva Valencia tiene hasta seis mill arboles de cacao poco mas o menos.—

- El Alferes Sebastian de Albarenga tiene en el dicho Rio Tui hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Alferes Alonzo Esteban de Piñango tiene en dicho Rio Tui hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Maria Mixares de Solorzano, viuda del Capitan D. Manuel Phelipe de Touar Cauallero del orden de Santiago tiene en el Valle de Capaya del dicho Rio Tui hasta tres mil arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Turmero, jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia un trapiche de hacer melado y azucar y en Los Llanos hasta cinco mill reces bacunas poco mas o menos.—
- El Capitan Pedro Ruiz de Arguinzonis tiene en el Valle de la Guaira de los Paracottos hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- [f.^o 131] El Capitan Pedro Ruis de Arguinzonis y Laris tiene en dicho Valle hasta dos mil y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Biatris Xuares de Ledesma tiene en dicho Valle de los Paracotos hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- Thomas Gonzales Cano tiene en dicho Valle de los Paracotos hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- Juan Hidalgo Lozano tiene en dicho Valle de Paracotos hasta quatrocientos arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Aragua en el cittyo de Tuqua tiene hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- Juana Trazala de Piñango tiene en dicho Valle de Paracotos hasta quatrocientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- Pedro Farinas y su cuñado tienen en el dicho Rio Tui hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Alferes Juan Flores Crespo tiene en dicho Rio Tui hasta ochosientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan D. Juan Ascanio y Guerra tiene en dicho rio Tui hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Borburata jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia del Rey hasta dos mill y quinientos arboles de cacao.— Y en el Valle de Vrama jurisdizion de la ciudad de Nirgua hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Maria de Paredes Viuda del Thesorero D. Pedro de Peralta tiene labranza de trigo en las tierras que llaman de la Quebrada de la Vieja y coxe hasta quarenta fanegas [f.^o 131 v.^o] poco mas o menos.—
- El Capitan D. Domingo Fernandez Galindo y Sayas coxe en el Valle de Petare hasta treynta fanegas de trigo poco mas o menos.— Y tiene en el Valle de Cuyagua costa de la mar avajo hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Alferes Antonio Mexia de Escouedo coje en dicho Valle de Petare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y tiene en el Valle de Pattanimo costa de la mar avajo jurisdizion de la ciudad de la Nueva Balencia, hasta dos mil arboles de cacao poco mas o menos.—

— Adrian Francisco de Vega coje en dichas tierras de dicho Valle de Pettare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.—

— El Capitan D. Juan Martinez de Villegas coxe en dichas tierras de dicho Valle de Pettare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y en el Valle de Turmero tiene un trapiche de hacer melado y azucar.— Y en el Valle de Ocumare, costa de la mar avajo, jurisdizion de la Ciudad de la Nueva Valencia, hasta seis mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en Los Llanos tiene tambien hasta trecientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Capitan Matheo Blanco Infante coxe en dichas tierras de dicho Valle de Petare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y tiene en Los Llanos hasta mill rezes bacunas poco mas o menos.—

— D. Manuel Francisco Gerler y Gamis coxe en dichas tierras del Valle de Pettare hasta veynte fanegas de trigo poco mas [f.º 132] o menos — Y tiene en el de Carayaca costa de la mar avajo hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Thesorero Fernando Aguado de Paramo coxe en dichas tierras de dicho valle de Petare hasta treynta fanegas de trigo poco mas o menos.— Y en el de Orituco jurisdicion de la Ciudad de San Sebastian de los Reyes, tiene hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan D. Juan Galuis de Vilhoa coxe en dichas tierras del Valle de Pettare hasta treynta fanegas de trigo poco mas o menos.— Y en el de Cuyagua costa de la mar abajo tiene hasta quatro mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan D. Juan Gonzalez de Bohorquez coxe en dichas tierras del dicho Valle de Pettare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.—

— El Depositario D. Gabriel de Ybarra coxe en las tierras del Valle de la Fasqua hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y tiene en el Valle de Pattanemo costa de la mar avajo, jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valenzia hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.

— El Alferez D. Francisco Carrasquer coxe en las tierras del dicho Valle de la Pasqua hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.—

— El Capitan Luis Blanco de Villegas coxe en las tierras del dicho Valle de Pettare hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y tiene en el Valle de Ocumare costa de la mar avajo jurisdizion de la dicha Ciudad de la Nueva Valencia hasta quatro mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— [f.º 132 v.º] Antonio de Sosa coxe en las tierras de los rios de Anauco y Guaire hasta diez fanegas de trigo poco mas o menos.—

— Nicolas Saenz de la Barquilla coxe en las tierras de la Vega desta dicha Ciudad hasta sesenta fanegas de trigo poco mas o menos — Y tiene en el Valle de Petaquire costa de la mar abajo hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Pedro Clemente de Louera Otañez coxe en las tierras.

de dicha Vega hasta doze fanegas de trigo poco mas o menos y tiene en el Valle de Cataure costa de la mar avajo hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Juan Bautista de Porttu coxe en dichas tierras de la Vega hasta setenta fanegas de trigo poco mas o menos y tiene en el Valle de Tocarón un trapiche de hacer melado y azucar.—

— El Capitan Juan de Laya Moxica tiene en Los Llanos hasta trescientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Capitan Pedro de Laya Moxica tiene en dichos Llanos hasta mili rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Alferez Antonio de Laya Moxica tiene en dichos Llanos hasta seiscientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— D. Joseph de Medina tiene en dichos Llanos hasta mil y quinientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Alferez D. Lorenzo Sedeño de Albornos tiene en dichos Llanos hasta quatrocientas rezes bacunas poco mas o menos.—

-- [f.º 133] D.ª Francisca de Laya Moxica viuda del alferez mayor D. Francisco de Aguirre Vilela tiene en dichos Llanos hasta quinientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Maestro de Campo Pedro Mesones tiene en dichos Llanos hasta dos mill rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Alferez D. Diego Aguado de Paramo tiene en dichos Llanos hasta quinientas rezes bacunas poco más o menos.—

— El Sarxento Juan Garrida Moreno tiene en dichos Llanos hasta ciem rezes bacunas poco más o menos.—

— Domingo del Rozario tiene en dichos Llanos hasta docientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— Antonio Mosquera tiene en el Rio Tuy del Valle de Aragua un trapiche de hacer melado.—

— El Capitan D. Manuel de Urbina tiene en el dicho Rio Tuy del Valle de Aragua un trapiche de hacer melado y azucar.— y otro de hacer melado en el Valle de Mamo costa de la mar abajo.— y hasta mill quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.ª Mariana Quixano viuda de Luis Loreto de Silua tiene en el Valle de Tiquire de Aragua un trapiche de hacer melado.— y en el Valle de Guaiguaza costa de la mar avajo, jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia, hasta quatro mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en los Llanos hasta seiscientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— D.ª Ana de la Riva Herrera viuda del Capitan Francisco de Castillo de Consuegra tiene en dicho Rio del Tuy del dicho [f.º 133 v.º] Valle de Aragua un trapiche de hazer melado.—

— El Capitan D. Antonio de Touar Vañes tiene en dicho Rio Tuy del dicho Valle de Aragua hasta ocho mill arboles de cacao poco mas o menos y un trapiche de hacer melado y azucar en el Valle de Turmero.— Y en Los Llanos hasta diez mill rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Sargento mayor D. Domingo Balthasar Fernandez de Fuenmayor Cauallero del Orden de Calatraba coxe en las tierras de la Uega de esta dicha Ciudad hasta veynte fanegas de trigo poco mas o menos.— Y en el Valle de la Vittoria de Aragua tiene un trapiche de hazer melado y azucar.— Y en el de Cuyagua costa de la mar abajo hasta seis mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Ines de Mendoza viuda del Capitan Francisco de Brea Lezama tiene en dicho Valle de Aragua un trapiche de hacer melado.—

— El Capitán Pedro de Pontte tiene en dicho Valle de Aragua hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos = Y en el Valle de Ocumare costa de la mar avajo hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— Sebastian de Pontte tiene en dicho Valle de Aragua y en el de Guaiguaza costa de la mar abajo judisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Contador D. Gabriel de Rada tiene en dicho [f.^o 134] Valle de Aragua hasta tres mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Luis de Voliuar tiene en dicho Valle de Aragua y en el de Ocumare costa de la mar avajo hasta seis mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.— Y en Los Llanos hasta quinientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Capitan Simon de Voliuar tiene en dicho Valle de Aragua hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— La viuda del Alferez Diego de la Torre Bohorquez tiene en Los Llanos hasta mill rezes bacunas poco mas o menos.—

— Los Herederos de Dn. Thomas de Aguirre tienen en el dicho Valle de Turmero un trapiche de hazer melado y azucar.—

— El Capitan Pedro Blanco Infante tiene en dicho Valle de Aragua y en el de Ocumare costa de la mar avajo y en el de Vrama de dicha costa judisdiziones de las ciudades de Valencia y Nirgua hasta ocho mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en los Llanos hasta do-cientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— Los Herederos de Francisco Rodriguez de Soza tienen en dicho Valle de Aragua hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Francisca Manso Olarte viuda de Diego Mendez de Toro tiene en el valle del Rincon costa de la mar hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— [f.^o 134 v.^o] El Castellano Domingo del Valle tiene en el citio de Guana-pa costa de la mar arriua hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Castellano D. Juan de Arechederra tiene en el Valle de Guaica-macuto de dicha costa de la mar arriua tres mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el de Ocumare de la costa de la mar avajo hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Elvira Garzia de Castilla viuda de Nicolas de la Torre tiene en el Valle del Coxo costa de la mar arriba hasta mill arboles de cacao

poco mas o menos.— Y en el Valle de Choroní costa de la mar avajo hasta cinco mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Francisca Infante viuda del Alferez Alexandro Blanco de Pontte tiene en el Valle de Caraballeda costa de la mar arriba hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitán Juan Blanco de Villegas tiene en dicho Valle de Caraballeda hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Santa Cruz costa de la mar avajo hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.— Y en Los Llanos hasta dosientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— D.^a María de Gorlis viuda del Capitan Andres del Pino tiene en dicho Valle de Caraballeda hasta [f.^o 135] quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Carguao de dicha costa de la mar arriba hasta seis mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Juan Fermin de Irigoyen tiene en el Valle de Camuri Chiquito de dicha costa de la mar arriba hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Leonor Muñoz de Aranguren viuda del Capitan D. Domingo Hermoso de Mendoza tiene en dicho Valle de Caraballeda hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.— Y en el Valle de Chichiriuche costa de la mar abajo hasta quatro mill aruoles de cacao poco más o menos.—

— El Alferez Francisco de Cuellar tiene en dicho Valle de Caraballeda hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Yo el dicho escriuano Juan Rengel de Mendoza tengo en el Valle de Vria costa de la mar arriba hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Juana Nauarro viuda de Luis Martin Moreno tiene en dicho Valle de Vria hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.

— El capitan D. Juan Pedro del Corro y Pontte tiene en el Valle de Naiguatta costa de la mar arriua hasta quatro mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos y tiene un trapiche de hacer melado de por mitad con Pedro de Salas.—

— [f.^o 135 v.^o] El dicho Pedro de Salas tiene en dicho Valle de Naiguatta hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos y un trapiche de hacer melado de por mitad con el dicho Don Juan Pedro del Corro y Pontte.—

— El Castellano Pedro Juan Carrasquer tiene en el Valle de Camuri Grande costa de la mar arriua hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos y un trapiche de hacer melado.— Y en el Valle de Carguao de dicha costa hasta cinco mill aruoles de cacao poco más o menos.—

— Pedro Alvarez Merenttes tiene en el Valle de Anare de dicha costa de la mar arriua hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Mariana Macias de Mendoza tiene en el dicho Valle de Anare hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

- Juan de Aguilar, moreno libre tiene en dicho Valle de Anare hasta quinientos aruoles de cacao poco más o menos.—
- El Alferez D. Balthasar de Villafañé tiene en el Valle de los Caracas de dicha Costa de la mar arriba hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Maria Petronila Moreno tiene en dicho Valle de los Caracas hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Juan Moreno tiene en el Valle de Botuco de dicha costa de la mar arriba hasta quatro mill aruoles [f.^o 136] de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan Miguel Varon tiene en el Valle de San Faustino de dicha costa de la mar arriba hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Los Herederos del Capitan Augustin Pereira tienen en el Valle de Osma de dicha costa de la mar arriba hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Los Herederos del Capitan D. Diego Fernandez de Araujo tienen en el Valle de Vritapo de dicha costa de la mar arriba hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Domingo de la Vega tiene en el Valle de Tuasana de dicha costa de la mar arriba hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Castellano D. Juan Placido Galindo y Sayas tiene en el Valle de Carguao de dicha costa de la mar arriba hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.—Y en el de Cuyagua costa de la mar abajo hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Mariana Nabarro viuda del capitan Miguel de Mora tiene en dicho Valle de Carguao hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos y un trapiche de hacer melado.—
- Los herederos del capitan Lucas de Llouera Otañez tienen en el Valle del Panecillo de dicha costa de la mar arriba hasta ocho mill aruoles [f.^o 136 v.^o] de cacao poco mas o menos.—
- Pedro Cauiedes tiene en el Valle de Chuspa de dicha costa de la mar arriba hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Ines Garcia de Castilla viuda del guarda mayor Alonso de la Torre tiene hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Pedro de la Torre tiene en dicho Valle hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos.—Y en el de los Anaucos hasta quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Geronimo Pagola tiene en el Valle de Maiquetia costa de la mar abajo seiscientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan D. Pedro Renjifo pimentel, tiene en el dicho Valle hasta seiscientos aruoles de cacao poco mas o menos.—Y en el Valle de Carayaca un trapiche de hacer melado.—
- D.^a Maria Martinez viuda de Blas de Leon Ordoñez tiene en el Valle de Catia hasta seiscientos arboles de cacao poco mas o menos.—y un trapiche de hacer melado.—

- Andres de Landaeta tiene en el Valle de Mamo de dicha costa de la mar abajo hasta tres mill aruoles de cacao poco mas o menos.—Y un [f.º 137] trapiche de hacer melado.—
- El Alferez Francisco Perez de Valenzuela tienen en el Valle de Carayaca un trapiche de hacer melado.—
- Francisco de Auiles tiene en dicho Valle de Carayaca hasta ochosientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Francisca Infante Bocanegra viuda de Juan Perez de Valenzuela tiene en dicho Valle de Carayaca hasta quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan Juan de Mediavilla tiene en el Valle de Santta Cruz de dicha costa de la mar avajo hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Melchora Ana de la Riuá Herrera viuda del Capitan D. Juan Fernandez de la Riuá tiene en el Valle de los Tarmas de dicha costa de la mar avajo hasta dos mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Ines de la Riuá Herrera tiene en dicho Valle de los Tarmas hasta mil y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan Juan Milano tiene en dicho Valle de los Tarmas hasta tres mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Alferez Francisco Perez Seruallos tiene en el Valle de Cagua de dicha costa de la mar avajo dos mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Juana Bauptista viuda de Christoual Romero de Godoy tiene en dicho Valle de Cagua hasta mill y quinientos [f.º 137 v.º] aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Antonio de Meza Venauides tiene en dicho Valle de Cagua hasta trecientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Lope de Meza Venauides tiene en dicho Valle de Cagua hasta trecientos y cinquenta aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Los Herederos del Alferez mayor Francisco de Aguirre Villela tiene en el Valle de Cepi de dicha costa de la mar avajo hasta tres mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Prouisor Pedro Jaspe de Montenegro tiene en el Valle de Choroní de dicha costa de la mar avajo hasta cinco mill aruoles de cacao poco mas o menos.—Y en Los Llanos hasta mil y quinientas rezes bacunas poco mas o menos.—
- D.ª Polonia de Reuolledo viuda del Capitan Alonso de Osttos y Alfaro tiene en dicho Valle de Choroní hasta quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- Josepha de Quiñones y Santtiago de Oualle su hijo tienen en dicho Valle de Choroní hasta quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—
- El Capitan Lorenzo de Oualle tiene en dicho Valle de Choroní hasta diez mill aruoles de cacao poco mas o menos.—
- D.ª Maria de Reuolledo viuda del Capitan Juan Basquez de Roxas

tiene en dicho Valle de Choroni hasta dos mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Joseph Lopez de Landaeta tiene en dicho Valle de Choroni [f.º 138] hasta ochosientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Juan Fernandez de Lara tiene en dicho Valle de Choroni hasta quatrocientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— Francisco de Quezada tiene en dicho Valle de Choroni hasta quatrocientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Francisco de Oualle tiene en dicho Valle de Choroni hasta quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Sargento mayor Don Lorenzo Martinez de Villegas tiene en el Valle de Aroa costa de la mar avajo hasta tres mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos y en Los Llanos hasta mill reces bacunas poco mas o mneos.—

— El capitan D. Phelipe Galves tiene en el Valle de Cuyagua de la dicha costa de la mar avajo hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—Y en el de Vrama jurisdición de la ciudad de Nirgua hasta dos mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— D.ª Maria de Voliuar viuda del Capitan D. Jaime Galindo y Zayas tiene en dicho Valle de Cuyagua hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Don Joseph de Brizuela tiene en dicho Valle hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan D. Fernando de Touar Vañez tiene en el Valle de Catta de dicha costa de la mar avajo jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia hasta dos mill aruoles de cacao poco más o menos.— y en los Llanos hasta dos mill reces bacunas poco mas o menos.—

— [f.º 138 v.º] El Capitan Don Manuel Antonio de Vriue y Gauilla tiene en dicho valle de Catta hasta cinco mill y quinientos arboles de cacao mas o menos.—

— Balthasar Fernando Paez de Bargas tiene en dicho Valle de Catta hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— Geronimo Cauallero tiene en dicho Valle de Catta hasta ochosientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— Mathias Sanchez de Lira tiene en dicho Valle de Catta hasta quatro mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Diego Lucas Tirado tiene en dicho Valle de Catta hasta mill aruoles de cacao poco mas o menos.—

— Francisco de Oliuares Llerena tiene en dicho Valle de Catta hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Alferez D. Francisco de Monasterios tiene en el Valle de Ocumare costa de la mar avajo jurisdizion de la ciudad de la Nueva Valencia hasta mill y quinientos aruoles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan D. Tello Pantoja y Monroy tiene en dicho Valle de Ocumare hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— D. Francisco Xil del Valle tiene en dicho Valle de Ocumare hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Maria Quixano viuda del Alferes mayor Luis Arias Altamirano tiene en dicho Valle de Ocumare hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Elvira de Laya Moxica viuda de Andrez [f.^o 139] de Reuolledo tiene en dicho Valle de Ocumare hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— Los Herederos del Contador D. Francisco Agüero tienen en el Valle de Turiamá de la dicha costa de la mar abajo jurisdicción de la Ciudad de la Nueva Valenzia hasta tres mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Licenciado D. Domingo de Guzman tiene en el Valle de Pattanemo de la dicha Costa de la mar abajo jurisdicción de la dicha ciudad de Valencia hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—Y en Los Llanos hasta seiscientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— El Alferes D. Juan Francisco de Villalta Elgueta tiene en dicho Valle de Pattanemo hasta dos mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Juana Rodriguez Espexo, viuda del Capitan Pedro de Villamediana tiene en dicho Valle de Pattanemo hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Maestre de Campo D. Juan de Ybarra tiene en dicho Valle de Pattanemo hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—Y en el de D. Diego de dicha jurisdicción un trapiche de hacer melado y azucar.—

— El Capitan D. Augustin Nicolas de Herrera tiene en dicho Valle y en los de Borburata y San Esteban de dicha costa de la mar abajo y dicha jurisdicción hasta siete mill arboles de cacao poco mas o menos.—Y en el Valle de Chirgua un trapiche de hacer melado y azucar.—

— [f.^o 139 v.^o] D.^a Maria Juana de Herrera viuda del Capitan D. Joseph Basquez de Roxas tiene en dicho Valle de Borburata hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— D.^a Leonor de Herrera tiene en dicho Valle hasta dos mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— Don Pedro de Ponte y Andrade tiene en el Valle de San Esteban costa de la mar abajo jurisdicción de la dicha Ciudad de Valencia hasta tres mill arboles e cacao poco mas o menos.—Y en el de Moron jurisdicción de la ciudad de Nirgua hasta diez mill arboles de cacao poco mas o menos.—Y en el San Nicolas jurisdicción de la ciudad de Barquisimeto hasta seis mill arboles de cacao poco mas o menos.—

— El Capitan Diego de Laya Moxica tiene en dicho Valle de San Esteban hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—Y en Los Llanos hasta seiscientas rezes bacunas poco mas o menos.—

— Pedro de Heras Caluo tiene en dicho Valle de San Esteban hasta mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

- Don Antonio de Mendoza Altamirano tiene en el Valle de Moron costa de la mar abajo jurisdizion de la dicha Ciudad de Nirgua hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- Don Francisco de Mendoza Altamirano tiene en dicho valle hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Luisa Hurtado tiene en dicho Valle de Moron hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Cathalina de Mendoza Altamirano [f.^o 140] tiene en dicho Valle de Moron hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Ana de Mendoza Altamirano tiene en dicho Valle de Moron hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Juana de Mendoza Altamirano tiene en dicho Valle de Moron hasta mill arboles de cacao poco mas o menos.
- El Castellano D. Martin de Moscoso tiene en dicho Valle de Moron hasta seis mill arboles de cacao poco mas o menos.—
- El Sarxento mayor D. Nuño Rodriguez de Freitas tiene en los Valles de Guaiguaza y Miquixa costa de la mar abajo jurisdizion de la Ciudad de la Nueva Valencia hasta cinco mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—
- D.^a Juana de Silua tiene en dichos Valles hasta tres mill arboles de cacao poco más o menos.—
- D.^a Francisca de Silua viuda del Capitan Diego Diez Viscaino tiene en dichos Valles hasta tres mill arboles de cacao poco mas o menos.
- El Capitan Juan Nicolas de Fonte tiene en dichos Valles hasta quatro mill arboles de cacao poco más o menos.—
- El Capitan D. Diego de Miquelena tiene en dichos Valles de Guaiguasa y Miquixa hasta tres mill y quinientos arboles de cacao poco mas o menos.—

Todas las quales dichas personas son los vezinos desta dicha Ciudad que e sauido y tenido noticias tienen al presente las haciendas de labranza y crianza y arboledas de cacao que ha declarado así en la jurisdizion de esta dicha Ciudad como en las de la Nueva Valencia, San Sebastian de los Reyes, Nirgua y Barquisimeto de esta dicha prouincia. = Con advertencia que desde el año [f.^o 140 v.^o] de mill y seiscientos y treinta y cinco empeso la algorra de las arboledas de cacao que hauia entonzes en los Valles de la costa de la mar arriba y abajo y otros de la tierra adentro por cuya causa se perdieron muchas haciendas en tal manera que fue necesario que algunos vezinos para mantenerse las boluisen a plantar de nuevo y duró dicha alhorra tiempo de diez años poco mas o menos y hasta el dia de oy esta permanente en los arboles de cacao de la tierra por lo qual y las continuas obtilidades y rouos de esclauos que los enemigos piratas hacen continuamente en la dicha costa de la mar arriua y abajo se an retirado y estan plantando al presente las que refiere esta relación a su principio en los Valles de las Guarenas, Tacata y Rio Tui de esta jurisdicion y fuera de ella retirados veinte y tres leguas

del puerto de la Guaira.—Y asimismo se adbierte que desde el año de mill y seiscientos y sesenta empesó la falta del ganado bacuno en los llanos de la jurisdizion de la dicha Ciudad de San Sebastian de los Reyes y demas citios de su crianza hasta que los dueños de hatos los an ydo criando y aumentando trayendolo de las prouincias de Barzelona, de los Cumanagotos y de Barinas del Nueuo Reino de Granada para el abasto de esta dicha Ciudad por ser la carne de baca la unica que ay para el sustento de los vezinos y moradores de ella.—Y para que conste a Su Señoria de dicho Sr. Don Juan de Padilla Guardiola y Guzman de su mandato doy la prezente escripta en doze foxas con esta de papel comun que es del que se usa por no hauer del sello quarto fecho en esta dicha Ciudad de Santiago de Leon de Caracas y veynte y ocho dias del mes de Abril de mill y seiscientos y ochenta y quatro años. Y lo firmé.—

Juan Rengel de Mendoza
escriuano publico y de Gouernacion
—firma y rubrica—

sin derecho
—rubrica—

RELACION DE PROPIETARIOS CITADOS EN EL DOCUMENTO

Siglas:

alf. = alférez	m. = mayor
cap. = capitán	s. = sargento
cast. = castellano	t. = tesorero
cont. = contador	v. = viuda de
h. = herederos de ...	

AGUADO DE PARAMO, D. Diego (alf.)
AGUADO DE PARAMO, Fernando (t.)
AGUILAR, Juan de (moreno libre)
AGUERO, D. Francisco de (h. del cont.)
AGUIRRE, D. Tomás de (h.)
AGUIRRE VILLELA, Francisco de (h. de alf. m.)
AGUIRRE VILLELA, Francisco de (v. alf. m.) = LAYA MOXICA,
D.^a Francisca
ALBARENGA, Sebastián de (alf.)
ALVAREZ MERENTES, Pedro
ARECHEDERRA, D. Juan de (cast.) (15)
AREVALO BALLESTEROS, Juan de (alf.)
ARIAS ALTAMIRANO, Luis (v. alf. m.) = QUIJANO, D.^a María

15. Op. cit. en (8, pág. 116). Los Arechederra tenían escudo de armas.

ARRAEZ DE MENDOZA, D. Blas (cap.)
 ASCANIO Y GUERRA, D. Juan (cap.)
 AVILES, Francisco de
 BAUTISTA, D.^a Juana, v. Cristóbal ROMERO GODOY
 BLANCO INFANTE, Mateo (cap.) (16)
 BLANCO INFANTE, Pedro (cap.)
 BLANCO DE PONTE, Alejandro (v. alf.) = INFANTE, D.^a Francisca
 BLANCO DE VILLEGAS, Juan (cap.)
 BLANCO DE VILLEGAS, Luis (cap.)
 BOLIVAR, Luis de (cap.) (17)
 BOLIVAR, D.^a Maria, v. de D. Jaime GALINDO Y ZAYAS (cap.)
 BOLIVAR, Simón de (cap.)
 BREA LEZAMA, Francisco de (v. cap.) = MENDOZA, D.^a Inés de
 BRIZUELA, D. José de (cap.)
 CABALLERO, Jerónimo
 CALDERA, Nicolás y Roque
 CARRASQUER, D. Francisco (alf.)
 CARRASQUER, Pedro Juan (cast.)
 CASTILLO DE CONSUEGRA, Francisco de (v. cap.) = RIVA HE-
 RREIRA, D.^a Ana de la
 CAVIEDES, Pedro
 CORREA FERRERA, Martín y su hermano
 CORRO Y PONTE, D. Juan Pedro del (cap.)
 CUELLAR, Francisco de (alf.)
 DIAZ VIZCAINO, Diego (v. cap.) = SILVA, D.^a Francisca de
 ELGUETA Y RIOS, D.^a Mariana, v. cap. Gonzalo MARIN GRANIZO
 FARINAS, Pedro y su cuñado
 FERNANDEZ DE ARAUJO, D. Diego (h. cap.) (18)
 FERNANDEZ DE FUENMAYOR, D. Domingo Baltasar (s. m. caballero
 de Calatrava)
 FERNANDEZ GALINDO Y SAYAS, D. Domingo (cap.)
 FERNANDEZ DE LARA, Juan
 FERNANDEZ DE LA RIVA, D. Juan (v. cap.) = RIVA HERRERA,
 D.^a Melchora Ana
 FERRAS, Joseph (alf.)
 FLORES CRESPO, Juan (alf.)
 GALINDO Y SAYAS, D. Juan Plácido (cast.)
 GALVES ULLOA, D. Felipe

16. Idem id., pág. 116: El capitán Mateo Blanco Infante hizo, juntamente con don José de Bolívar, el avalúo de los bienes del teniente general don José de Oviedo y Baños.

17. Idem id., pág. 25: El Palacio Arzobispal de Caracas fue comprado al capitán Luis Bolívar.

18. Idem id., pág. 51: Don Diego Fernández de Araujo dejó a su muerte, entre otros bienes, varias pinturas de tema religioso.

- GALVIS DE ULLOA, D. Juan (cap.) (19)
GAMIS DE LA ZERDA, Antonio (alf.)
GARCIA DE CASTILLA, D.^a Elvira, v. Nicolás de la TORRE
GARCIA DE CASTILLA, D.^a Inés, v. guarda mayor Alonso de la TORRE
GARRIDO MORENO, Juan (s.)
GEDLER, D.^a Isabel María, v. t. Santiago de LIENDO
GEDLER Y GAMIS, D. Manuel Francisco
GIL DEL VALLE, D. Francisco
GOMEZ, Diego (s.)
GONZALEZ DE BOHORQUEZ, D. Juan (cap.)
GONZALEZ CANO, Tomás
GORLIS, D.^a María, v. cap. Andrés del PINO
GUZMAN, D. Domingo (licenciado)
HERAS CALVO, Pedro de
HERMOSO DE MENDOZA, D. Domingo (v. cap.) = MUÑOZ DE ARAN-
GUREN, D.^a Leonor
HERNANDEZ DE LA MOTA, Diego (cap.)
HERRERA, D. Agustín Nicolás de (cap.)
HERRERA, D.^a María Juana de, v. cap. D. Joseph VAZQUEZ DE ROJAS
HERRERA, D.^a Leonor
HIDALGO LOZANO, Juan
HURTADO, D.^a Luisa
IBARRA, D. Gabriel de (depositario)
IBARRA, D. Juan de (maestre de campo)
INFANTE BOCANEGRA, D.^a Francisca, v. Juan PEREZ DE VALEN-
ZUELA
IRIGOYEN, Juan Fermin de (cap.)
JASPE DE MONTENEGRO, Pedro (provisor) (20)
LANDAETA, Andrés de
LARA, D. Vicente de
LAYA MOXICA, Antonio de (alf.)
LAYA MOXICA, Diego de (cap.)
LAYA MOXICA, D.^a Elvira, v. Andrés de REBOLLEDO
LAYA MOXICA, D.^a Francisca, v. alf. m. D. Francisco AGUIRRE VI-
LLELA
LAYA MOXICA, Juan de (cap.)
LAYA MOXICA, Pedro de (cap.)
LEON ORDOÑEZ, Blas de (v.) = D.^a María MARTINEZ
LIENDO, Juan de (maestre de campo)
LIENDO, Santiago de (v. t.) = D.^a Isabel María GEDLER

19. Idem id., pág. 64: Mayordomo de la Cofradía de Nuestra Señora de Candelaria de la Catedral de Caracas.

20. Idem id., pág. 43: Era proveedor general (pág. 104): poseía una de las principales bibliotecas de Caracas y (pág. 114) una colección de pinturas que ascendía a 54 cuadros.

LORETO DE SILVA, Luis (v.) = D.^a Mariana QUIXANO
 LLOBERA OTAÑEZ, Luis de (h. cap.)
 LLOBERA OTAÑEZ, Pedro Clemente (cap.)
 LOPEZ DE CASTRO, Sebastián
 LOPEZ DE LANDAETA, José.
 MACIAS DE MENDOZA, D.^a Mariana
 MANSO OLARTE, D.^a Francisca, v. Diego MENDEZ DEL TORO
 MARIN GRANIZO, Gonzalo (v. cap.) = D.^a Mariana ELGUETA Y RIOS
 MARTIN MORENO, Luis (v.) = Juana NAVARRO
 MARTINEZ, D.^a María, v. Blas de LEON ORDOÑEZ
 MARTINEZ DE PORRAS, Lucas (21)
 MARTINEZ DE VILLEGAS, D. Juan (cap.)
 MARTINEZ DE VILLEGAS, D. Lorenzo (s. m.)
 MEDIAVILLA, Juan de (cap.)
 MEDINA, D. José de
 MENDEZ DEL TORO, Diego (v.) = D.^a Francisca MANSO OLARTE
 MENDOZA, D.^a Inés de, v. cap. Francisco de BREA LEZAMA
 MENDOZA ALTAMIRANO, D.^a Ana de (22)
 MENDOZA ALTAMIRANO, D. Antonio de
 MENDOZA ALTAMIRANO, D.^a Catalina de
 MENDOZA ALTAMIRANO, D. Francisco de
 MENDOZA ALTAMIRANO, D.^a Juana de
 MESONES, Pedro (maestre de campo)
 MEXIA DE ESCOBEDO, Antonio (alf.)
 MEXIA DE ESCOBEDO, Diego (cap.)
 MEZA BENAVIDES, Antonio de
 MEZA BENAVIDES, Lope de
 MILANO, Juan (cap.)
 MIQUILENA, D. Diego de (cap.)
 MIXARES DE SOLORZANO, D. Juan (cap.) (23)
 MIXARES DE SOLORZANO, D.^a María, v. cap. D. Manuel Felipe de
 TOVAR (caballero de Santiago)
 MORA, Miguel de (v. cap.) = D.^a Mariana NAVARRO
 MORENO, Juan
 MORENO D.^a María Petronila
 MORGADO, Antonio (cap.)
 MOSCOSO, D. Martín (cast.)
 MOSQUERA, Antonio

21. Idem id., págs. 308 y 310: Casado con D.^a M.^a Luisa Quintana Barreto, poseedor de diversas pinturas. Ya había muerto en 1733.

22. Idem id., pág. 343: Poseedora de una colección de pinturas. Ya había muerto en 1712.

23. Idem id., págs. 125-126: De él nos ha quedado un retrato que nos lo muestra grueso y más bien bajo. También de él se reproducen las armas de la familia. En 1694 obtuvo de la Corona el título de Marqués de Mixares, siendo el primero que lo ostentó.

- MUÑOZ DE ARANGUREN, D.^a Leonor, v. cap. D. Domingo HERMOSO
DE MENDOZA
- NAVARRO, Juana, v. Luis MARTIN MORENO
- NAVARRO, D.^a Mariana, v. cap. Miguel de MORA
- CLIVARES LLERENA, Francisco de
- OSTOS Y ALFARO, Alonso de (v. cap.) = D.^a Polonia REBOLLEDO
- OVALLE, Francisco de
- OVALLE, Lorenzo de (cap.)
- OVALLE, Santiago de, hijo de Josefa QUIÑONES
- PAEZ DE VARGAS, Baltasar
- PAGOLA, Jerónimo (cap.)
- PANTOJA Y MONROY, D. Tello (cap.)
- PAREDES, María de, v. t. D. Pedro de PERALTA
- PERALTA, D. Pedro (v. t.) = María de PAREDES
- PEREIRA, Agustín (h. cap.)
- PEREZ SEVALLOS, Francisco (alf.)
- PEREZ DE VALENZUELA, Francisco (alf.)
- PEREZ DE VALENZUELA, Juan (alf.) (v.) = D.^a Francisca INFANTE
- BOCANEGRA
- PINO, Andrés del (v. cap.) = D.^a María GORLIS
- PIÑANGO, Alonso Esteban (alf.)
- PONTE, Juan Nicolás de (cap.)
- PONTE, Pedro de (cap.)
- PONTE, Sebastián de
- PONTE Y ANDRADE, D. Pedro de (24)
- PORTU, Juan Bautista (cap.)
- QUEZADA, Francisco de
- QUIJANO, D.^a María, v. alf. m. Luis ARIAS ALTAMIRANO
- QUIÑONES, Josefa y Santiago de OVALLE, su hijo
- RADA, D. Gabriel de (cont.)
- RAMIREZ DE SALAZAR, Pedro
- REBOLLEDO, Andrés de (v.) = D.^a Elvira LAYA MOXICA
- REBOLLEDO, D.^a María, v. cap. Juan VAZQUEZ DE ROJAS
- REBOLLEDO, D.^a Polonia, v. cap. Alonso de COSTOS ALFARO
- RENGEL DE MENDOZA, Juan (escribano que da fe del documento
transcrito)
- RENIJO PIMENTEL, Joseph (cap.) (25)
- RENIJO PIMENTEL, D. Pedro (cap.)
- RIVA HERRERA, D.^a Ana de la, v. cap. Francisco del CASTILLO DE
CONSUEGRA

24. Idem *id.*, pág. 152: Regidor de Caracas, Procurador General en 1679 y 1687. Casado en 1681 con la acaudalada dama doña Josefa Marín de Narváez, que sólo contaba trece años. Al enviudar, años más tarde, Ponte ingresó en un convento. Poseía una hermosa colección de pinturas.

25. Idem *id.*, págs. 54-55: Tenía escudo de armas y una colección de pinturas.

- RIVA HERRERA, D.^a Melchora Ana de la, v. cap. D. Juan FERNAN-
DEZ DE LA RIVA
- RODRIGUEZ ESPEJO, D.^a Juana, v. cap. Pedro de VILLAMEDIANA
- RODRIGUEZ DE FREITAS, D. Nuño (s. m.)
- RODRIGUEZ DE SOSA, Francisco (h.)
- ROMERO GODOY, Cristóbal (v.) = D.^a Juana BAUTISTA
- ROSARIO, Domingo del
- RUIZ DE ARGUINZONIS, Pedro (cap.)
- RIVA HERRERA, D.^a Inés de la
- RUIZ DE ARGUINZONIS Y LARIS, Pedro (cap.)
- SAENZ DE LA BARQUILLA, Nicolás
- SALAS, Pedro de
- SANCHEZ DE LIRA, Matias
- SEDEÑO DE ALBORNOZ, D. Lorenzo (alf.)
- SILVA, D.^a Francisca, v. cap. Diego DIAZ VIZCAINO
- SILVA, D.^a Juana de
- SOJO PALACIOS, D. José
- SOSA, Antonio de
- SOTO, D. Baltasar de
- TIRADO, Diego Lucas
- TORRE, Alonso de la (v. guardia mayor) = D.^a Inés GARCIA DE
CASTILLA
- TORRE, Nicolás de la (v.) = D.^a Elvira GARCIA DE CASTILLA
- TORRE, Pedro de la
- TORRE BARREDA, Josefa de la, v. D. Ortuño de TOVAR
- TORRE BOHORQUEZ, Diego de la (v. alf.) = ¿ ?
- TOVAR, D. Manuel Felipe de (v. cap. y caballero de Santiago) = D.^a Ma-
ría MIXARES DE SOLORZANO (26)
- TOVAR, D. Ortuño de (v.) = Josefa de la TORRE BARREDA
- TOVAR BAÑEZ, D. Antonio (cap.)
- TOVAR BAÑEZ, D. Fernando (cap.)
- TRAZADA DE PIÑANGO, Juana
- URBINA, D. Manuel de (cap.)
- URIBE Y GAVIELA, D. Manuel Antonio (cap.)
- VALLE, Domingo del (cast.)
- VARON, Miguel (cap.)
- VEGA, Adrián Francisco de la
- VEGA, Domingo de la
- VILLAFANE, D. Baltasar de
- VILLALTA ELGUETA, D. Juan Francisco (alf.)
- VILLAMEDIANA, Pedro de (v. cap.) = D.^a Juana RODRIGUEZ ESPEJO
- XUAREZ DE LEDESMA, D.^a Beatriz

26. Idem íd., págs. 54-55: Familia de las principales de Caracas, tanto los Tovar como los Mijares de Solórzano. Poseían colecciones de pinturas, algunas representando a miembros de la Casa de Austria, aunque no en buen estado de conservación.

RELACION DE VALLES CITADOS EN EL DOCUMENTO Y PRODUCTOS
DE ELLOS

Siglas:

- a = trapiches de azúcar
- c = plantaciones de cacao
- t = labranza de trigo
- v = ganado vacuno

- ANARE, costa de la mar arriba (c)
- ANAUCO (c) y (t)
- ARAGUA (c) y (a)
- AROA, costa de la mar abajo (c)
- BORBURATA (c)
- BOTUCO, costa de la mar arriba (c)
- CAGUA, costa de la mar abajo (c)
- CAMURI CHIQUITO, costa de la mar arriba (c)
- CAMURI GRANDE, costa de la mar arriba (c) y (a)
- CAPAYA, en el río TUY (c)
- CARABALLEDA, costa de la mar arriba (c)
- CARACAS, DE LCS ..., costa de la mar arriba (c)
- CARACAS, VEGA DE (t)
- CARAYACA, costa de la mar abajo (c) y (a)
- CARGUAO, costa de la mar arriba (c) y (a)
- CATAURE, costa de la mar abajo (c)
- CATIA, costa de la mar abajo (c) y (a)
- CEPI, costa de la mar abajo (c)
- COJO, EL, costa de la mar arriba (c)
- CUYAGUA, costa de la mar abajo (c)
- CHICHIRIBI, costa de la mar abajo (c)
- CHIRGUA (a)
- CHORONI, costa de la mar abajo (c)
- CHUSPA, costa de la mar arriba (c y a)
- DON DIEGO (a)
- GAIGUAZA, costa de la mar abajo (c)
- GUAICAMACUTO, costa de la mar arriba (c)
- GUAIRA DE LCS PARACOTOS (c)
- GUAIRE (t)
- GUANAPE, costa de la mar arriba (c)
- GUARENAS (a)
- LOS LLANOS (v)
- MAIQUETIA, costa de la mar abajo (c)
- MAMO (a)
- MARAO, costa de la mar abajo (c) y (a)
- MARICHES, LOS (v)

MORCÓN, costa de la mar abajo (c)
NAIGUATA, costa de la mar arriba (c) y (a)
OCUMARE, costa de la mar abajo (c)
ORITUCO (c)
OSMA, costa de la mar arriba (c)
PANECILLO, costa de la mar arriba (c)
PARACOTOS (c)
PASCUA (a) y (t)
PATANEMO, costa de la mar abajo (c)
PETAQUIRE (c)
PETARE (t)
QUEBRADA DE LA VIEJA (t)
RINCON (c)
SAN ESTEBAN (c)
SAN FAUSTINO, costa de la mar arriba (c)
SAN MATEO, en el valle de ARAGUA (c) y (a)
SAN NICOLAS (c)
SANTA CRUZ, costa de la mar abajo (c)
SANTA LUCIA (c)
TACATA (c)
TARMAS, costa de la mar abajo (c)
TIQUIRE DE ARAGUA (a)
TOCORON (a)
TUASANA, costa de la mar arriba (c)
TURIAMO, costa de la mar abajo (c)
TURMERC (a)
TUY (c) y (a)
URAMA (c)
URIA, costa de la mar arriba (c)
URICARO, costa de la mar abajo (c)
URITAPO, costa de la mar arriba (c)
VICTORIA DE ARAGUA (a)
YEGUAS (a)
YSCARAGUA (c)

MISCELANEA

I

LA CONSTITUCION TACITA DE LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO COMUN

SUMARIO: Introducción.—1. Los glosadores y postglosadores en cuanto creadores de la adquisición tácita de las servidumbres.—2. La concepción de Bártolo de Sassoferrato sobre la imposición de las servidumbres por presunción de voluntad deducida de su causa continua y permanente.—3. La doctrina de Bartolomé de Caepolla acerca de la transmisión de las servidumbres por presunción tácita.—4. La doctrina de los comentaristas y de los tribunales sobre la adquisición implícita de las servidumbres.—5. El derecho costumbrista francés como tipificador de la "destination du père de famille": la "Costumbre de París".—6. La "Costumbre de Orléans" y las demás Costumbres que se refieren a la "destination du père de famille".—7. Las modalidades de constitución de las servidumbres según las "Siete Partidas" españolas.—8. La admisión de la imposición tácita de las servidumbres por la glosa de Gregorio López y de la doctrina catalana.—9. La interpretación progresiva de las "Siete Partidas" por el Tribunal Supremo español.

Introducción.

El supuesto de constitución tácita de las servidumbres, recogido en la actualidad por el artículo 541 del Código civil español, tiene para alguna sentencia del Tribunal Supremo (S. 29 de mayo de 1911) sus antecedentes remotos en dos fragmentos del Digesto (D. 8,2,36 y D. 8,2,37).

Según ya tenemos expuesto en este ANUARIO¹, los supuestos y soluciones que nos deparan los textos romanos no se refieren todavía a la constitución tácita de las servidumbres como "destinación del padre de familia". Si se encuentran, efectivamente, situaciones y hasta soluciones con cierto paralelismo, no obstante, creo que las razones jurídicas que da la jurisprudencia romana son completamente diferentes.

1. BONET CORREA: *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949) 304-346.

Entonces había adelantado que esta modalidad de constitución tácita de las servidumbres era una creación de Bártolo y difundida por los demás glosadores y postglosadores. El examen de su doctrina, así como del derecho común francés, pone en evidencia la identificación de su título como "destinación del padre de familia".

La recepción del derecho romano por nuestras "Siete Partidas" es un acontecimiento importante para examinar en este momento histórico la suerte corrida por el supuesto de constitución tácita de las servidumbres en el derecho común español. De aquí que me haya propuesto completar su estudio a través de estas líneas que a continuación se exponen.

1. *Los glosadores y postglosadores en cuanto creadores de la adquisición tácita de las servidumbres.*

La alta edad media, con la invasión de los pueblos bárbaros y su nueva estructura política, económica y social, especialmente en materia de propiedad —al venir concentrada en una sola mano, o al darse la copropiedad de las tierras²—, fue poco propicia a las relaciones particularizadas de servidumbre entre los fundos y, mucho menos, hizo posible el desarrollo de la modalidad constitutiva tácita. El sistema feudal posterior tampoco favorece ni proporciona las condiciones de hecho necesarias para que esta forma singular de constituir las servidumbres aparezca como una exigencia de las relaciones patrimoniales³.

Es con el florecimiento de la propiedad individual, ocurrido en la baja edad media y en la época renacentista, cuando las necesidades de hecho en las relaciones entre las fincas son más intensas, la que conduce a las florecientes escuelas jurídicas italianas y galas, que reviven los estudios del derecho romano, a proporcionar la solución jurídica que demandaban las nuevas situaciones de hegemonía personal reflejadas en la propiedad inmobiliaria.

Los glosadores y postglosadores, valiéndose de las fuentes y textos romanos justinianos, serán los que van a dar uno de los pasos más evolucionados que pueden concebirse en la historia de la jurisprudencia romanista; su método no trata exclusivamente el estudio del caso aislado y de su solución de equidad, sino de su consideración abstracta, de su engarce en un sistema, de su solución sistemática, por lo que se elabora una teoría de las instituciones jurídicas. Surge una mentalidad tan diferente de la anterior

2. Cfr. SOLMI: *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*. Roma, 1937.

3. Cfr. SIMONCELLI: *La destinazione del padre di famiglia*, cit. p. 30.

que, de situaciones y soluciones muy particularizadas en los textos justinianeos, acerca de la servidumbre que surge o que se hace continuar por su situación específica, se pasa a concebir genéricamente la posibilidad de una constitución tácita de las servidumbres.

Paralelamente a las escuelas jurídicas italianas, el derecho escrito francés recoge en las "Costumbres de París" y de Orleáns el supuesto de la constitución tácita de las servidumbres, al equiparar los signos aparentes entre dos predios al título, fundamento de la "destination du père de famille".

El principio romano de que todo predio debe presumirse libre, en caso de faltar una declaración expresa que afirme lo contrario ("*omne praedium praesumitur liberum*", D. 8,1,14,9) opuso una fuerte resistencia a la nueva mentalidad de los juriconsultos cuando se trataba de transmisiones del dominio de los fundos que mostraban señales evidentes de su interdependencia por unos signos visibles y aparentes de su situación de hecho. Ante las necesidades prácticas de servicio entre los fundos los glosadores tratan de encontrar otras justificaciones en los textos romanos que les permitan contrarrestar la fuerza de aquel principio general de entender la libertad de los fundos a su transmisión; de textos muy particularizados, que obedecen a razones jurídicas diferentes, se pasa a la formulación de una regla general. Creemos con Simoncelli⁴ que los fragmentos aducidos, como vamos a ver, no son más que la ocasión propicia, la base científica de que se valen los glosadores y postglosadores para crear y exponer la doctrina de la constitución tácita de las servidumbres; lo que era mera circunstancia de hecho se eleva a razón jurídica y se busca en los viejos textos un nuevo espíritu, sacándose, de donde no había nada, la "destinación del padre de familia"; es una manera de enderezar el derecho estricto para adaptarlo a las vigorosas y progresivas exigencias que el Renacimiento trae con sus libertades y modo de entender la propiedad.

Para otros autores contemporáneos, como Ruggiero⁵ y Bussi⁶, también esta modalidad de adquisición de las servidumbres por "destinación del padre de familia" es una creación aparecida en el derecho común, puesto que no se menciona por las fuentes romanas.

Del examen que ya tengo hecho de los textos romanos y del cri-

4. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 31.

5. RUGGIERO: *Instituciones de derecho civil*, trad. esp. Madrid, 1929, p. 717.

6. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Padova, 1937, p. 115.

terio jurisprudencial clásico y postclásico⁷, he concluido que no se pudo tener una conciencia cierta de la realidad de una institución, como resulta la llamada "destinación del padre de familia", pues, si aún pudiera pensarse en ciertos supuestos derivados de actos *mortis causa*, como precedente inmediato de la destinación, las razones jurídicas alegadas, los fundamentos de su exigencia, son diferentes, al resultar que allí el mantenimiento de los servicios o de las servidumbres anteriormente constituidas (aunque extinguidas por confusión) resultaba porque tenían la consideración de "admiculos", o ya se confirmaban los servicios existentes por razones prácticas de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental concedido o transmitido (legado, usufructo, etc.), ejercitándose del mismo modo que lo había disfrutado el testador o disponente. Al tratarse de casos hereditarios, la voluntad del testador tiene una consideración de mayor peso que en otras ocasiones, pero todavía no juega como un elemento negociado autónomo en el sentido de que sea el tácito consentimiento el que hace nacer la servidumbre y origine un *ius in re aliena* independiente, sino una razón jurídica en vista de una consideración práctica que justifique las responsabilidades de ejercicio de un derecho principal (el que emana del derecho de dominio del acto *mortis causa*). En cambio para la glosa esta situación va a tener otra explicación, otros fundamentos jurídicos, unas razones de derecho en base a otros principios. Veámos como se origina la constitución tácita de la servidumbre como modalidad adquisitiva.

¶.

8. *La concepción de Bártolo de Sassoferrato sobre la imposición de las servidumbres por presunción de voluntad deducida de su causa continua y permanente.*

La mente sintética de Bártolo, como constata Simoncelli⁸, se evidencia a propósito de la distinción entre las servidumbres continuas y discontinuas, al hacerla apta para otras aplicaciones. Puesto que el fundamento de la *quasi-possessio* y de la prescripción de la servidumbre permanece en la *scientia* y en la *patientia* del adversario, también puede ocurrir que a la enajenación de un fondo, y permanecer un estado material de cosas y de servicio entre

7. V. en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949) 304-306. Con posterioridad los romanistas españoles, como el profesor D'ORS. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, 1960, p. 148; IGLESIAS: *Derecho romano. I. Instituciones de derecho privado*. Barcelona, 1953, p. 261, creen que se trata de un modo constitutivo de las servidumbres aparecido ya en el derecho justinianeo, pero sin aducir argumentos.

8. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 31.

el fundo enajenado y el otro del propietario. si las partes veían y callaban, entonces se pudiese entender que consentían, al permanecer las cosas como estaban, imponiéndose la servidumbre. La *patientia*, continuada por años en la prescripción, resultaba instantánea en la destinación, según Bártolo, lo que justificaba la imposición de la servidumbre como resultado de la concurrencia de voluntades de ambas partes: *quod ego utatur, et ipse sciat*.

Es a propósito del fragmento del Digesto 33,3,1 donde de una manera concreta Bártolo expresa su doctrina; dice: "*Quum quaeritur an rei venditae vel legatae debeat servitus illius actus qui erat apud alienum ex alia re alienantis, sic distingue: aut ille erat actus servitutis habentis causam continuam et permanentem et servitus videtur imposita... Aut habebat causam discontinuam et non permanentem, et tunc servitus non videtur imposita, sed poterit agi ut imponatur*".

Bártolo combate el principio de libertad de los fundos a su transmisión y afirma por primera vez para las servidumbres continuas y aparentes la presunción de la voluntad deducida del estado de las cosas; se adquiriría tácitamente, tanto en los actos de última voluntad como en los actos entre vivos. A este respecto afirma: "*Si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam et permanentem, et alienetur, in dubio servitus videtur imposita*". En los actos de última voluntad, porque "*videtur testator imponere quod habeat causam permanentem*". Es la causa continua y permanente la razón jurídica de entender que los servicios mantenidos por el mismo propietario (aquí denominados como servidumbres) sean impuestos, así como también el conocimiento que de ellos tenían las partes contrayentes en el caso de venta: "*videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu sustinebat; maxime si contrahentes hoc sciebant*".

En el comentario a D. 8,4,10. Bártolo añade: "*Venditor rei venditae debet nominatim servitutem imponere, nec valet exceptio generalis. Praedicta vera, nisi in servitute tigni immittendi, vel oneris ferendi in qua licet non sit propriis servitus, donec utraeque aedes sint eiusdem domini; tamen quum altera alienatur, videtur agi ut servitutes sint secundum quod tigna iacent*". Bártolo repite su doctrina en la glosa que hace a otros fragmentos, como en D. 8,2,36 y D. 9,2,27,3.

La doctrina de Bártolo es seguida por Pablo de Castro⁹, en el comentario a la ley "*Binas aedes*" (D. 8, 2, 36) cuando afirma: "*In servitute tigni vel oneris, quae habent causam subsistentem continue, semper videtur actum, quod ita stet, uti stat, secus in aliis*".

9. Cfr. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 33.

y añade. “*nec distinguitur an transferatur per ultimam voluntatem vel contractum, secus in allis*”. Y para la servidumbre discontinua concluye: “*Si vendidi tibi praedium meum ad quod non poterat transiri nisi per aliud medium praedium, non videtur actum ut illud debeat tibi servitutem, nisi illud fuerit dictum expresse. Secus si legavi quum favoribilibior est ultima voluntas*”.

9. *La doctrina de Bartolomé de Caepolla acerca de la transmisión de las servidumbres por presunción tácita.*

El sistematizador de la doctrina de Bártolo es Bartolomé de Caepolla, quien en el capítulo XXXVIII de su tratado de servidumbres¹⁰ expone los supuestos que admiten la presunción tácita de una servidumbre.

En el capítulo XXXVIII, Caepolla comienza por negar que se produzca tácitamente una servidumbre cuando se divide la cosa común, o cuando se celebra por contrato y no se ha dicho nada expresamente; aquí sigue con toda su pureza los principios romanos y cita, además, a Humberto de Cremona, a Baldo y otros doctores como apoyo de autoridad. En cambio, cree que ocurre lo contrario para los legados, afirmando que “cuando una cosa se estima legada es dada para que el heredero pueda disfrutar según lo hacia el testador”; su afirmación se basa en Bártolo y en otros doctores y ello se confirma, dice, porque en los testamentos la interpretación es más amplia y más favorable (D. 50. 17), y por lo tanto, añade, “los hermanos al hacer la división tengan precaución de reservarse expresamente la entrada del mismo modo que deben ser precavidos los compradores”. A propósito de estos contratos, Caepolla hace ver cómo hubo una práctica notarial muy extendida en las compras, donde se agregaba en las escrituras la cláusula siguiente: “*Cum accesibus et regresibus introitibus et exitibus suis usque in vias publicas*”, entendiéndose de este modo que continuaban todos los servicios que se ejercían anteriormente; sin embargo, añade Caepolla, sería más precavido expresar concretamente qué camino o paso se debe por tal lugar como se hace en la práctica (véase Bártolo, en la ley primera *de servitute legata*; Baldo y Pablo de Castro, en la ley *in tradendis*, párr. *inter possitis comm. praed.*).

A propósito de la ley *quod conclave* (D. 39, 2), Caepolla concluye con Bártolo, y otros doctores, una regla general con sus excepciones del siguiente modo:

10. BARTOLOMÉ DE CAEPOLLA: *Tractatus de Servitutibus tam Urbanorum quam Rusticorum Praediorum*. Coloniae Allobrogum, 1759.

1.º Si no hubo contrato o quasi contrato, entonces no hay servidumbre.

2.º Si hubo contrato hay que distinguir: el contrato sobre usufructo y el contrato sobre la propiedad. En el primero, se debe por comodidad y no por servidumbre; en el segundo caso, no se debe, aunque la cosa fuese inútil sin el paso. No obstante, Caepolla admite las excepciones siguientes:

A) Para la servidumbre de apoyo de viga o de pared (*tignis immittendi*). Contra esta excepción, mantenida también por Bartolo y los demás doctores, va Angelus.

B) Cuando en la escritura de venta se encuentra la cláusula "*cum accesibus et regresibus introitibus et exitibus suis usque in vias publicas*".

C) En el camino para el sepulcro (*via ad sepulchrum*) (D. 11, 7, 12 pr.).

3.º Si hay quasi contrato normalmente la servidumbre no se considera impuesta en el caso de legado; no obstante, Caepolla se interroga: ¿se puede entablar acción? A su juicio hay que distinguir el legado de usufructo y el legado de propiedad. En el primer caso, se puede reclamar la constitución del usufructo. En el legado de propiedad hay que diferenciar: 1.º, si el legatario debe prestar la servidumbre al heredero, entonces hay que concluir que sí, que debe prestarla; 2.º, ¿deberá el heredero prestar la servidumbre al legatario o un legatario al otro? Caepolla advierte como la cuestión es discutida por Acursio a propósito de la ley 3.ª, párr. *si loci* (D. 34, 4): a su juicio, diga lo que quiera aquella glosa, ya Bartolo afirmó (a propósito de D. 33, 3, 1) que se debe prestar, al fundarse en la ley *Binas aedes*, puesto que el heredero no puede tapar las luces por completo de una casa cuya propiedad ha sido legada y, por la misma razón que debe prestarse el camino, menos se pueden tapar las luces que usar sin camino.

Acerca de lo dicho, Caepolla plantea la cuestión de si en el caso en que el heredero es obligado a prestar el paso, si la servidumbre se constituyó *ipso iure*, de forma que el legatario pueda intentar la acción confesoria contra cualquiera que se lo impida; y es verdad que sí, contesta, por la ley *si quis* (D. 8, 6, 18); no obstante, los doctores afirman lo contrario, puesto que allí se dice cuando la servidumbre fue legada expresamente, mientras que aquí no lo fue, de suerte que fingen que se ha legado tácitamente, como en el párrafo *disit*, y tácitamente no ocurre para el derecho de servidumbre de la misma manera que tampoco se transmite así la propiedad; el legatario no tiene más que las acciones personales contra el heredero *ex testamento* para que se le constituya la servidumbre, como observa Bartolo en la ley *Binas*. Caepolla concluye,

una vez más, diciendo: "ten cuidado de que se te constituya la servidumbre para que pase a ti activa y pasivamente, lo que has de tener presente en la práctica.

En definitiva, se puede resumir la doctrina de Bartolomé de Caepolla con sus propias palabras, donde se puede encontrar la regla general y las excepciones. La regla general: *Nota unum casum pulchrum et quotidianum, si contractu inter plures est facta divisio domus, vel alterius fundi, non videtur actum, quod unus habeat aditum per partem alterius, sicut prius habebat, nisi hoc inter eos specialiter sit conventum. Reassumendo an iter seu aditus debeat... sic concludas: Quod aut ille a quo peto servitutem mecum non contraxit, nec quasi; aut mecum vere contraxit, vel quasi contraxit: 1) quando non contraxit, nec quasi mecum; et tunc non habeo ius pretendi ab eo iustum aditum, et ratio esse potest, quia regulariter res cuilibet libera est, nisi servitus constituta probetur; 2) quando quis mecum quasi contrahit: puta haereditatem adeundo, cum me legatario... regulariter servitus imposita non videtur; 3) quum mecum vere contraxit super usumfructum dic quo debetur iter, seu aditus dato quod nihil dicatur... et ratio est quia sine adita ad eum usumfructum, esset inutilis. Et intellige, sive debeat usumfructus ex contractu inter vivos, sive ex ultima voluntate: quia reputatur esse modici praeiudicii, ex quo perpetuo non durat. Item intellige, quod iste aditus debeat usufructuario iure cuiusdam commoditatis, non servitus: quia servitus servitutis esse non potest... Et quod dictum est de usufructu idem in quocumque contractu dicas qui principaliter concernat usum rei... puta vendidit quis proprietatem rei tunc non venit servitus itineris, sive aditus, neque alia servitus. Et est ratio differentiae inter usumfructum et proprietatem, quia usumfructus est minoris praeiudicii quia proprietatem regulariter nunquam finitur.*

Las excepciones: "*sed hoc limita duobus modis. Primo quando esset servitus tigni iniuncti, vel oneris ferendi: quia tunc cum suo onere res videtur esse vendita vel alienata... nam cum venditur domus, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu tunc sustinebat. Secundo limita quando instrumentum venditionis invenitur cum illa clausula, cum accessibus et introitibus... Tertio etiam limitare potest in via ad sepulchrum*".

Bartolomé de Caepolla presume la servidumbre (*imposita videtur*), o bien, se puede actuar para hacerlas imponer, solución tradicional romana: 1) cuando se vende o legue el usufructo, puesto que sin la servidumbre sería inútil; 2) cuando se lega la propiedad.

10. *La doctrina de los comentaristas y de los tribunales sobre la adquisición implícita de las servidumbres.*

Las normas dadas por Bártolo son seguidas durante mucho tiempo por los juriconsultos y por la jurisprudencia. Everardo (*In locis legalibus a contractibus ad ultimas voluntates*), Daniele Muller (1.5 semestr. c. 35), el Cardenal Mantica (*Lucubrationes Vaticanae, seu de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1.4. tit. 16, n. 22: *De coniecturis ultimarum voluntatem*, vol. I, p. 208, n. 21-24), Menochio (1.4. praesump. 144), Pecchio (*De servit. c. 5, quaest. 11 n. 22*)¹¹ contribuyen a generalizar el supuesto tácito de adquisición de las servidumbres.

Una prueba de que el supuesto de constitución tácita se forma en este período histórico se demuestra en que la unidad de solución vaciló en algún momento, si bien las discrepancias estuviesen más en las razones de la solución que en la solución misma. Frieder (*de continent. caus. c. 20 § 8*)¹² también dice que no sólo en los legados, sino en los convenios, la cosa vendida o donada implica las servidumbres, puesto que quien compra un fundo se supone lo adquiere de modo que no sea inútil, sino que pueda disfrutarlo. Para Hert (*De servitute facta constituta*)¹³, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, la servidumbre no puede considerarse constituida por los solos hechos, salvo que sin ella el uso de la cosa enajenada venga a resultar nulo o sea incompleto: es decir, que todo servicio que se quita al fundo enajenado o al fundo retenido no rinde íntegro su uso, por lo que este comentarista cree que se presume que el testador no haya querido gravar ni al heredero ni al legatario, sino que ha querido que las cosas se dejen como estaban. En definitiva, resulta la afirmación de Bártolo y los bartolistas cuando, a propósito de la ley "*Bona qui aedes*" dice: *Si aedes legantur vel venduntur, videtur actum ut contignationes uti stant ita stent*.

La doctrina de los doctores, comentaristas y demás juriconsultos es invocada ante los tribunales como cita de autoridad y se va formando una jurisprudencia, como puede comprobarse en la colección de las decisiones del "Sacro Regio Consiglio", recogidas por Afflitto en el año 1509¹⁴. En las anotaciones de Afflitto se insiste sobre el conocimiento y la apariencia de la servidumbre y, sobre todo, en que las cosas quedan como se encontraban al momen-

11. PECHIO: *Tractatus de servitutibus in tre tomos distinctus*. Genevae, 1698.

12. FRIEDER: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 40.

13. HERT: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 40.

14. AFFLITTO: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 42.

to de la división. En el caso que refiere Capycio (*Decis.* 187) es la presunción el fundamento más destacado. Al "Sacro Regio Consiglio" no le parece de equidad la adquisición tácita de una servidumbre sólo por que sea continua, sino por que la presunción del consentimiento de las partes emana de los hechos y, también, por que las partes son conscientes de la servidumbre, confirmándose así la regla de Bártolo: *licet dicat illud verbum, maxime si contra-hentes hoc sciēbant, quasi quod etiam si ignorassent, servitus videatur imposita, tamen durum hoc videtur, et forte quis non esset empturus, vel minas empturus, si illam servitutem scivisset.* También De Franchis, al anotar el comentario de Napodano a la costumbre VIII del Reino de Nápoles y al citar la decisión del Capycio¹⁵, menciona claramente el requisito de la apariencia.

La presunción de la servidumbre también se advierte en las decisiones de la "Rota Romana" y en el Cardenal De Luca¹⁶. Ahora bien, existe un matiz con la doctrina de Bártolo; mientras que para éste los hechos y la circunstancia atestiguan la conciencia del derecho que puede ser protegido, puesto que hay un consentimiento tácito de las partes, para la Rota y el Cardenal la cuestión se pone en sí tales actos constituyen una servidumbre. Para el Cardenal De Luca la constitución de la servidumbre se justifica por derecho natural (*Discuss.* III, n. 3) y distingue las servidumbres necesarias de las servidumbres que implican una mayor comodidad y amenidad; para las primeras cree que deben presumirse constituidas, mientras que para las segundas se trata de una cuestión de hecho.

La constitución implícita de las servidumbres continuas y aparentes se encuentra en casi toda la doctrina de esta época; en cambio, son diversos los razonamientos de su justificación. Para unos, se trata de una servidumbre porque anteriormente ya era servidumbre, si bien los fundos pertenecían a un mismo propietario; para otros, lo que nace es un derecho de dominio, que como tal pasa y lo tiene el adquirente. Ello nos da una prueba indirecta más de que la constitución tácita de servidumbres fue desconocida por el derecho romano.

11. *El derecho costumbrista francés como tipificador de la "destination du père de famille". "La Costumbre de Paris".*

En el derecho común francés aparece la llamada "destination du père de famille" como una modalidad de constitución de las servidumbres. A pesar de que la recepción del derecho romano do-

15. CAPYCIO: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 45.

16. DE LUCA: *Theatrum veritatis et justitiarum.* Napoli, 1788.

minaba el ambiente, en la doctrina y en el derecho positivo, va surgiendo un nuevo ordenamiento nacido de la práctica, de los usos y de las costumbres, que admite y desarrolla la destinación favorablemente¹⁷.

En el antiguo derecho consuetudinario la destinación del padre de familia comenzó a introducirse con variantes muy diversas en cuanto a sus condiciones de aplicación. Es la "Costumbre de París" la de mayor importancia y la que concluye por formar un derecho común consuetudinario; el motivo es doble: por la extensión del territorio al cual se aplica y por el papel preponderante que se le reconoce. Llamada algunas veces "Costumbre del país de Francia" se comprende como el Parlamento la aplicaba en casi todo el territorio de dominio real, anterior a las anexiones de 1203, es decir, además de París, el Verín francés, los condados de Dreux, Orleáns, de Melun y de Sens, los señoríos de Corbeil, de Etampes y de Montlhéry.

El texto de la Costumbre de París sufrió dos redacciones: una, en el año 1510, y otra, en el año 1580; es necesario distinguir estas dos redacciones por que en ambas se aprecian variantes esenciales para la destinación del padre de familia. En la redacción primitiva, se consagra como norma de constitución tácita en el artículo 91, manifestándose: "Por la dicha Costumbre, la disposición o destinación del padre de familia equivale al título". Se trataba del supuesto en que dos fundos, actualmente separados, han pertenecido con anterioridad a un mismo propietario y, entonces, se hizo una disposición tal que uno de los fundos recibía del otro una utilidad; esta circunstancia de hecho, con la denominación de destinación del padre de familia, resulta eficaz para engendrar una servidumbre según se desprende del estado material y de disposición de los fundos¹⁸. Se interpreta que el estado material del lugar es un título mudo, aunque equivalente a un título escrito; de este parecer es Dumoulin¹⁹ cuando hay una "*destinatio non temporalis sed perpetua*".

17. Una amplia información para el antiguo derecho escrito v. VILLÉQUEZ: *Sur l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans l'ancien et le nouveau droit*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 5 (1859) 193 ss.; SIMONCELLI: *La destinazione del padre di famiglia*, cit.; GLASSON: *Histoire du droit et des institutions de la France*. París, 1859, p. 321, cree que, en realidad, la destinación del padre de familia no puede ser plenamente invocada en los antiguos países de derecho escrito.

18. Cfr. BUCHE: *Essai sur l'ancienne Coutume de Paris aux XIII et XIV siècles*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 8 (1884) 46 ss.; MARTIN: *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. París, 1925.

19. Cfr. MACHELARD: *Examen critique des distinctions admises en droit*

Para otros comentaristas, sin embargo, la interpretación es diversa, como sucede con Duplessis, Bourjon, Lalande, Ferrière y Goupy. Según Machelard²⁰ esta interpretación es contraria al derecho romano y, como tal, no fue acogida por los reformadores de la Costumbre de París de 1580, puesto que el parecer de los jurisconsultos es la consideración del derecho romano como un tipo de legislación perfecta que se ha de imitar lo más posible; de aquí que surja la inserción de una disposición, el artículo 215²¹, que se escribe bajo la inspiración de los textos del Digesto (D. 8,4,10) y que, con toda evidencia, pretende mejorar la Costumbre en este sentido. Para ser consecuentes, como dice Machelard, hubiera sido preciso borrar resueltamente la destinación del padre de familia como modalidad de constitución de las servidumbres, pero la Costumbre reformada continúa mencionándola en el artículo siguiente. El artículo 216 dice: "Destination du père de famille vaut titre"; pero si se hubiese dicho esto solamente, como hace ver Machelard, al igual que la redacción antigua surgiría una contradicción, por lo que los redactores comprendiéndolo añaden, además, "quand elle est ou a été par écrit et non autrement". Esta redacción hace cambiar totalmente la destinación del padre de familia tal como se había entendido por los redactores de la primitiva Costumbre de París; ahora se añade la nueva exigencia de la prueba por escrito. Pero su admisión no es pacífica; la doctrina critica la reforma introducida y se formulan diversas hipótesis acerca de la importancia de las innovaciones realizadas por el propietario anterior de los fundos a falta de un título escrito.

Lalaure²² dice que debe pensarse que en todas las Costumbres donde la destinación del padre de familia equivale al título, sin que se añadiesen las palabras "cuando ella es o resulta por escrito", la simple destinación basta y el título mudo suple al título escrito. Duplessis²³, después de haber afirmado la regla de que "ninguna servidumbre sin título tuvo lugar, tanto en la nueva como en la costumbre antigua, manifiesta que la antigua hace una excepción, a saber, que la destinación del padre de familia equivale al título, si bien la nueva añade las palabras "cuando ella ha sido dada por escrito y no de otra manera". En realidad, para este autor es

romain et droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales. París, 1868, p. 123.

20. MACHELARD: *op. cit.* p. 123.

21. El art. 215 manifiesta: "Cuando un padre de familia pone fuera de sus manos parte de una casa, especialmente debe declarar tanto el sitio, tamaño, altura, medida y qué especie de servidumbre; de otro modo, todas las constituciones generales de servidumbre no tienen valor."

22. Cfr. MACHELARD: *op. cit.* p. 125.

23. DUPLESSIS: *Des servitudes*, lib. I, tit. IX, p. 370, *cit.* por DEMO-

lo mismo que si se suprime el artículo, puesto que uno se encuentra con que la destinación del padre de familia para constituir una servidumbre necesita siempre un título escrito. Lamoignon²⁴ también censura el principio consagrado por la Costumbre de París en su nueva redacción al apartarse del derecho común de los países consuetudinarios; razona con hipótesis prácticas observando que los papeles escritos están sujetos a numerosos accidentes y que la pérdida del título lleva consigo la extinción de la servidumbre, lo cual ocasiona diversos procesos, en lugar de que el antiguo estado de las obras sea una prueba cierta e indudable del establecimiento de las servidumbres. Pothier²⁵ no se resigna a admitir que sea necesario un título escrito que demuestre en el momento de la separación de los fundos por herencia la voluntad expresa de mantener el estado precedente de los fundos. A propósito de los artículos 227 y 228 de la "Costumbre de Orleans", que copia textualmente los artículos 215 y 216 de la "Costumbre de París", manifiesta que el artículo 227 es extraño a la destinación del padre de familia, ya que no había tratado más de las servidumbres que se pretendía establecer a título de innovación después de la enajenación; no era más que la reproducción de la doctrina de Paulo (D. 8,4,7, pr.) sobre la ineficacia de la reserva hecha en términos vagos de una servidumbre cuyo carácter no podía ser precisado con exactitud. Para Pothier este artículo 227 contiene una excepción y es la del artículo siguiente, es decir, cuando hay destinación del padre de familia; por lo tanto, en sus observaciones al artículo 228, una vez que indica las circunstancias constitutivas de la destinación, cree que en el momento de la separación de los fundos por la herencia nace la servidumbre, sin que sea necesaria una mención expresa; la razón de ello, añade²⁶, está en que la casa que ha sido enajenada es gravada según el estado en que se encontraba e, igualmente, cuando han sido partidas son gravadas tal cual era su estado anterior. Pothier también explica el sentido de las últimas palabras de la Costumbre cuando se refieren a la expresión "cuando ella es o ha sido por escrito, y no de otra forma"; cree que estas palabras se referirían al arreglo condicionado por el propietario común; es de la actuación de la destinación del padre de familia de la que es preciso dar una prueba escrita, por lo cual, en lo restante, deben contentarse con los contratos escritos realizados entre

LOMBE: *Cours de Code Napoléon (Traité des servitudes ou services fonciers)*. Paris, 1882, tomo 12 p. 312.

24. LAMOIGNON: *cit.*, por MACHELARD: *op. cit.* p. 126.

25. POTHIER: *Coutumes d'Orleans*. Paris, 1835, p. 430 tit. XIII, art. CCXXVIII.

26. POTHIER: *op. cit.* p. 430 n. 1.

los compradores o los recibos dados por éstos; si la necesidad de un escrito no existe, para dejar las cosas en la situación en que la enajenación hace nacer un interés opuesto al mantenimiento del *statu quo*, esta precaución se concibe todavía menos cuando se trata de un propietario que trabaja sobre su terreno, que no se inquieta por el futuro, que no tiene a su lado un contradictor con el cual deba regular la situación en la cual "es el dueño único".

Pero no fue esta la interpretación general que adoptaron los autores de los países consuetudinarios, quienes siguieron la modificación de la reforma de la Costumbre de París de 1580. Según Machelard²⁷, la injusticia de exigir un título escrito se pone de evidencia en un caso muy concreto, como el sostenido en el proceso entre De Roset de Valleroy y De Cassaubon. El primero, propietario de dos casas contiguas en París había vendido al segundo una de las casas, la cual tenía dos ventanas sobre un patio dependiente de la casa enajenada por el vendedor; el contrato de venta implicaba que la casa era vendida tal cual estaba, sin que las partes hubieran hecho reserva o excepción alguna; por lo tanto, no se hizo alusión a las mencionadas ventanas. Dos años después de la venta, el vendedor exige la supresión de las ventanas, cosa que consigue en el tribunal de la Châtelet, que hace aplicación de los artículos 215 y 216 de la Costumbre de París. El comprador entabla en apelación una modalidad de defensa más sólida, demandando a la Cour de Cassation la rescisión del contrato por causa de lesión; consigue triunfar y, el 29 de marzo de 1760, el Parlamento declara nulo y resuelto el contrato, si bien al vendedor se le obliga a que subsistan y permanezcan a perpetuidad las luces, vistas y servidumbres que tenía la casa en cuestión.

Machelard constata que, después de esta sentencia, la opinión dominante se inclina porque se debe anular la venta cuando nada se dijo sobre los servicios existentes entre las fincas, si el vendedor pretende modificar la antigua disposición de las cosas; la decisión judicial de 1760 resulta un golpe de gracia a la modalidad introducida por la redacción nueva de la Costumbre de París.

12. *La "Costumbre de Orleáns" y las demás Costumbres que se refieren a la "destination du père de famille"*.

La "Costumbre de Orleáns", según queda referido, discurre parejamente a la "Costumbre de París" en cuanto a la modalidad de constitución de las servidumbres, exigiendo en sus artículos 227 y 228 la presentación del acta de separación que contuviese por escrito la expresión de la voluntad referida a la servidumbre; se man-

27. MACHELARD: *op. cit.* p. 127.

tenía la excepción para las servidumbres necesarias y aparentes, o las que procedían de obras incorporadas al fundo sirviente.

En cambio, para otro grupo de Costumbres no fue necesaria la prueba por escrito de la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia; así se advierte para las Costumbres de Dourdan (art. 721), de Reims (art. 350 y de Seán (artículo 299). En otras Costumbres, se distingue entre los casos de partición y los demás modos de enajenación; en el caso de partición, las Costumbres de Touraine (art. 212)²⁸, de Ludonis (art. 7) y de Troyes (art. 51) admiten que las servidumbres puedan establecerse por destinación del padre de familia entre herederos y legatarios, pero sin que produzca efectos para los demás casos. En la Costumbre de Provenza la destinación podía suplir al título para la constitución de una servidumbre de paso hecha necesaria al encontrarse un fundo enclavado en otro.

Un criterio más amplio se encuentra en la Costumbre de Normandía (art. 699)²⁹ al admitir la destinación del padre de familia cuando se trata de servidumbres aparentes procedentes de una partición y de servidumbres a la vez aparentes y continuas cuando se trata de una separación de los fundos procedentes de otros actos, como la venta o la donación. Existen aún otras Costumbres donde la destinación del padre de familia se confunde con el título.

13. *Las modalidades de constitución de las servidumbres según las "Siete Partidas" españolas.*

Entre los monumentos jurídicos más importantes del derecho común español está el código de las "Siete Partidas" del Rey Alfonso X el Sabio (1252-1284). Se trata de una compilación legal que presenta la recepción del derecho romano justiniano en España, concebida por este rey³⁰, según parece, con la esperanza de ser emperador (elegido rey de los romanos en el año 1256) y encargada a varios jueces de corte, romanistas y canonistas (se dan por seguro que intervinieron Jacobo, Martínez de Zamora y el Maestro Roldán). Nuestros historiadores jurídicos³¹ constatan

28. Cfr. ESPINAY: *Coutume du Touraine au XV siècle*. Tours, 1888.

29. Cfr. GRUCHY: *Ancienne Coutume de Normandie*. Jersey, 1881; TARDIF: *Le très ancien "Coutumier de Normandie"*. Rouen, 1881; VILADE: *Les Coutumes de Normandie*. París, 1864.

30. Sobre la cuestión de si intervino o no el Rey v. SOLALINDE: *Intervención de Alfonso X en la redacción de sus obras*, en *Revista de Filología Española*, II, p. 283-288; BALLESTEROS: *Algunas fuentes de las Partidas*, en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, I (1918) p. 543 ss.

31. Cfr. GARCÍA GALLO: *Curso de historia del derecho español*, I (Madrid, 1950) 260; GIBERT: *Centenario delle "Siete Partidas"*, en *Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 40-43 (1963) 3 ss.

como los redactores de esta importante obra tenían familiaridad con la literatura del "Corpus Iuris Civilis", con las fuentes canónicas y con las obras de Accursio, Azón y Roffredo, así como con las de Cicerón, Aristóteles, la Biblia, la Patrística, de Boecio, y los apologistas orientales.

Efectivamente, la pureza romanista de esta obra se advierte nitidamente en materia de servidumbres, especialmente cuando se establecen los modos constitutivos y al declarar que deben de ser realizados voluntaria y expresamente. En el texto de la ley XIV, título XXXI, de la Partida III ³², que lleva por enunciado "En qué manera pueden ser puestas las servidumbres en las cosas", se dice: "Todas las servidumbres de que fablamo en las leyes de este título que deben las unas cosas a las otras et los unos heredamientos á los otros, pueden ser puestas en alguna destas tres maneras: la primera es por otorgamiento que facen aquellos cuyas son las cosas, otorgando de su voluntad servidumbre en ellas a otros por facerles amor o por prescio que recibiesen dellos. La segunda es la que facen los homes en sus testamentos, así como cuando dice: quiero que la cosa de fulan haya tal servidumbre en esta mi casa que nunca sea mas alzada de lo que es agora, o que pueda meter vigas en las paredes della, ó otorgandol otra servidumbre semejante destas que hi hobiese; ó si otorgase á alguno que hobiese carrera en su heredad para entrar et salir, o para traer agua por ella para regar lo suyo o en otra manera semejante destas. La tercera es quando ganan los homes servidumbre en casas o en heredades ajenas por uso de luengo tiempo, asi como adelante diremos".

El texto advierte bien claramente como las modalidades constitutivas de las servidumbres tienen un carácter voluntario y se imponen expresamente, tanto por actos entre vivos como por actos de última voluntad (testamento), a excepción de las que se ganan por prescripción adquisitiva (por uso de luengo tiempo); al igual que en el derecho romano, no existe la constitución tácita o por destinación del padre de familia.

Esta misma postura se confirma por la ley XIII, del mismo título y Partida citados, al referirse "En qué cosas puede poner home servidumbre et en quáles non" en donde la categoría romana de las servidumbres como *iura in re aliena* se hace patente al no poderse concebir que se constituyan en cosa propia (*nemini res sua servit*); su evidencia se pone de manifiesto al expresar que: "En las cosas que son tuyas ó como tuyas pueden los homes poner servidumbres asi como desuso deximos; pero esto se entiende que de aquella servidumbre que home pone en su cosa que se ha de apro-

32. "Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio", edición de la Real Academia de la Historia, I (Madrid, 1807) p. 761.

vechar della heredamiento o casa de otri et non la suya; ca los homes hanse de servir de sus cosas non como en manera de servidumbre mas usando dellas como de lo suyo”.

En las “Siete Partidas” también se confirma otro principio romano característico del régimen clásico y postclásico de las servidumbres, el conocido por “confusión”, el cual impide que servidumbres anteriormente existentes revivan cuando los predios que las deben se reúnen en un mismo propietario, impidiendo también que, si de nuevo se separan, la servidumbre pueda entenderse transmitida. A este respecto, la ley XVII, del citado título y Partida III, al abordar “Cómo se pierde la servidumbre quando el señor della la quita ó gana el heredamiento ó el edificio en que era puesta, ó enagena lo suyo al dueño de la cosa que sirve á la suya”, dice concretamente: “Perderse podrien aun las servidumbres en dos maneras sin aquellas que desuso deximos: la una es quitándola el señor de aquella cosa á quien debien la servidumbre si fuere toda suya; mas si á casa o á heredad de muchos debiesen la servidumbre, non la puede el uno tan solamente quitar sin otorgamiento de los otros. La otra manera por que se pierde es esta, asi como quando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre compra la otra a quien la debe ó gana el señorío della de otra guisa, ó aquel cuya es la cosa á quien debie la servidumbre compra la otra en que la habie ganada; ca por razon de la compra por que se ayunta la una cosa á la otra en un señorío piérdese la servidumbre. Et maguer la enagene después ó la tenga para si de alli adelante, nunca debe seer demandada nin es obligada la cosa que asi es comprada á aquella servidumbre, fuersa ende si despues deso fuese puesta nuevamente”. No ofrece duda, que al referirse a la otra manera de como se pierde la servidumbre, el texto excluye toda posibilidad de considerar el anterior estado de hecho y de derecho, a no ser que la servidumbre se constituya de nuevo y expresamente. Es claro que su rotundidad imposibilita entender que la servidumbre pueda continuar activa y pasivamente o entenderla constituida por una modalidad tácita. Una vez más las “Siete Partidas” son fieles a otro principio romano que entiende que todo predio se presume libre (*omne praedium praesumitur liberum*), por lo que la servidumbre anterior no subsiste en caso de ocurrir una confusión, a no ser que sea “puesta nuevamente”, es decir, expresamente.

La conclusión no puede ser más evidente; las “Siete Partidas” operan la recepción del derecho romano de la manera más pura, sin contaminaciones de la glosa, lo que me hace abundar en la tesis, que vengo sosteniendo, de que la constitución tácita de las servidumbres no fue concebida por los juriconsultos romanos, sino que se elaboró por los glosadores y postglosadores.

14. *La admisión de la imposición tácita de las servidumbres por la glosa de Gregorio López y por la doctrina catalana.*

Una vez que los juriconsultos españoles toman contacto con las escuelas italianas³³ y la transformación de la propiedad deviene más individualizada, comienzan a aparecer las glosas a los textos que contradicen o excepcionan los principios de la jurisprudencia romana.

En las ediciones sucesivas de las "Siete Partidas" se hace evidente, a partir de Gregorio López (1496-1560), el manejo de los glosadores y postglosadores y se cita a Bártolo y Baldo, André de Isernia, Saliceto, Bartolomé de Caepolla y Pablo de Castro. Concretamente, a propósito de la ley NIV, título XXXI, de la Partida III, Gregorio López invoca el apoyo de Bartolomé de Caepolla y Pablo de Castro (ley *textatrix* 20 *in princ.* D. *eod. tit.*)³⁴ para admitir la imposición tácita de la servidumbre (D. *si servit. vendic.*), al decir: *et casum, ubi tacite videtur ista servitus imposita.*

La glosa a las "Siete Partidas" ocurre ya con el Renacimiento, una vez que se ha superado el feudalismo, cuando el régimen de propiedad de la tierra se amplía a sectores cada vez más amplios de población, al posibilitar la reconquista de la libertad de movimientos en las gentes, al crearse numerosas ciudades como centros de vida económica, la aparición de los gremios artesanos, las luchas contra la nobleza, así como otras muchas causas de la transformación política, económica y social de esta época³⁵, que hacen predisponer una mayor actividad en las relaciones que afectan a la propiedad inmobiliaria, favorecedoras de la situación de hecho que da lugar a la adquisición tácita de la servidumbre.

No obstante, esta modalidad constitutiva de las servidumbres no aparece recogida por ninguna de nuestras compilaciones legales del derecho español (Fuero Viejo de Castilla, las Leyes de Estilo, el Fuero Real de España, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación). El derecho castellano quedó impregnado de un fuerte romanismo justiniano para este sector.

La recepción del derecho romano en Cataluña no impide a sus letrados que al contacto con las Universidades francesas y ante

33. Cfr. MIRET y SANS: *Escolars catalans al estudi de Bolonia en la XIII centuria*, en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, VIII (1915-1916) p. 137 ss.; ORTIZ MILLA: *El Colegio de España en Bologna, 1364*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, LXIX (1916) 426 ss.

34. "Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas", 2.^a ed., III (Madrid, 1872) 381.

35. Cfr. GARCÍA GALLO: *op. cit.* p. 232 ss.

las necesidades que aparecen se dé paso a soluciones nuevas. A este respecto, Pella Forgas³⁶ reproduce la consulta que le fue hecha a Cancer (*Variarum Resolutionem*, part. 3, cap. 4, núm. 2 a 8) sobre un caso práctico en que intervino: un propietario lo era de dos casas contiguas y toda el agua vertía en la otra, y vendió esta última: no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después dicho comprador, mediante el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su casa. Cancer sostuvo la opinión de la permanencia de la servidumbre fundándose en la ley *Binas* del Digesto *de servitutibus urbanorum praediorum* (D. 7, 3, 36), así como en el comentario de Pablo de Castro hecho a D. 39, 3, 47.

También se invoca como un precedente de la aplicación en Cataluña de la constitución tácita de servidumbres la sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600³⁷, cuando decide que las aperturas que dan a la vía pública se convierten en servidumbre si la vía pasa a ser de dominio privado, a menos que se libere de ellas por justa causa.

Otros autores catalanes, como Admetlla³⁸, Manspons³⁹, Corbella⁴⁰ y Borrell⁴¹ admiten una presunción de la voluntad del enajenante y del adquirente en la "Constitución 59 de Sancta Cilia"⁴² cuando se obliga el vendedor a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada.

Casals Coldecarrera⁴³ señala cómo el derecho foral catalán no muere en el aspecto privado con el "Decreto de Nueva Planta", al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado, pues toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de derecho, la costumbre, no puede ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales por fuente consuetudinaria. Si se constata el espíritu individualista catalán y su lucha por las libertades contra los señoríos, a partir de los "pageses de remensa"⁴⁴, su industrialismo y floreciente comercio⁴⁵, bien puede creerse que las necesi-

36. PELLA Y FORGAS: *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1947) 206.

37. Cfr. PELLA Y FORGAS: *op. cit.* p. 206.

38. ADMETLLA: *Dictamen*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1897) 196.

39. MASPONS: en *Revista Jurídica de Cataluña*, 27 (1921) 526.

40. CORBELLA: *Manual de derecho catalán*. Reus, 1906, p. 453.

41. BORRELL: *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944) 198.

42. Cfr. PELLA Y FORGAS: *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sancta Cilia*. Barcelona, 1901.

43. CASALS COLDECARRERA: *El derecho real de servidumbre según los principios del derecho foral de Cataluña*. Barcelona, 1941, p. 15.

44. Cfr. HINOJOSA: *La pagesía de remensa en Cataluña*, en *Estudios sobre la historia del derecho español* (Madrid, 1903) 115 ss.; VICÉNS VIVES: *Historia de las remensas en el siglo XV*. Barcelona, 1945, p. 15 ss.

45. Vfr. VERLINDEN: *La place de la Catalogne dans l'histoire commerciale du monde méditerranéen*. Paris, 1938.

dades de hecho en las relaciones inmobiliarias sobrepujasen la fuerte tendencia romanista y se fueran abriendo paso las nuevas costumbres, por lo que jurisconsultos y legistas pudieron dar paso a esta modalidad tácita de constitución de las servidumbres.

15. *La interpretación progresiva de las "Siete Partidas" por el Tribunal Supremo español.*

No obstante la formación de las compilaciones nacionales, las "Siete Partidas" y su glosa continuaron siendo el instrumento de recepción y tradición romanista, y de autoridad, durante varios siglos. Como hace ver el profesor Gibert ⁴⁶, los juristas españoles antiguos se dedicaron más a la glosa que al propio texto de las Partidas; constantemente han sido editadas ambas partes; solamente en el año 1759 (especialmente en el siglo XVIII, en que se advierte un cambio profundo en la historia del derecho español) se empieza a prescindir de este aparato romanista que rechazaba el espíritu iluminista; a pesar de ello, en 1767, se hacía otra impresión de las Partidas.

Con el siglo XIX, las "Siete Partidas" vuelven a ejercer su antiguo empleo como cita de autoridad y tiene lugar la importante edición de la Real Academia de la Historia de Madrid (1807)—que manejamos—; debido a sus varias modificaciones, es el Tribunal Supremo, en una sentencia de 1860, declara que en caso de discrepancia entre otras ediciones y textos debe de seguirse el de Gregorio López. Ello no impidió que se diesen soluciones nuevas invocándose sus preceptos con argumentaciones *a contrario sensu*, como ocurre para el caso de la adquisición implícita de las servidumbre; en este sentido se argumenta por la sentencia de 14 de septiembre de 1867, manifestándose que "lo dispuesto en la ley 14, título 31, Partida 3.^a, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende parte de un terreno que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo de disfrute por el comprador distinto del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo" ⁴⁷. La misma presunción fue aplicada por sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 10 de julio de 1880, 10 de enero, 7 de junio y 7 de noviembre de 1883, antes de la publicación del Código civil.

Ahora bien, este modo adquisitivo de las servidumbres mediante una presunción implícita que procede del supuesto típico de la "desti-

46. GIBERT: *op. cit.* p. 7.

47. Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA: *El derecho civil español en forma de Código*. Madrid, 1873, p. 141.

nación del padre de familia”, es recogido de la glosa a las Partidas y se impone por un sentido de seguridad del tráfico. Sin embargo, el legislador español, cuando instaura el artículo 541 del Código civil, lo hace a base de un proceso de importación, al resumir los tres artículos (arts. 692, 693 y 694) del Código civil de Napoleón: no sólo recoge sus requisitos específicos, sino también sus propios defectos, como al hablar de que la “servidumbre continúe”, cuando en realidad nace, ya que los fundos al estar en las manos de un único propietario tan sólo se prestan “servicios”, debido al principio *nemini res sua servit*, implícitamente recogido en el artículo 530 del propio Código civil español⁴⁸.

JOSÉ BONET CORREA

Investigador Científico del C. S. I. C.

48. Cfr. BONET CORREA: *La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español*, en *Anuario de Derecho Civil*, IV-1 (1951) 73 ss.

II

EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES EN LOS FUEROS DE VALENCIA

Notas y comentarios a una reciente monografía*

Desde que en 1908 se publicó la tesis doctoral de Vicente CASTAÑEDA, sobre la historia de la organización familiar en el derecho valenciano¹, puede decirse que no contábamos con un trabajo de conjunto sobre estos temas, si bien no deben olvidarse los sugestivos ensayos de Honorio GARCÍA, publicados en el "Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura", entre 1922 y 1955, con el título general de *Estudios de derecho foral valenciano*².

El trabajo de la señorita Belda Soler es una notable contribución al estudio del tema, sobre el que la autora —catedrático de Geografía e Historia de Enseñanza Media y licenciada en Derecho— viene ocupándose hace varios años. Anteriormente conocíamos ya su comunicación al VI Congreso de Historia de la Corona de Aragón, sobre el privilegio marital, enlazando la obligación legal

* M.^a Angeles BELDA SOLER, *Contribución al estudio de las instituciones del derecho histórico valenciano. El régimen matrimonial de bienes en los "Furs" de Valencia*. Prólogo de Enrique Taulet. Editorial Cosmos. Valencia, 1966. 186 págs. Edición de 200 ejemplares numerados.

1. Vicente CASTAÑEDA ALCOBER, *Estudios sobre la historia del derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*. Tipografía de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos. Madrid, 1908. 48 págs.

2. *El exovar o exovar*, 1922, 237-238.—*El creix*, 1922, 388-389.—*Régimen económico conyugal*, 1924, 153-155.—*De los bienes de la mujer*, 1924, 324-326. *Más sobre el creix y el exovar*, 1927, 30-32, 250-253 y 316-318.—*La Germania*, 1928, 170-173.—*Más sobre la Germania*, 1929, 76-79.—*Arres*, 1930, 340-344.—*Derechos de la viuda indotada*, 1931, 22-26.—*Las segundas nupcias de la viuda en relación a los bienes del cónyuge premuerto*, 1931, 258-265.—*La hipoteca dotal*, 1934, 1-6.—*El consentimiento de la esposa para el matrimonio*, 1936, 357-363.—*Personas a quienes se ha de restituir el exovar*, 1944, 177-182.—*La Germania*, 1945, 23-30.—*La cambra*, 1945, 31-35.—*El "any de plor" (Año de luto)*, 1947, 121-127.—*La tenuta*, 1948, 307-312; y *Los derechos sucesorios de la hija dotada en la herencia de sus padres*, 1954, 1-6.

También son de interés otros artículos, aunque su título sea más genérico: *Sobre el fondo consuetudinario del derecho de Valencia*, 1943, 17-29.—*Posibilidad de un elemento consuetudinario en el Código de Jaime I*, 1947, 428-450, y 1948, 5-14.—*El derecho romano en los Furs*, 1954, 177-182; y *Los elementos germánico y musulmán en los Furs*, 1955, 80-85.

del marido de restituir el "exovar" o dote de la mujer, con su usufructo vitalicio³.

Estamos ante un trabajo difícil de resumir: le falta, a nuestro parecer, un capítulo preliminar fijando en su conjunto el estado de la cuestión, aunque luego, en el tratamiento de cada tema, recoja los puntos de vista de diferentes autores sobre el mismo. Observamos, además, un fallo metodológico y heurístico, ya que la autora no ha compulsado las diversas citas de los Fueros de Valencia, que maneja, con los dos manuscritos más antiguos que se conservan, precisamente, en los Archivos Catedralicio y Municipal de Valencia. Desgraciadamente, utiliza sólo la deficiente edición sistemática de los Fueros (estampada en Valencia, 1547-48, por Juan Mey), que no creemos tuviera "carácter oficial", como afirma la autora.

No podemos suplir en esta nota el estado de la cuestión, necesario para saber qué plantearon, sugirieron o resolvieron los autores anteriores y qué se debe a la señorita Angeles Belda. Pero sí podemos fijar, en sus aspectos generales, las principales posiciones historiográficas.

CASTAÑEDA, en los "Estudios" antes citados, destaca como típicos de los Fueros de Valencia, en sus normas sobre la institución económico-familiar, entre otros aspectos: el doble carácter del "creix" o "escreix", primero como supletorio de la dote (50 por 100), en el período entre Jaime I y Alfonso IV; después semejante a la "morgengabe" germánica o precio por la virginidad de la mujer, por cuanto se priva de él a la viuda y a la virgen que no ha consumado el matrimonio. Los "Furs" de Valencia sólo admiten la separación de bienes, con devolución a la viuda del "exovar" o dote y del "creix", y en el caso de la viuda sin bienes el legado de 70 maravedís por mil; la obligación del marido de restituir los bienes dotales se convierte en devolución de sólo el 50 por 100 durante el siglo XVI.

Se da cuenta Castañeda de la importancia, casi extralegal, del régimen de germanía o hermandad de bienes, publicando dos documentos de 1320 y 1375, en los que se perfila esta importante institución: por ellos vemos se pacta "tempore nuptiarum", de conformidad con los padres y demás familia; se denomina *fraternitatem et germaniam*; dura toda la vida y abarca todos los bienes muebles e inmuebles, habidos y por haber, que a la disolución del

3. M.^a de los Angeles BELDA SOLER, *La economía familiar valenciana en el código de Jaime I (Furs de Valencia) y su proyección en el llamado privilegio marital*, en "VI Congreso de Historia de la Corona de Aragón, celebrado en Cerdeña en los días 8 al 14 de diciembre del año 1957" (Madrid, 1959), 393-402.

matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges, se dividen por mitad. "cum prole et sine prole", aunque no es rara la división en vida de ambos cónyuges.

Los artículos del ilustre notario castellonense Honorio GARCÍA, están concebidos con la modestia que le caracterizaba y en plan de divulgación de las modalidades del derecho foral valenciano. No era un dogmático ni un erudito: sus ideas las lanzaba en plan de sugerencias, como si hubieran de estudiarse, desarrollarse, matizarse, criticarse y elaborarse posteriormente en reuniones de Seminario. Su tesis general es que existe un derecho consuetudinario, de fondo mozárabe, que se refleja en los "Furs" a pesar de su carácter romanizante, especialmente en el derecho privado⁴. En el aspecto que aquí nos interesa, tienen esta raíz —según él— las instituciones del "exovar", "escreix", germanía, arras, "any de plor" y la regulación de la "cambra".

Cree que el *exovar* o dote valenciana tiene su origen en el "xuar" musulmán, uniéndose después con la dote romana y regulándose en los Fueros una misma institución con dos nombres distintos, uno vulgar ("exovar") y otro erudito o romanista (*dot*), siendo imposible separar uno de otro.

Es sugestiva la problemática que Honorio García plantea sobre el *escreix* valenciano, que cree diferente del catalán, tortosino y de la "morgengabe" germánica: en sus raíces ve un fondo consuetudinario o mozárabe, que después se mezcla con la "donatio ante nuptias" romana y la "hadía" musulmana⁵.

Establece su evolución en tres etapas: la del primitivo código de Jaime I a la ciudad de Valencia (obligatorio por parte del marido para toda mujer que aporte exovar o dote); la de la "Costum" tortosina (preceptivo sólo para las doncellas y potestativo para las viudas); y el "escreix" nuevo de los Fueros de Valencia del siglo XIV, exclusivo sólo para las vírgenes⁶. Son interesantes a este respecto los documentos de los siglos XVI y XVII publicados por el mismo autor, en los que se constituye la "dotis" por parte del padre de la novia, y el "augmentum sive creix... propter illa-

4. "La organización económica del matrimonio valenciano es, a nuestro entender, uno de los ejemplos palmarios de la persistencia de las costumbres muzárabes, porque ofrece diferencias de nota con la organización económico-conyugal catalana y aragonesa, admite instituciones de nombre distinto al romano que debían responder a instituciones populares y, en cambio, ofrece analogías muy dignas de ser tenidas en cuenta con la familia musulmana" (Honorio GARCÍA, *Sobre el fondo consuetudinario del derecho de Valencia*, en "Bol. Soc. Cast. Cultura", XVIII, 1943, 22).

5. *Sobre el fondo consuetudinario del derecho de Valencia*, en "Bol. Soc. Cast. Cultura", XVIII, 1943, 27.

6. *Posibilidad de un elemento consuetudinario en el código de Jaime I*, en "Bol. Soc. Cast. Cultura", XXIII, 1947, 447.

rum virginitatem”, equivalente a la mitad de dicha dote, por parte del novio; en otro documento es éste quien aporta la dote, renunciando por ello la novia al *augmentum sive donatio propter nuptias, vulgo dicta screx, de medietate dotis*⁷.

Obsérvese la ausencia de la palabra foral “exovar” y el carácter extramedieval de los documentos aportados. Dada la importancia que en el “creix” se atribuye a la consumación del matrimonio y a la virginidad de la mujer, es difícil —creemos nosotros— que no tenga sus raíces en la morgengabe germánica.

Casi todas las instituciones matrimoniales reguladas por los Fueros de Valencia son objeto de análisis y glosa, más o menos profundos y acertados, por el ensayista castellonense: el consentimiento de la mujer para el matrimonio, los derechos de la viuda que contrae segundas nupcias, la “cambra”, el año de luto, la tenuta, las arras, la restitución del “exovar” y “creix”, los derechos sucesorios de la viuda, el sistema de separación de bienes y el de germanía o comunidad. Destaca la originalidad de la protección a la viuda pobre, con el derecho de 70 morabitanos de cada mil (7 por 100) de la herencia del marido. “No encontramos —dice— disposición alguna en el derecho hispano-cristiano que fije la cuota de la viuda en la cuantía que lo hace el derecho valenciano”⁸, por lo que considera esta modalidad también de procedencia consuetudinaria. Del mismo origen procede, según dicho autor, la germanía valenciana, que a través de múltiples facetas y modalidades, prepara el terreno para la recepción de la sociedad de gananciales (publica documentos castellonenses de germanía del siglo XVII).

Es posible que los sugestivos ensayos del modesto notario castellonense, hubieran tenido mayor repercusión historiográfica, de haber contado con una edición crítica de los “Furs” (sólo utilizó la sistemática de 1547), un mayor conocimiento de la bibliografía especializada —que hasta su traslado a Vic fue muy reducida⁹— y no atribuir siempre a los mozárabes valencianos las instituciones de no muy claro abolengo romano o visigodo, que es posible —aventuramos nosotros— se deban a un fondo común peninsular y aun mediterráneo¹⁰.

7. *Más sobre el creix y el exovar*, en “Bol. Soc. Cast. Cultura”, VIII, 1927, 31 y 318.

8. *Derechos de la viuda indotada*, en “Bol. Soc. Cast. Cultura”, XII, 1931, 25.

9. No parece haber conocido los estudios del profesor portugués Paulo Merea.

10. Hasta que no se edite el código latino de los Fueros y se estudien sus instituciones de derecho privado, creemos prematuro condenar las sugerencias de Honorio García. Manuel MARQUÉS DE SEGARRA, en su *Introduc-*

Este resumen puede suplir la carencia de un estado de la cuestión en el trabajo de la señorita Belda Soler. Aún cabría añadir como problemática general la conferencia anotada del profesor FONT RIUS sobre la actividad pacticia en la ordenación económica del matrimonio, desde la época visigoda a la recepción romano-canónica, aunque referida sólo a las regiones centrales de la Península ¹¹. Más recientemente hay que agregar el esquema histórico de los pactos matrimoniales catalanes, ampliamente documentados por el profesor LALINDE ¹².

En seguida notamos la carencia de una colección de documentos de aplicación del derecho familiar valenciano, de la que sólo hay alguna muestra en el aspecto referente a la germanía o régimen comunitario de bienes (trabajos de Castañeda, Honorio García y, ahora, Angeles Belda). Los miles de protocolos de los archivos valencianos están esperando esta pesada y ardua labor, que, junto a la edición de los fueros latinos, es trabajo previo a toda clase de posiciones historiográficas ¹³.

* * *

El trabajo de la señorita Angeles Belda Soler se propone reunir, relacionar y sistematizar el ordenamiento jurídico del citado régimen matrimonial de bienes (pág. 133). Consta de un "preámbulo", doce capítulos y un apéndice de ocho documentos (1285 a 1665),

ción al derecho foral valenciano (Valencia, 1963), págs. 43-47, las rechaza por completo, como basadas en "supuestos".

11. José María FONT RIUS, *La ordenación pactcionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 7 de febrero de 1950. Editorial Reus. Madrid, 1954. 56 págs.

12. Jesús LALINDE ABADÍA, *Los pactos matrimoniales catalanes (Esquema histórico)*, publicado en el tomo XXXIII, 1963, 133-266, de este mismo ANUARIO. Estudia la comunidad de bienes, dotes marital y de la mujer, capítulos matrimoniales, etc., con un apéndice de 14 documentos (1077 a 1517). A pesar de su fecha, este trabajo del profesor Lalinde es posterior a la elaboración del de la señorita Belda.

Señalemos la existencia de una tesis doctoral inédita de Jesús CORRONS. *Estudio sobre las legítimas según los Fueros de Valencia*. Madrid. Facultad de Derecho. Laboratorio Ureña. Signatura 740. (Cfr.* Juan BENEYTO PÉREZ, *Iniciació a la història del dret valencià*, en "Boletín de la Soc. Castellonense de Cultura", XV, 1935, 88.)

13. Además de los archivos notariales, es muy rico en este tipo de documentos el Archivo de la Catedral de Valencia, entre cuyos pergaminos encontramos muchos pactos de germanía, dotes, cartas nupciales, etc. Véase también un caso de *hermandat* entre los catalanes poblados en Murcia (1272), en TORRES FONTES, *Documentos de Alfonso X el Sabio* (Murcia, 1963), doc. 56.

traducidos al castellano, aunque se dan los originales en láminas. A pesar de cierto desorden metodológico y de utilizar sólo la edición sistemática de los Fueros, hay que reconocer la importancia de los capítulos que dedica a estudiar el "exovar", "escreix", germanía y los derechos de la viuda valenciana, que, a nuestro parecer, constituyen la aportación básica de esta monografía.

En el "preámbulo" da un resumen de los Fueros valencianos, sin aportar nada nuevo: fechas de redacción, diferencias entre "Costum" y "Fuero", carácter municipal y posterior territorialización, aspecto pactista, manuscritos, ediciones y literatura jurídica foral. También puede considerarse dentro del preámbulo el capítulo primero, resumen del régimen matrimonial de bienes en el derecho histórico español, desde la época romana hasta la recepción, siguiendo la bibliografía corriente.

Como principios generales del régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia, observa los siguientes: separación de bienes, lo que no excluye que los cónyuges puedan pactar un régimen diferente; la mujer no participa en los bienes gananciales del marido, y éste tampoco lo hace en los parafernales de su esposa; los Fueros desconocen la dote marital.

El régimen dotal se basa en la aportación por la mujer del *exovar* y en la donación complementaria a esta dote por parte del marido, llamada "creix" o "escreix".

El "exovar" se corresponde al ajuar castellano. Era una aportación voluntaria de bienes (ropas, utensilios, propiedades, dinero), hecha por la mujer en el momento de casarse, que se entregaban al marido con carácter inalienable y que retornaban a la mujer o sus familiares al disolverse el matrimonio. La autora estudia la etimología de esta palabra, los orígenes de la institución, sus relaciones con las similares de Aragón, Cataluña y Castilla, sus características y clases, la restitución del "exovar" y otros aspectos.

"El exovar valenciano —afirma en la pág. 50— pudo gestarse en Valencia (quizá simultáneamente a otras regiones del Este de la Península, como Cataluña y Tortosa), mientras la ciudad (Valencia) y sus tierras vivían bajo dominio musulmán, aisladas de los reinos cristianos peninsulares. Esta gestación debió operarse sobre elementos locales antiguos, preexistentes desde antes de la conquista musulmana y comunes a todo lo que llamamos Levante español, evolucionando al compás de la transformación de la sociedad local y de la economía general de la Península. Por lo tanto, admitimos,

con el investigador Honorio García, que el exovar fue practicado con toda probabilidad por los mozárabes valencianos (y quizá también por los musulmanes valencianos), antes de la conquista de la Ciudad.”

En el terreno hipotético en que la señorita Belda se desenvuelve, hay que apuntar a su teoría sincretista de que el exovar foral fuera el resultado de una simbiosis romano-visigótica¹⁴, teniendo como “pura coincidencia” la práctica del “xuvar” en la Valencia musulmana.

El *creix* o *escreix* valenciano se constituía por las donaciones complementarias del “exovar”, otorgadas por el marido a la mujer con ocasión del matrimonio. Tiene su correspondencia con la morgengabe germánica, el esponsalicio castellano y el “creix” catalán, pero quizá su factor diferencial más importante sea el carácter de contradote, ya que no puede otorgarse sin la previa constitución del “exovar”; y está condicionado a la doncellez de la mujer y a la consumación del matrimonio¹⁵. Por ello, la autora lo cree derivado de la morgengabe a través del “creix” catalán.

Estudia, además, la señorita Belda Soler el origen del “escreix”, su naturaleza, ordenación legal, pérdida, inalienabilidad y restitución, sistema de garantías del “exovar” y del “creix” y las donaciones entre los cónyuges. Es curioso que en los “Furs” se cite la institución de las *arras*, aunque esporádicamente y una sola vez, en que aparece unida al esponsalicio, como garantía de la promesa mutua de matrimonio.

No saca mucho partido la autora a la *germania* valenciana, a pesar de los seis documentos que publica en el apéndice (siglos XIII al XVII), en los que nosotros observamos se denomina *farascham et germanitaten* (1285); *fraternitatem, unitatem et germaniam* (1381); e incluso *fraternitatem, unitatem, societatem et germaniam* (1482). Normalmente se pacta por escrito en tiempo de las nupcias, o sea, antes del matrimonio propiamente dicho. Abarca todos los bienes aportados a la unión conyugal e incrementados durante

14. “El origen del exovar valenciano, es un posible caso de pervivencia en Valencia del derecho romano-vulgar; de la dote romana de la mujer, más o menos desfigurada, fundida o confundida con la costumbre visigoda de que las novias aportaran al casarse algunos bienes de uso doméstico y personal, que recobraban a la disolución del matrimonio, que resiste la dominación musulmana y es recogida por el legislador valenciano al tiempo de la Recepción, y remozada y regulada en este momento histórico, según modelo clásico” (pág. 51).

15. No tiene en cuenta la autora la sugestiva evolución cronológica del *creix* en tres etapas, ya establecida por Honorio García: véase nota 6.

la misma, quedando la mitad de esos bienes como propiedad del cónyuge sobreviviente, lo mismo tengan hijos o no. La autora estudia su paralelo con la institución tortosina del "mig per mig", su popularidad entre las clases artesanas valencianas del Bajo Medioevo y otros aspectos. Creemos no está probada su afirmación (pág. 110) de que ya se practicara por los mozárabes valencianos.

Dos importantes capítulos dedica la autora a estudiar la *situación* jurídico-económica de la viuda valenciana: derecho del setenta por mil y usufructo legal de la viuda indotada, "any de plor", tenuta, "cambra", tutoría ejercida por la viuda sobre sus hijos y la facultad del viudo para retener el "exovar". El principio general de los Fueros de Valencia es que la viuda dotada tenía derecho, al disolverse el matrimonio, al "exovar", "creix" y a la *cambra* (vestidos, ropas y guarniciones de la cámara nupcial); pero los dos primeros sólo podía reclamarlos tras el *any de plor* (o sea, pasado un año de la muerte de su marido), viviendo, no obstante, en la casa conyugal y con los bienes que fueron de su esposo ^{15*}. Si los herederos de éste no devolvían los citados "exovar" y "creix", la viuda tenía derecho a percibir las rentas de los bienes del marido (institución de la *tenuta*, aunque los Fueros no le dan este nombre): la autora —contra la opinión de Honorio García— se inclina por dar un origen catalán a esta institución.

La viuda indotada sin hijos tiene derecho al 70 por 1.000 de los bienes del marido (institución de la *setantena*): y si tiene hijos, puede optar entre el usufructo de los bienes maritales (con obligación de vivir con dichos hijos) o la citada setantena. El documento número 8 del apéndice (1517-1520) prueba que la setantena tenía que reclamarla la viuda judicialmente, apoyada en un estado de pobreza, siendo sus derechos transmisibles hereditariamente. Aunque el derecho de la viuda indotada a una parte de la herencia del marido, tiene antecedentes en el derecho justiniáneo, de la cuota del 70 por 1.000 no hay "precedentes en ninguna legislación", por lo que la autora —como antes Honorio García— la considera "vieja práctica local recogida por el legislador en el momento de la confección de la primitiva "Costum" municipal" (pág. 116).

Ya había estudiado la señorita Belda los derechos del viudo a retener el "exovar" y el "creix", primero sólo en casos de evidente pobreza (época de Jaime I), luego convertido en verdadero privilegio clasista (siglo XVI), pues sólo alcanza a los caballeros y ciudadanos honrados, que pueden retener dichos bienes vitaliciamente

15*. He aquí, no obstante, un caso en que el año de luto se guarda en la casa paterna: una viuda con buen "screix" y esperando bienes parafernales, es obligada a guardar el "any de plor" en casa de su padre (1456. *Arch.º Reino Val.º* Real, núm. 76, fols. 184 v-185).

si permanecen en la viudez y devolviendo sólo el 50 por 100 si contraen nuevas nupcias¹⁶.

Digamos, finalmente, que no vemos tan "evidente" como la autora la personalidad del régimen matrimonial de bienes valencianos: sólo encontramos sin paralelo histórico la institución de la setantena y el privilegio marital, y como práctica "extralegal" la germanía (enlazada con la comunidad general de bienes). Lo demás son diferencias de matiz dentro de la tónica general romanizante de los Fueros de Valencia. Esta es nuestra modesta opinión tras leer, meditar y anotar las difíciles páginas de este interesante estudio. Indudablemente creemos que este esquema se modificará por los especialistas cuando contemos con la edición de los "Fori Regni Valentiae", que prepara hace años la sección valenciana de la Escuela de Estudios Medievales, y sobre todo cuando puedan matizarse sus preceptos jurídicos con una buena colección de documentos de aplicación del derecho familiar.

MIGUEL GUAL CAMARENA

16. Estudiado por la autora en la citada comunicación al Congreso de Cerdeña: véase nota 3. No observa la St.^a Belda que el documento se otorga para que, por lo menos, devuelvan el 50 % de los bienes dotales cuando contraen nuevas nupcias, de lo que se deduce que en realidad se quedaban con todo, por lo menos en el período anterior al citado privilegio. Preguntamos nosotros ¿esta cuota del 50 % no estará relacionada con el creix que aportaba el marido, en la misma proporción?

BIBLIOGRAFIA

Actas de las Cortes de Cádiz. Dirección, Enrique TIERNO GALVÁN.
Ediciones Taurus. Madrid, 1964, 2 tomos; 1027 págs.

A los trabajos publicados sobre este tema, entre otros por Agustín Argüelles, «Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes generales y extraordinarias desde 1810 a 1813»; Rafael Comenge, «Antología de las Cortes de Cádiz», Madrid, 1909-1911; así como el «Diario de las discusiones y Actas de las Cortes de Cádiz de 1811», con el que se inicia la colección que, con diversos títulos se venía publicando, se añaden estas Actas de las Cortes de Cádiz que, como en el prólogo destaca su autor, se trata de una antología con un claro propósito divulgador dirigida al lector medio y estudioso, no especializado, que de esta suerte puede seguir los debates de mayor interés de una Asamblea en la que se gestó la España contemporánea. Tomar conciencia de los problemas que se plantearon los legisladores gaditanos es recobrar la conciencia de nuestras responsabilidades, sin que esta afirmación atañe a un solo grupo de españoles o facción ideológica.

En esta obra se nos ofrece, reunidos debidamente y cronológicamente reseñados, las grandes cuestiones que preocuparon a aquellos legisladores.

En el primer tomo, previamente seleccionados, se recogen temas que corresponde a la discusión sobre: Libertad de imprenta, Inviolabilidad de la correspondencia, Abolición de la tortura y esclavitud, Discriminación social y racial, Las provincias de ultramar y el poder ejecutivo, Problema social y económico de los españoles de origen africano, Sobre la libertad para contraer matrimonio y la mayoría de edad, Nulidad de actos del Rey en cautiverio. Funcionarios y empleados que han servido al rey intruso, Afección a Fernando VII, Sumisión al poder ejecutivo, Medidas de urgencia, Las guerrillas, Antiarbitrismo, Baldíos y propios, Contribución de la Iglesia a los gastos de guerra, Inmunidad eclesiástica, Organización del ejército y Milicia nacional; y en el tomo II: la Constitución y su discusión, Abolición de los señoríos, La cuestión de los mayorazgos, El voto de Santiago y la Abolición de la Inquisición.

Es de destacar, y ello requiere una especial significación, que cada uno de los temas precedentes, llevan una glosa del autor para facilitar su comprensión, y a continuación se transcriben los textos de las intervenciones de los distintos diputados en el Parlamento, de manera completa y acabada.

En el mencionado prólogo se consolida el concepto tan reiteradamente manejado por el autor, de «pseudopatías» de las Cortes de Cádiz, o, lo que es igual, «¿por que la Constitución de Cádiz fue una constitución revolucionaria sin revolución?»; o, dicho en otras palabras, ¿por que fue una pseudopatía?, entendiéndose por ello la renovación ideológico-política cuya acción sobre los hechos está tan minimizada y es tan lenta que sólo una larga perspectiva histórica permite su valoración real», que motiva la conclusión de que las Cortes representaban una idea, la Nación, no una entidad jurídica, el Pueblo; proceso que hasta la Constitución republicana de 1931 es perceptible en España al conjugarse ambos supuestos, el metafísico de Nación y el legal de Pueblo, al igual que en Francia e Italia.

Ciertamente no se dispone de un estudio crítico y amplio sobre la idea que tenían los diputados gaditanos del concepto «Revolución», no obstante existir las condiciones objetivas para tal formulación, aunque a semejanza a la francesa faltase una esencial, la minoría radical convencida que ejecuta la revolución; era el de ellos un radicalismo sin violencia, unos conservadores, con ideas más o menos revolucionarias.

Históricamente los constituyentes, tanto con las nuevas ideas como en cuestiones muy específicas construyeron el futuro de España sin modificar de hecho la situación económica y social, como lo prueban los trabajos de Juan Francisco Masdeu, jesuita español, en el tomo XVI de los veinte de que consta su *Historia crítica*, en la que no pasa del siglo XI, al tratar del Diploma de don Ramiro I sobre la cuestión del voto de Santiago y el libro de Francisco Rodríguez Ledesma, «Discurso sobre el voto de Santiago, demostración de la falsedad del privilegio en que se funda», 1805, donde se encuentran los argumentos que se esgrimieron en Cádiz.

Lo propio ponen de manifiesto en cuanto a Capellanías y otros vínculos, tanto escritores del siglo XVII, Gerónimo de Ceballos, Navarrete y don Gutiérrez-Márquez, como los escritores del siglo XVIII, Sempere, Campomanes, etc.

Las reformas que se efectúan por las Cortes de Cádiz fueron más de tipo nacional que popular, dado que formaban una clase dirigente inevitablemente conservadora, aunque tratasen de demostrar que no lo era.

Este proceso de realización de la «pseudopatía» en que el ocultamiento aumenta y la retórica encubridora crece, se prolonga durante todo el siglo XIX. El Cádiz de las Cortes no es el que Galdós imaginó, como R. Sallillas, en un ensayo sobre las Cortes de Cádiz, «Revelaciones acerca del estado político y social de 1910», rectificó, y últimamente, Ramón Solís demostró, proporcionando datos suficientes para reconstruir la actividad de un Congreso minado por la discordia que discutía entre gritos y aclamaciones.

En resumen, uno de los temas sin duda preferidos por vocación e inquietud que, como especialista, el profesor Tierno Galván divulga a través de

«Ediciones Políticas Tauro», que, sin duda, enriquece en sus comentarios y complementa así el conocimiento de estas actas para el lector medio o de masas a quien se dirige.

RUPERTO BAS.

Anuario de estudios medievales. Instituto de Historia Medieval de España. Vol. III, Barcelona, 1966, 840 págs.

Con una regularidad rara en publicaciones de esta índole, ha aparecido el vol. III del título mencionado, continuando en franca línea ascendente la trayectoria de los dos volúmenes anteriores (vid. su recensión en *AHDE*, vols. XXXIII y XXXVI). Dejamos constancia a continuación de los trabajos más relacionados con el ámbito jurídico, económico y social propio de nuestra revista.

GANSHOF, F. L.: *La "gratia" des monarques francs* (págs. 9-26).

El ilustre profesor de Gante examina minuciosamente en estas páginas, que reflejan una comunicación suya en un congreso de la Sociedad francesa de Historia del Derecho, la significación y alcance jurídicos del término enunciado, en la monarquía franca, merovingia y carolingia (siglos VI-IX). En textos diplomáticos de índole varia, que el autor agrupa cuidadosamente, e incluso en narrativos, aparece aquél de modo genérico como un atributo del poder real, que cobra diferentes matices según los diferentes textos examinados: favor o benevolencia regias en general, o favor concreto y determinado, libremente otorgados por el rey, en cierto paralelismo con la gracia o favor divinos, que el formulismo cancilleresco hizo frecuente. Esta "*gratia*" o favor regio resultaba indispensable a los agentes del poder real, así como a sus súbditos, para disfrutar de honores o funciones públicas, de "beneficios" reales, de derechos y privilegios, etc., de manera que la retirada de la misma por el soberano acarrearía la pérdida de dichos honores o beneficios —no tanto la de heredades propias— y en general una situación de abandono moral, de dificultad de ser defendido en juicio, etc. Termina el autor conjeturando sobre el origen de dicha idea y desechando toda posible ascendencia bajo-imperial (aspecto éste que desarrolla en una erudita nota de apéndice) o germánica, se inclina por una procedencia cristiana, fundada en la concepción de la "*gratia*" divina, según aparece en los textos bíblicos y patristicos, y que los obispos y familiares de los primeros reyes merovingios, versados en la Sagrada Escritura, habrían difundido, probablemente, hacia la primera mitad del siglo VI.

ORLANDIS, José: *El elemento germánico en la iglesia española del siglo VII*. (págs. 27-64).

Abundando en la temática sobre las instituciones visigodas, especialmente eclesiásticas, muy cara al autor, nos presenta éste aquí, con gran erudición y acopio de fuentes, el fenómeno de la progresiva germanización de la iglesia visigoda, a través de su jerarquía episcopal, en el curso del siglo VII. El autor se enfrenta con una postura clásica en cierta historiografía germánica, que consideraba como decisiva la influencia de la jerarquía eclesiástica visigoda —pretendidamente ocupada por personal hispano-romano— en la desnacionalización, debilitación y, finalmente, caída del reino, y demuestra la invalidez histórica de la misma, por fallar el presupuesto "sociológico" en que se basaba. En efecto, lejos de haberse mantenido las dignidades episcopales como coto cerrado del elemento romano, desde la conversión de Recaredo, y sobre todo a lo largo del siglo VII, es patente la progresiva ocupación de las mismas por individuos de indudable procedencia goda, que hacia mediados de siglo representaban ya más de un tercio del total. Se señalan las sedes en que predominaron dichos obispos, originariamente las de ciudades o regiones en que pueden detectarse unos asentamientos populares godos, o unas concentraciones militares o de clientelas señoriales, sin perjuicio que con el tiempo fueran ganando las principales metrópolis, Toledo inclusive. Las consecuencias de tal fenómeno, condicionadas, a juicio del autor, por la habitual procedencia aristocrática de dichos obispos, y la importancia política de los mismos cargos ocupados, se tradujeron en un sensible incremento de las influencias señoriales en la Iglesia y en una pérdida de calidad del episcopado de los últimos tiempos, documentalmente reflejada en la legislación eclesiástica de tal época, represora de abusos y situaciones anómalas. La debilitación y crisis del reino visigodo no podría atribuirse, pues, a la acción de una cerrada jerarquía hispano-romana, sino a la participación de una destacada jerarquía visigoda en las intrigas y luchas políticas internas de la monarquía.

PLADEVALL, A.: *Els senescals dels comtes de Barcelona durant el segle XI* (págs. 111-130).

Sobre la base fundamental de la rica documentación de los archivos eclesiásticos de Vich, el autor rastrea la filiación de los primeros nobles —procedentes de la comarca de Ausona— que ocuparon el cargo de *senescal* de los condes de Barcelona, primera dignidad palatina, de origen franco y también, por la conexión de la esfera pública y privada, con atribuciones militares y administrativas.

Los orígenes, oscuros, de la senescalía de Barcelona pueden situarse hacia la primera mitad del siglo XI (conjuntamente con otros minis-

terios domésticos) y se documenta positivamente en 1051, en manos de un miembro de la familia de Oris (Amat Elderic), el cual tenía asignada la tenencia de diversos castillos como dotación del cargo. Avatares familiares —una larga minoría del hijo del aludido senescal— acarrearón el tránsito del cargo de senescal de la casa de Oris a la de Moncada (hacia 1066-1072), en cuyas manos se vincularía virtualmente durante el resto de la época medieval, salvo posiblemente durante un corto paréntesis (1112-1132 ?), en que por disensiones entre los condes y la familia Moncada, lo encomendarían aquéllos a otro noble, también ausonense, Berenguer Bernardo, del linaje de Gurb-Queralt. Se acompañan un grupo de documentos que atestiguan las relaciones expresadas y patentizan el carácter jurídico de las primeras encomendaciones de la senescalia, con matices de interés por interferirse en ellas una minoría con su tutela correspondiente, que ocasionó una subinfeudación temporal por parte de los condes.

ALTISENT, Agustí: *Un poble de la Catalunya Nova els segles XI i XII. L'Espluga de Francoli de 1079 a 1200* (págs. 131-212).

El monje archivero de Poblet nos ofrece un cuadro minucioso y altamente sugestivo de la fundación y primer siglo de la villa de Espluga de Francoli, localidad vecina al monasterio, y que aparece timidamente a mediados del siglo XI, como posición militar condal enfeudada de la casa de Cervera, para prosperar decididamente desde mediados del XII, a raíz del movimiento repoblador de las comarcas tarraconenses. El autor ha aprovechado al máximo el *dossier* de más de doscientos documentos de los fondos de Poblet y de los Hospitalarios (en su mayor parte inéditos y poco conocidos) relacionados con la villa, que le permiten trazar con una extrema sagacidad y finura el esquema de la organización inicial de la misma, como un dominio dividido del solar a cargo de los dos hermanos Cervera, con los establecimientos agrarios y militares, subfeudos, etc., promovidos por los mismos, puesta en marcha de los cultivos y regadíos, autorización de mercado, atracción de menestrales mediante una amplia carta de franquicias (1171), conflictos con el contiguo lugar de Vimbodi y con el monasterio de Poblet —nuevo señor del mismo— por la posesión de unas heredades colindantes, etc. La cuidadosa disección de los documentos llega hasta perfilar la silueta psicológica de los personajes más señalados en este periodo, y su papel efectivo en la vida de la localidad. Finaliza con una visión panorámica del medio social: los inmigrantes y sus comarcas de procedencia, su diferente rango: señores, caballeros, simples labradores (libres o dependientes de aquéllos en mayor o menor grado), etc., y también de la vida económica: cultivos, regadíos, industrias, funcionamiento de los molinos, y plantea un cálculo sobre el contingente demográfico de la Espluga en

aquel primer siglo (medio siglo, en realidad) de su existencia. Varios mapas y cuadros genealógicos ilustran expresivamente diversos extremos presentados en el texto.

CARRERE, Claude: *La vie privée du marchand barcelonais dans la première moitié du XV^e siècle* (págs. 263-292).

La diligente investigadora tolosana nos brinda unas sugestivas páginas —basadas fundamentalmente en los fondos notariales de los archivos de la capital catalana— que ponen de manifiesto el talante de la vida familiar y privada de los miembros del estamento mercader barcelonés en las postrimerías del otoño medieval. Los testimonios aportados acusan interesantes rasgos sobre el tono de vida de este elemento fundamental de la sociedad barcelonesa, su casa y habitación, sus ocios y diversiones, sus lecturas (algunos textos jurídicos, esencialmente romano-canónicos, aparecen alguna que otra vez...), la celebración del matrimonio, dotes, etcétera, más acentuadamente jurídicos. Es un retablo de vida palpitante, tanto más estimable cuanto más escaso resulta este género de trabajo entre nosotros.

VALDEON BARUQUE, J: *Las Cortes de Castilla y las luchas políticas del siglo XV (1419-1430)* (págs. 293-326).

Se estudia en el presente artículo, de modo destacado, el papel de las Cortes castellanas en el complicado tejido de sucesos políticos y tensiones sociales que presidió el reinado de Juan II, concretamente en la primera etapa del mismo, desde su mayoría de edad (1419) hasta la derrota de los infantes de Aragón y la victoria de don Alvaro de Luna (1430). Sobre el trasfondo del panorama social y político de la época, rápidamente presentado por el autor, estudia el mismo, casi cronológicamente, la actuación de las Cortes en estos años, señalando su acusada significación de "tercer partido" (pequeña nobleza local), mediador entre el monarca y la oligarquía nobiliaria, enfrentados sucesivamente y con alternativas varias. Sin embargo, el resultado de la lucha acarreó, en definitiva, un grave declive para la institución, que marca, ya de modo indeleble, la trayectoria a seguir en los siglos sucesivos: absorción de la representación popular por la nobleza ciudadana, intervención del poder central en el nombramiento de los procuradores y pago de sus salarios, notoria disminución de sus atribuciones en Cortes, reducidas a votar los subsidios, etc.; en definitiva, sumisión de este órgano a los intereses de la realeza.

BONASSIE, Pierre: *Un contrat agraire inédit du manastère de Sant Cugat* (28 août 1040) (págs. 441-450).

Nos satisface haber podido realizar la detenida lectura y estudio requeridos por la comunicación, verdaderamente modélica, presentada por este profesor de la Facultad de Letras tolosana, a un coloquio de estudios medievales celebrado en Barcelona en la primavera de 1965. Formado en la buena escuela de Duby, nos muestra aquí el autor su maestría en el concienzudo análisis de un solo documento —el aludido contrato de arrendamiento agrario barcelonés, y cuyo texto publica en apéndice—, que, a la luz de sus conocimientos de historia agraria europea y de la propia documentación catalana, arroja un caudal de precisiones, hipótesis y conclusiones de inestimable valor para la reconstrucción sistemática del régimen agrario y dominical del país, apoyada todavía en los esquemas formulados hace más de medio siglo por el gran Hinojosa. Bonassie destaca, tras el examen textual e interpretativo del documento en sus diversas partes y cláusulas, las peculiaridades del mismo en el contexto de la época, señalando la exigüidad de la reserva dominical y su independencia del resto de la explotación, la considerable elevación de las rentas de la parte dada en cultivo y su proporcionalidad al montante de las cosechas, lo que delinea una figura parciaria, sin relación alguna con el clásico régimen dominical, mientras llama la atención sobre el papel del *casalaticum* —cultivos inmediatos a la mansión de los arrendatarios— en la economía de la tenencia. Estima el autor que esta forma, singular por la época, representaría el término de una larga evolución cuyo origen, de signo bien distinto, debería buscarse en la etapa de repoblación y roturación de la comarca del Vallés (1), con concesiones de aprisión muy favorables a los cultivadores, y que luego, con la progresiva rarificación de las tierras libres y aumento de la población disponible, habrían ido adoptando perfiles más gravosos para los mismos en beneficio de los propietarios. Este sistema parciario lograría, en siglos sucesivos, una progresiva aceptación en buena parte de la Europa Occidental, especialmente en la región de Provenza, atisbando la posibilidad de que fuera en la región catalana donde se hubiera abierto camino.

SANCHEZ ALBORNOZ, C.: *Menos dudas sobre el Ordenamiento de Nájera* (págs. 465-467).

Como adición complementaria al estudio publicado en 1962 (*Dudas sobre el Ordenamiento de Nájera*; Cuadernos de Historia de España,

(1) El autor se extraña de que los historiadores catalanes no se hayan planteado nunca formalmente el problema de la repoblación de esta comarca, a diferencia de otras contiguas (Ausona, Bages...). Sin entrar ahora en este tema, permitásenos señalar tan sólo la aportación particular —muy parecida a la del presente trabajo— que representa para el mismo el artículo del P. Anscario MUNDO: «El políptic dels bens i censos de Sant Pere de Vilamajor», en «Circular del Archivo Histórico y Museo Fidel Fita» (Arenys de Mar), n.º 9 (1961), págs. 48-67.

XXXV-XXXVI, pág. 315), aporta aquí su autor, en refuerzo de la tesis allí mantenida, el testimonio de una "pesquisa" del año 1218, cuyo texto él mismo había publicado en 1927 (*Muchas páginas más sobre las behetrías*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", IV (1927), ap. XIV, págs. 156-157), y reproducido luego por ALAMO, *Colección diplomática de San Salvador de Oña*, Madrid, 1950, n.º 421, II, págs. 520-522). Las referencias textuales de dicho documento a una *curia* (Cortes) celebrada en Nájera, y a determinadas disposiciones adoptadas en la misma, le inclinan más hacia la convicción de la realidad histórica de dichas Cortes, en la época de Alfonso VII, que últimamente se tenían por legendarias, y de su correspondiente *Ordenamiento* (aunque retocado o modificado), considerado análogamente como una falsificación de mediados del siglo XIII.

DUFOURCQ, Charles Emmanuel: *Les consulats catalans de Tunis et de Bougie au temps de Jacques le Conquérant* (págs. 469-479).

En el marco de la intensa actividad mercantil de los puertos catalanes y de sus mercaderes con las plazas del Norte de Africa, (objeto de un anterior acabado estudio del autor), se nos presenta en breves páginas un aspecto concreto del mismo: el régimen peculiar de los fondakes o consulados catalanes de Túnez y Bugía a mediados del siglo XIII, que, en contraste con los demás consulados, eran tenidos como propiedad del rey, quien arrendaba directamente su explotación y gerencia consular, aunque se denominaran consulados de catalanes, como los restantes que tenían cónsules designados por la ciudad de Barcelona. Tal régimen patrimonial engendraba una serie de rivalidades entre los intereses del monarca y los de diferentes grupos de "capitalistas" que aspiraban a su tenencia, con las consiguientes gestiones, intrigas y maniobras por parte de los mismos, presentadas minuciosamente por el autor sobre una rica plataforma documental.

BOSCOLO, A.: *Un giurista pisano: Ranieri Sampante* (págs. 493-498).

El ilustre profesor sardo sigue en estas páginas la pista del jurista aludido, que vivió en Pisa durante la segunda mitad del siglo XIII y principios del XIV, sus orígenes familiares, su *cursus honorum* y sus intervenciones en la vida política y diplomática de las ciudades italianas. Interés especial presenta su actuación en Cerdeña, especialmente en Cállor, fortaleza pisana, su intervención en la reforma del estatuto local de Iglesias y su presencia como embajador en la corte de Juan II de Aragón, en inútil busca de una fórmula política que salvaguardara la dependencia pisana de Cerdeña, ya que no tardaría esta isla a ser con-

quistada por el rey aragonés. Jurista práctico —no se alude para nada a estudios y obras del mismo—, parece haber iniciado una familia de juristas que continuaron su labor política y diplomática, representados por un hijo y un sobrino probablemente.

LUTTRELL, A. T.: *Los Hospitalarios en Aragón y la Peste Negra* (páginas 499-514).

Una aportación, muy concreta, pero estimable, al tema candente de la peste negra que azotó los reinos de Aragón en 1343, repitiéndose periódicamente en decenios sucesivos, y sus consecuencias económicas y sociales. La documentación de la Orden, correspondiente a la Castellania de Amposta, permite apreciar de modo general tales perjuicios en los dominios aragoneses de la misma, reflejados en una reducción del contingente demográfico y de las tierras cultivables, alza de salarios, baja de las rentas y consiguiente despoblación de sus términos. La política de la Orden, de contención de este abandono, acarreó reducciones y mermas en sus ingresos, que repercutieron, a su vez, en la contribución de la misma a la casa de Rodas, directora de la lucha contra los infieles.

MARTIN, José-Luis: *Nacionalización de la sal y aranceles extraordinarios en Cataluña (1365-1367)* (págs. 515-524).

Se estudia aquí el papel de Cataluña en la financiación de la guerra de Pedro el Ceremonioso con el rey castellano Pedro el Cruel. Las dificultades económicas del primero obligaron a unas medidas de fuerte presión tributaria adoptadas en las Cortes de Tortosa-Barcelona, de 1365, reflejadas en la imposición, aparte por vía de *fogatge*, de gravámenes sobre diversas materias primas y productos manufacturados (*generalitats*), entre ellos los paños, de notorias repercusiones en la vida económica del país. Asimismo se gravó de un modo extraordinario la venta de la sal, al punto de operarse una verdadera nacionalización, a cargo de la Diputación del General. El autor ofrece abundante material heurístico y unos minuciosos cuadros estadísticos sobre el montante de dichos impuestos en sus diferentes momentos y productos.

* * *

El volumen se completa con un rico acervo de notas menores, información de las actividades de centros medievalistas de todo el mundo, semblanzas (de R. de Abadal y C. H. Bischo), necrológicas (de Martínez Ferrado y Antonio de la Torre), reseñas bibliográficas con afinado sentido crítico, etc., reflejo todo ello del vivo trasfondo personal e institucional que alienta la elaboración periódica de estos volúmenes.

J.-M.^a F. R.

ARANGIO-RUIZ, V. (†) y GUARINO, A., *Breviarium iuris Romani*. 4.^a ed., Milán, Giuffrè, 1967.) viii + 925 páginas.

La aparición de una cuarta edición corregida y aumentada prueba el éxito de esta antología de textos jurídicos romanos, una obra de gran utilidad para los estudiantes. En un volumen muy manejable (gracias al papel «biblia» y el cuerpo pequeño, sin perjuicio de la claridad de los tipos) se reúnen las instituciones de Gayo, las de Justiniano y un bien seleccionado florilegio de textos latinos sistemáticamente ordenados: doctrinas generales, personas y familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones. Salvo alguna excepción, estos textos proceden del Digesto y del Código. Un amplio (p. 901-925) índice alfabético de materias facilita mucho la búsqueda de los textos pertinentes.

A. O.

BENHÖR, H.-P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*. (Hamburgo, Cram, de Gruyter & Co., 1966.) xi + 127 páginas.

La teoría del contrato sinalagmático es un producto de la ciencia jurídica del siglo XIX, pero ya en el siglo XVI se entiende el término *synallagma* como expresión de la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Los juristas romanos utilizaron el término griego para designar la bilateralidad contractual, quizá específicamente la de los contratos consensuales y la de los que luego se llaman contratos «innominados», pero sin implicar en ello una clara noción de interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esta idea (sin usar el término *synallagma*) aparece a partir de Labeón, pero, como suele ocurrir, los juristas romanos no la erigen en un principio general, sino que la siguen en la medida en que las conveniencias no exigen aislar una obligación de la recíproca. El mismo Labeón, por ejemplo, reconoce que la *acceptilatio* de una de las obligaciones que nacen de la compraventa no afecta a la obligación recíproca, aunque aquí, naturalmente, la obligación debe haberse convertido en estipulatoria, con lo que puede considerarse como previamente desconectada de su reciprocidad.

A. O.

BLÁZQUEZ, José María: *Estructura económica y social de Hispania durante la anarquía militar y el Bajo Imperio*. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid. Madrid, 1964; 206 páginas.

El presente estudio ha sido publicado utilizando los medios concedidos por la Ayuda a la Investigación de la Cátedra de Historia Antigua de

España de la Universidad de Madrid, de la que es titular el profesor Viñas Mey, y recogiendo consideraciones y sugerencias importantes de los profesores Díaz y Díaz, Blanco, Fuenteseca, Montero Díaz y Presedo.

Este trabajo abarca la época de la llamada Anarquía Militar, que comienza en el año 235, al período que comprende hasta el año 414, en que penetra en la Península Ataulfo. Del Bajo Imperio se estudia únicamente la estructura económica y social de Hispania, anunciando para un segundo trabajo completar la etapa posterior a esta fecha.

No se pretende realizar un estudio exhaustivo de todas las fuentes literarias, epigráficas, arqueológicas y numismáticas, sino tan sólo recoger una serie de datos que permitan trazar un cuadro general de estos dos siglos escasos.

Algunos de los datos manejados en este trabajo pertenecen al período inmediatamente anterior; también hay esparcidas algunas alusiones a la economía de la Galia y de Africa; con ello se pretende encuadrar mejor el tema del presente trabajo y señalar sus características y la continuidad o rotura con los siglos anteriores.

No se estudia la estructura económica y social en bloque, sino según las divisiones administrativas del Bajo Imperio, es decir, según las provincias de la división de Diocleciano hecha hacia el año 305. En realidad, son seis provincias y no siete, como indica el Latérculo de Verona, redactado en el siglo VII, que remontan sus datos al año 297 o poco después, en tiempo de Diocleciano.

Cada provincia ofrece unas características distintas, e incluso, dentro de algunas provincias, se pueden distinguir regiones diferentes.

Para el tema del presente trabajo son fundamentales los siguientes estudios en conjunto: L. C. West, «Imperial Roman Spain, The Objects of Trade», Oxford, 1929 y Van Nostrand, «An Economic Survey Of Ancient Rome III», en Terrey Franck Baltimore, 1937, páginas 119 y siguientes. Las fuentes literarias se hallan reunidas en su mayoría, en los tomos VIII y IX de las *Fontes Hispaniae Antiquae*, Barcelona, 1959 y 1947, respectivamente, editados y comentados por R. Grosse.

Sobre la situación económica general de Hispania, ya Pacato, en el año 389, alaba las condiciones climatológicas de Hispania, la riqueza de su suelo en productos agrícolas, metalúrgicos y ganaderos, a sus soldados y estrategas, oradores, sacerdotes, jurisconsultos, finalmente a los emperadores hispánicos, Trajano, Adriano y Teodosio.

Alabanzas parecidas se leen en otro escritor algo posterior, Claudio Claudiano, el mejor poeta de su tiempo, griego, natural de Alejandría y afincado en Roma, que vivió aproximadamente hacia el año 400 y que escribió buenas composiciones poéticas en un latín clásico. Canta el vate latino la riqueza en caballos y la abundancia en frutos y metales, en general, además de dar datos concretos sobre la riqueza de determinadas regiones. En la obra de Iustino, titulada «*Epitome Historiarum Philippicarum Pompei Trogi*», escritor que vivió hacia el año 300, se encuentra una laus

Hispaniae que coincide con la de los dos autores anteriores en señalar la riqueza de la Península en productos de todo género.

Sobre la población de Hispania y la densidad de la Urbanización, señala el autor, no se dispone para los años de la Anarquía Militar y el Bajo Imperio de datos semejantes a los de otras épocas del Imperio, como los que para el comienzo del principado augusteo proporciona Estrabón.

Hay que tener presente al calcular la población de Hispania que la Península fue azotada probablemente por las pestes que asolaron el Imperio, dos terribles hubo en tiempos de Marco Aurelio, en el año 166, y otra a partir de Galo, en el año 252.

La presente obra se completa con el estudio progresivo y sistemático de la ganadería, agricultura, minería, comercio, industrias y oficios y unas consideraciones con que concluye cada capítulo, de las provincias Baetica, Cartaginensis, Tarraconensis, Lusitania y Galaecia, con tres índices: a) de nombres de personas y dioses; b) de localidades y gentes antiguas y modernas, y c) de materias, además de citarse 620 notas a pie de página, lo que, indudablemente, constituye una valiosa aportación investigadora a los problemas de la romanidad española, por su copiosa y exhaustiva documentación y textos manejados, así como por los aspectos y puntos de vista que ofrece.

RUPERTO BAS.

BROGGINI, Gerardo, *Coniectanea. Studi di diritto romano*. (Milano, Giuffrè, 1966.) viii + 697 páginas.

Esta colección de estudios da buena idea de la importante aportación del autor al derecho romano, cuya obra de 1957, *Iudex arbiterue*, le dio rápida fama entre los romanistas. Se recogen en ella 13 artículos, la mayoría de ellos sobre derecho procesal romano, más 7 notas necrológicas o de crónica y 15 reseñas amplias.

Broggini, profesor indistintamente en Suiza, su tierra natal, Alemania e Italia (actualmente en Heidelberg, está llamado a la Universidad del «Sacro Cuore» de Milán), ha publicado sus trabajos en alemán o francés, y ofrece un raro ejemplo de universitario europeo, que recuerda los tiempos pre-nacionalistas y anticipa quizá el porvenir.

A. O.

CALONGE MATELLANES, María Pilar; GARCÍA ZARZA, Eugenio y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, María Elena: *La España del Antiguo Régimen*, Fasc. III: *Castilla la Vieja*, Estudios históricos editados por Miguel Artola, Universidad de Salamanca, 1967, 145 págs., 44 mapas suplem.

En este estudio gráfico-textual de la España del siglo XVIII tal como se refleja en el Catastro del Marqués de la Ensenada, en los 135 tomos

correspondientes a las antiguas provincias de Burgos, Soria, Avila y Segovia y en el censo de población de 1797-1801 y en el de frutos y manufacturas de 1803, se insiste sobre todos en los aspectos geográfico, demográfico y económico, utilizando magistralmente no sólo las fuentes señaladas, sino también otras noticias complementarias de los viajeros y autores de la época. Estamos ante una obra histórica que utiliza con acierto la estadística para ofrecernos ordenados, clasificados, seleccionados y comparativamente estudiados millares y millares de datos recogidos en el mencionado Catastro.

Desde el punto de vista jurídico, que es el único que aquí queremos resaltar, presenta un especial interés el capítulo III, dedicado al Régimen Señorial, que comprendía bajo sí el 59,38 % del territorio y más del 50 % de la población de Castilla la Vieja, de los cuales correspondían a los abadengos únicamente el 6,57 % del territorio y 2,9 % de la población. Se enumeran los principales señores y la distribución de sus tierras, para señalar a continuación algunas de las variantes político-administrativas del gobierno señorial, así como las principales rentas señoriales, tanto las derivadas de funciones jurídico-administrativas como las procedentes del reconocimiento del título señorial y las recibidas de enajenaciones de la corona. El apéndice III recoge alfabéticamente todos los titulares de señorío con los lugares pertenecientes a cada uno, mientras el apéndice IV ofrece las cifras de núcleos habitados y habitantes de cada uno de los principales Estados señoriales en cada una de las cuatro provincias de la antigua Castilla la Vieja. También interesa al historiador jurídico el abigarrado y confuso cuadro de la división administrativa de las cuatro provincias en partidos, merindades, corregimientos, sexmos, valles, juntas, alfozes, hermandades, comunidades, concejos, ochavos, tierras, etc., en las postrimerías del Antiguo Régimen.

La obra, pues, que reseñamos se recomienda por la fría objetividad de las múltiples cifras, nombres y lugares que, como otros tantos puntos fotográficos, nos recomponen la imagen de Castilla la Vieja de hace doscientos años en sus aspectos demográfico, económico y jurisdiccional.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ

CARANDE, Ramón. *Carlos V y sus banqueros. III. Los caminos del oro y de la plata. (Deuda exterior y tesoros ultramarinos.)* Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1967.

En Madrid, año 1924, veía la luz el primer tomo de este ANUARIO. Si lo hojeamos comprobaremos que no aparece el nombre de su director, ni los miembros de algún Consejo de Redacción o algún otro órgano semejante. En la «Advertencia» con que se inicia el tomo se nos dice que el «núcleo de

redactores» del ANUARIO (su «equipo» diríamos hoy) son discípulos «en su mayor parte del ilustre Hinojosa». Aunque no hay ninguna declaración más explícita de quiénes eran las personas que ponían en marcha tan ambiciosa publicación científica, nadie ignoraba sus nombres. Si algún lector actual no tiene cumplida noticia de ellos, obtendrá información suficiente tan sólo con repasar las firmas de los trabajos aparecidos en aquel tomo I; a saber (y al margen de destacados colaboradores extranjeros), Laureano Díez Canseco, Claudio Sánchez Albornoz, José María Ramos Loscertales, Galo Sánchez, José María Ots Capdequí y Ramón Carande.

Desde entonces han pasado muchos años. Hoy tengo en mi mesa un libro cuyo título encabeza estas líneas. Su autor, don Ramón Carande, se declara aquí (pág. 23) discípulo, entre otros ilustres maestros, de Díez Canseco, y dedica el primer capítulo del libro a Claudio Sánchez Albornoz, (†) José María Ramos Loscertales, Galo Sánchez y José María Ots. La nómina del primitivo equipo del ANUARIO queda así completa, al menos en la memoria de don Ramón Carande, y a través de él, en la nuestra. Por eso me he permitido iniciar este comentario evocando precisamente desde las páginas de este ANUARIO, los nombres de quienes hace cuarenta y cuatro años lo fundaron. Algunos de aquellos historiadores están ya definitivamente ausentes desde hace más o menos tiempo (Díez Canseco y Ramos Loscertales); otro, Sánchez Albornoz, continúa lejos de aquí; ellos son para mí y para los más jóvenes que yo solamente nombres ilustres; no los hemos conocido personalmente. Don Galo y don José María Ots ven pasar los días y las horas desde sus respectivos retiros, el uno en el corazón amarillo de la meseta castellana, el otro en la suave y verde tierra valenciana. Por último, don Ramón Carande. Don Ramón, inquieto y curioso, trotamundos incansable, tiene tiempo aún hoy, energías y vitalidad para escribir un libro de medio millar de páginas, para trasladarse de Sevilla a Santiago de Compostela y de allí a Salamanca y a Madrid (en viajes que le permiten saciar en parte su interés por el presente y por el pasado encerrado en documentos y monumentos), y para charlar de todo lo visto y de todo lo leído, con ironía y agudeza, con el espíritu comprensivo y crítico de quien ha vivido mucho, ha estudiado mucho y ha sabido aprender y enseñar. Quisiera, aprovechando la grata ocasión que me depara para ello el libro de don Ramón Carande, dejar constancia aquí de mi admiración discipular y humana hacia este grupo de historiadores, tan homogéneo como sobresaliente en el mérito científico y en la talla personal.

El presente y tercer tomo de *Carlos V y sus banqueros* pone fin a la obra. En los tomos anteriores Carande había estudiado la economía y la hacienda real castellanas. Una economía que no estaba tal vez en sazón para asimilar los inmensos tesoros indianos; una hacienda en constante penuria, cuya organización e ingresos (rentas ordinarias, ingresos de gracia, servicios de Cortes y otros recursos menores y esporádicos) no daban abasto para sufragar los gastos de la política imperial. En el tomo II

(pág. 6) escribía Carande: «No se puede encubrir una situación patente: el desnivel crónico entre la dotación tradicional de la hacienda castellana y las obligaciones novísimas de la política imperial socava la débil base de la economía española, no repuesta durante siglos de la sangría que sufriera a partir de aquel reinado. A la hacienda de un solo reino habría de abrumarla, con inmensos sacrificios, el complicado aparato político del Imperio que de Maximiliano recoge su nieto, en la elección de Francfort, precisamente por los años en que llegan a Sevilla tesoros indianos cuyo crecimiento faculta a Castilla para soportar semejante carga. Consiguientemente, la evasión de los tesoros, dada la naturaleza y el destino de los pagos realizados con ellos, priva a la economía castellana de la fertilidad que habrían podido fomentar en el interior del reino...».

Obvio es decir que esos pagos realizados con el oro y la plata indianos consistían muy frecuentemente en la devolución de los empréstitos realizados al Emperador por banqueros en su gran mayoría extranjeros. Este es el tema del tercer tomo de la obra de Carande, sin duda el que mejor obedece al título general de la misma.

Pero no simplifiquemos demasiado. Ni todo lo que se saldaba con los tesoros ultramarinos eran empréstitos, ni el pago de los préstamos se hizo siempre ni sólo con cargo al oro y la plata de las nuevas tierras. Los préstamos se concentraban entre banqueros (o sus apoderados) y oficiales autorizados por el Emperador para obligarle con su firma, y se hacían constar (se «asentaban») en documentos o «asientos» en los que, entre otras cláusulas (cfr. págs. 11 a 14) se incluía la de las denominadas «consignaciones»; esto es, se hacía mención de «los ingresos públicos llamados a responder del pago del préstamo en cada caso» (pág. 13). Pues bien; salvo en alguna ocasión que destaca por lo extraña, en que las rentas consignadas eran, por ejemplo, del reino de Nápoles (como sucede en los finales «años aflictivos», durante el mandato del duque de Alba en tierras italianas), la inmensa mayoría de los ingresos públicos consignados en los asientos como garantía de los préstamos son de la hacienda castellana: servicios de cortes, almojarifazgo de Sevilla, el arriendo de los maestrazgos (tan frecuentemente ofrecido a los Fugger), las alcabalas, la renta de la seda, el importe de los bienes confiscados a los comuneros...

Pero no bastaban tales y tan heterogéneos ingresos para hacer frente a los implacables, impacientes y necesarios prestamistas. En ocasiones —ya lo anunciaba Carande en el tomo II, pág. 541— hubo que imaginar «varios recursos de emergencia», tales como los derivados de enajenaciones; así la venta de hidalguías de nueva creación, las ventas de oficios, las enajenaciones de lugares y de vasallos de las órdenes militares y de los monasterios, el otorgamiento de jurisdicción local independiente a antiguas aldeas, que conseguían así convertirse en villas... (cfr. sobre estos recursos principalmente las págs. 207-208, 420-425, 450-451 y 466-467).

Pese a todo, pese al crecimiento hasta el límite de las rentas ordina-

rias castellanas, a los servicios de Cortes, a las remesas de Indias, y aun a estos esporádicos y, diríamos, anormales, ingresos, la hacienda castellana fue arrastrando penosamente su déficit crónico. Veamos sólo dos referencias de los años finales. La infanta doña Juana (hermana de Felipe II) escribe aproximadamente a finales del año 1554: «está consumido y gastado casi todo lo que se puede sacar de rentas ordinarias, extraordinarias, bulas y subsidios, hasta fin de 1560» (pág. 430). (El mecanismo de las rentas consignadas antes de cobradas explica este «gasto» de las rentas con varios años de antelación a su efectiva percepción.) En el último párrafo de su libro (triste colofón) Carande calcula la cuantía de la deuda en los últimos meses de 1556; según él ascendía «por lo menos» a 6.761.276 ducados.

¿Qué papel jugaron los ingresos de las remesas indianas? Durante los primeros años del reinado, los que Carande llama «años de aprendizaje» del Emperador, «no sostenían la firmeza de su crédito otras garantías materiales que las propias de los ingresos tradicionales de la hacienda castellana...» (pág. 70); la cuantía de las remesas era muy moderada hasta 1530 (cfr. pág. 169 y la tabla de las págs. 502-503), y no se aplicó casi nunca a consignaciones de préstamos imperiales (una excepción puede verse en pág. 69).

Pero la situación cambia desde 1534, año en que se produce la arribada a Sevilla de los fabulosos tesoros del Perú. Con ellos costea Carlos V la campaña de Túnez. Al Emperador no le basta con el quinto real de las remesas; necesita siempre más dinero, y por ello procede en 1534 y en años sucesivos a secuestrar las remesas privadas (cfr. págs. 169 a 179, por ejemplo). Con secuestros o sin ellos (el Príncipe Felipe se negó en alguna ocasión a repetir tan peligroso y discutible recurso) las remesas sirvieron desde entonces de consignación ideal y disputada por los banqueros prestamistas. «Entre los años 1536 y 1538 lucen rara vez en las consignaciones el oro y la plata de las Indias: las remesas, sin interposición de los banqueros, las utiliza el César directamente...» (pág. 205). En años posteriores los tesoros de Potosí (1545) respaldaron préstamos de los banqueros. Aquellos años entre 1533 y 1542 fueron los «culminantes» del reinado de Carlos en todos los aspectos.

El período siguiente («años de incertidumbre» califica Carande los transcurridos entre 1543 y 1551) presencia, sobre todo desde 1545, una creciente vinculación entre las remesas indianas y los préstamos que hay que devolver, o con los préstamos que se concertan, utilizando las remesas por venir como consignación. Así, en noviembre de 1545, se procede a un nuevo secuestro; ya las cartas de Francisco de los Cobos a su Emperador y señor preparaban el terreno y anunciaban la necesidad de tal medida. (Son especialmente interesantes los párrafos de Cobos que transcribe Carande en la pág. 268; en ellos se respira el culto a la razón de Estado y un apenas mitigado desdén hacia «las cosas de conciencia»; de-

cididamente las cosas no eran iguales en los libros de los teóricos de la política y en la realidad del gobierno cotidiano).

En los cinco últimos años del reinado (1552-1556, los «años aflictivos») crece la penuria, la estrechez, la derrota y la necesidad. Las remesas siguen aportando grandes cantidades; pero ni aún así sería suficiente en ocasiones la parte de las remesas perteneciente a la Corona, y por ello se produjeron nuevos secuestros en 1554, 1555 y 1556 (cfr. págs. 413, 460 y siguientes y la tabla de las páginas 502-503).

El hilo conductor del libro de Carande lo constituyen los asientos concertados con la hacienda por los banqueros. Carande ha logrado reunir una serie de casi medio millar de asientos y los estudia arrancando desde 1520 hasta llegar a 1556, agrupándolos en tramos cronológicos según la periodificación ya apuntada (años de aprendizaje, culminantes, de incertidumbre y aflictivos). No me parece pertinente reproducir aquí los resultados que se desprenden de sus cuadros, tablas y series. Sí quiero resaltar, sin embargo, la minuciosidad del análisis a que somete el autor cada negocio, y la riqueza y cuantía de los datos que ha logrado reunir en las citadas tablas. Año por año, asiento por asiento, Carande expone la cuantía de cada préstamo, la persona del banquero, el precio que costó el dinero (desglosando, cuando le es posible hacerlo, la tasa de cambio y el tipo de interés), y la participación de banqueros por nacionalidades. En los cuadros se reflejan todos estos datos. En el texto se combinan con la descripción de campañas de la política imperial, y con otras muchas cuestiones, algunas de las cuales he procurado destacar en el resumen antecedente. A guisa de ejemplo, quizá convenga reflejar la proporción en que los banqueros de las distintas nacionalidades participaron en los negocios. «Puede decirse, generalizando, que (pág. 21) entre alemanes y genoveses partieron el campo, puesto que de 28,9 millones (de ducados) tomados a préstamo durante los años observados pusieron los genoveses 11,6 millones y los alemanes 10,3 millones; los españoles 4,5 millones y los flamencos únicamente 2,4 millones». A lo largo del texto desfilan estos banqueros, sus agentes, los negociadores en nombre del Emperador, y una serie muy nutrida de personajes, por alguno de los cuales —así, el banquero Rodrigo de Dueñas— manifiesta Carande un interés y una predilección no disimulados. Un cuidado índice de personas permite seguir la pista a todos estos hombres, muchos de ellos olvidados o desconocidos.

Así, las deudas contraídas con estos banqueros para costear los ingentes gastos de las campañas imperiales, absorbieron la mayor parte de los tesoros indianos y la casi totalidad de las rentas castellanas. «Caminos del oro y de la plata» nacían en las Indias, atravesaban la geografía española y desembocaban en Génova, en Amberes, en Viena... En la página XV del tomo I (segunda edición) Carande escribía: «Si España se benefició muy poco de las riquezas de las Indias y recibieron tanta parte otros pueblos se debió, sin duda, a múltiples causas... Lo que

los banqueros cobraron por sus servicios es lo que se aspira a puntualizar en la tercera parte de esta obra». El propósito está cumplido.

Resulta asombroso el caudal de datos reunidos por Carande, extrayéndolos de los legajos del Archivo General de Simancas, del sevillano de Indias, y del Haus-Hof-und-Staats-Archiv de Viena principal, aunque no exclusivamente. Volvamos a aquel tomo I del ANUARIO; en sus páginas 439-440 termina la reseña de un libro de von Below; la firma Ramón Carande; su último párrafo dice así: «Ya que una gran parte de la historia de nuestras instituciones está aún por hacer, el progreso sólo puede venir de un conocimiento fiel y minucioso de las fuentes, y en buscarlas y en interpretarlas tienen que poner su mejor trabajo los investigadores». Ahora, en la página 23 de este libro fechado casi medio siglo después, leemos: «...invoco —con delectación literal— pasajes de las fuentes que manejo; no me separo apenas de lo que dicen, que, en más de un caso, pudiera ser anecdótico y es, asimismo revelador; no remonto el vuelo; procuro no prescindir de cuantas noticias puede captar; todas me parecen pocas; cuando juzgo, creo atenerme a situaciones y criterios coetáneos, aunque no todos éstos fuesen, entonces, los predominantes; me divierte acumular datos auténticos, ninguno me parece estéril, y aspiro a interpretarlos con la ayuda ajena y con mis propios medios; pero, como la zorra de la fábula, no sabría sacar el zumo de las uvas que para mí están verdes...». A mi entender en esas frases —distantes unas de otras en el tiempo, pero profundamente coherentes en el fondo, con la coherencia del programa cabalmente desarrollado y realizado— se encierra el mayor mérito y valor de Carande, y también lo que él cree que es su limitación, esto es, su resistencia a elaborar visiones de síntesis. Toda alabanza respecto a la tarea ingente del análisis, acopio y crítica o interpretación de las fuentes archivísticas que ha realizado el Prof. Carande, corre el riesgo de quedarse corta. (Sin embargo, y pensando en una probable y cercana segunda edición, quisiera sugerir aquí un deseo respecto al cambio del sistema de citas; el del Prof. Carande no es el hoy habitual; al lector no siempre le resulta fácil hallar la referencia al legajo concreto en el que encontró el autor la carta, el asiento, el documento manejado en el texto. ¿No podría en una futura edición adoptarse el sistema convencional de las citas a pie de página? Sólo el autor puede hacer ese transvase. Pero todos los lectores se lo agradeceríamos. Quizá entonces, un entonces probablemente próximo, sería la oportunidad de incluir ese índice de materias que nos prometía el autor al publicar el segundo tomo (pág. 627). Nos hallamos, pues, ante una obra muy importante, fundamental.

Es, sin embargo, lamentable, su renuncia —ya lo apuntaba en su prólogo el primer tomo— a «construir síntesis». Ciertamente que la prisa por sacar conclusiones generales es perniciosa; cierto que antes de elaborar una síntesis hay que conocer bien grandes zonas del pasado. Pero precisamente nadie como el Prof. Carande conoce la economía y la hacienda castellanas

en la época de Carlos V. Por ello, ahora, al final de sus veintitantos años de estudio y de trato continuo con los hombres y problemas de aquel momento, cabía esperar que nos ofreciese una interpretación global de la época, enlazando lo mucho por él investigado con el fruto de ajenas monografías. Mucho hubiéramos aprendido de tal síntesis. Nadie como el Profesor Carande para realizar esa labor; nadie como el autor para engarzar en un epílogo los resultados de los tres tomos de su importante obra, entre sí y con otros conocimientos. Ciertamente, la relación entre economía, hacienda y préstamos está explícita en muchas páginas e implícita en toda la obra. Pero quizá no baste con ello. Tal vez —esa es al menos mi opinión— conviniera una última ojeada del autor por sobre los hombres, las instituciones, las peripecias, los problemas, los éxitos y los fracasos de aquella primera mitad del siglo XVI, que pocos como él conocen. Porque quizá estén verdes las uvas de la investigación para vendimiarlas y reducir las a síntesis; pero si lo están —según él con excesiva modestia declara— para el Prof. Carande, mucho más agrio será el zumo que extraigamos de ellas los demás. Por supuesto, hay que respetar la actitud del Profesor Carande y hay que alabar su modestia; pero personalmente lamento ese silencio, ese hueco que él, el gran historiador hubiera llenado mejor que nadie.

1943, primera edición del primer tomo de *Carlos V y sus banqueros*. 1949, fecha de aparición del segundo tomo. Ahora, en 1967, hemos podido leer el tercero. Una gran obra científica, la obra de la mayor parte de una vida dedicada a la investigación y la enseñanza, está terminada; el tríptico se cierra. Pero la vitalidad científica y humana del autor continúa pujante y vigorosa. Son motivos más que suficientes para que nos felicitemos, y le felicitemos, por todo ello. Es para mí muy grato hacerlo, especialmente desde las páginas de este ANUARIO que él contribuyó a fundar.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE.

FORI ANTIQUI VALENTIAE: *Edición crítica por Manuel Dualde Serrano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Jerónimo Zurita. Madrid-Valencia, 1967, XXIV, 301 págs.

Los Fueros de la Ciudad y Reino de Valencia poseen, desde un punto de vista histórico-jurídico, una importancia grande. No sólo como fuente fundamental para el estudio del sistema de Derecho valenciano desde los siglos XIII a comienzos del XVIII, sino —en un marco más general— como uno de los primeros textos en donde se plasma la recepción del Derecho común. Con ello, el interés de los Fueros valentinos se coloca dentro de un fenómeno general, aparte de ser base fundamental de uno de nuestros sistemas jurídicos bajomedievales y de la Edad Moderna. Entronca, pues, con las cuestiones más amplias de la recepción jurídica en los albores

de la Baja Edad Media. Recientemente se ha afirmado por Wiaecker que el término "recepción" —en su utilización histórica y jurídica— resulta equívoco, indeterminado. Sin embargo, a los historiadores juristas nos resulta esa rúbrica de recepción del Derecho común un campo o sector acotado, cualquiera sea la variedad con que se presente. Su estudio —cada vez mayor— depara una certera perspectiva para la comprensión del tránsito desde los textos altomedievales a otros penetrados por el Derecho romano y canónico, que perduran hasta la notable renovación de los sistemas jurídicos en el siglo XIX. Por ello la depuración de una de las fuentes legales de esa transición hacia la Baja Edad Media y Moderna es, en consecuencia, conveniente. Y a ello tiende la presente edición.

El Derecho de Valencia está aún por estudiar, no obstante las múltiples aportaciones que se han ido realizando, unas mejores, otras menos. Mas su estudio no está, ni con mucho, agotado; ni se ha alcanzado una visión general del mismo, ni se han profundizado muchos de sus temas. Los problemas más cercanos a la conquista han acaparado la mayor atención, porque siempre en el origen suelen estar representados los elementos más genuinos de la posterior evolución, y además, la conmoción de la conquista de Valencia, los cambios y sucesos de la misma, interesan. Por ello existe una serie de trabajos de indudable interés para la historia de las consecuencias sociales y jurídicas de la conquista y creación del Reino de Valencia en el siglo XIII. Los estudios de Font Rius, Gual Camarena, Beneyto Pérez y otros han perfilado con acierto las sucesivas etapas jurídicas de la conquista de los territorios de los Reinos moros de Valencia y Denia, entre los años 1225 a 1253. También Ubieta Arteta ha considerado aspectos de ella, concretamente basándose en la distinción en la forma de fechar los documentos entre el Reino de Aragón y el Principado de Cataluña, ha estudiado la diversa participación de ambos Estados en la conquista, en relación a su constitución ulterior como Reino, ponderando y criticando la *Crónica* de Jaime I en este punto. Los trazos básicos de la empresa de Jaime I, las múltiples concesiones de cartas pueblas, la aparición de los Fueros de Valencia, como Derecho más completo y con vocación a extenderse se hallan dibujados. El estudio —ya clásico— de Roque Chabás supone notable esfuerzo y penetración por fijar los distintos estratos de la elaboración de los Fueros durante el reinado del Rey Conquistador. En fin, existe ya una bibliografía, como base para poder continuar y profundizar el conocimiento del sistema de Derecho valenciano.

Queda, claro es, una amplia zona para la investigación en torno a estos u otros extremos. Quedan abiertos temas tan sugestivos como la territorialidad, más o menos amplia que tuvieron, el sentido de esa promulgación de leyes y costumbres por Jaime I, la relación que guardan con otras poblaciones dotadas de cartas o repobladas a fuero de Zaragoza o de Lérida, la relación con los señoríos, etc. Temas ya sugeridos y trabajados. También ahondar más en la formación del núcleo primitivo de los

Fueros, los influjos que reciben, sus caracteres, la posterior evolución y adiciones sucesivas a través de las Cortes, su enlace y conexión con los privilegios reales, tanto de Valencia como de otras villas 'o ciudades, su derogación por Felipe V con motivo de la Guerra de Sucesión—tal como ha hecho para el Principado catalán Mercader Riba—.

Algunas de las instituciones públicas y privadas del Reino valenciano también se han precisado. Unas, con notable extensión, como la Diputación de las Cortes por Martínez Aloy, pero, en general, limitadamente. Todavía queda amplio margen para la investigación de las instituciones públicas del Reino de Valencia, así como sobre el municipio y sus diferentes concreciones, su desarrollo, etc. Tampoco se ha avanzado demasiado en el estudio de las cuestiones iusprivatistas de este sistema de normas. Trabajos de Mateu y Llopis, Castañeda Alcover, Honorio García, Bienvenido Oliver —en relación con Tortosa—, Beneyto Pérez y tantos otros, aguardan la continuación. Existe, pues, una serie de cuñas o indicios en el estudio del Derecho valenciano utilizables para llegar a un conocimiento más íntegro y detallado del origen, desenvolvimiento y fin de las fuentes e instituciones de la Valencia medieval y moderna.

Naturalmente los Fueros de Valencia son pieza fundamental y primera para todo estudio. La crítica y buen conocimiento de dicho texto es ineludible para cualquier penetración en estas cuestiones. La edición de la versión latina de los *Fori antiqui Valentiae* es un paso decisivo —y único— para lograrla, sobre todo en las épocas más antiguas de la formación de los Fueros. Responde además el salir a imprenta esta edición a un intento secular de mejor conocer nuestra legislación, sentido desde poco después de su segunda edición, a mediados del siglo xvi. Primero —mientras estuvieron vigentes—, como necesidad práctica para el conocimiento y aplicación del Derecho; después, ya desde el xviii, con la finalidad de estudiar el pasado jurídico del Reino levantino.

La primera edición impresa de los Fueros —en romance— es de 1482, salida de las prensas de Lamberto Palmart. El incunable de los fueros se considera usualmente como su mejor edición. "Copiats de bons originals: —dice su colofón— so es del original de Miçer Gabriel de Riucech e per ell mateix comprobat ab lo primitu original bullat del archiu de la Sala de Valencia...". Comprendía los de Jaime I en forma sistemática, divididos en nueve libros con sus correspondientes rúbricas, llevando después cronológicamente los nuevos fueros de Pedro III, Jaime II, Alfonso IV, Pedro IV, Juan I, Martín el Humano y Alfonso V el Magnánimo. Va acompañada, asimismo, del *Stil de la governació* de Arnaldo Juan y numerosos privilegios y pragmáticas. En 1547-1548 nuevamente se acomete la empresa de su edición. Esta vez por el notario Francisco Juan Pastor, con el título *Fori Regni Valentiae, impressi imperiali cum privilegio, Montissoni concessio*. Anno, MDXLVII —en el colofón completa 1548—, si bien se trata, como es sabido, de otra edición romance. Se imprime por Juan Mey. La anterior de 1482 estaba ordenada, la parte correspon-

diente a Jaime I, en nueve libros, de clara reminiscencia justiniana, el resto de los fueros seguía cronológico. Ahora se introducen todos en los libros y rúbricas anteriores—no exactamente las mismas—, pero algunos no es posible. Entonces, en su segunda parte coloca—también con cierta ordenación de rúbricas—los extravagantes. Pastor, en el prólogo, nos da cuenta de este modo de hacer, al par que reconoce haber seguido o utilizado trabajos anteriores de Luis de Alanya.

A este último se debe la edición de privilegios de Valencia, publicado en 1515 con el título de *Aureum Opus Regalium privilegiorum Civitatis et Regni Valentiae, cum Historia cristianissimi Regis Jacobi ipsius primi Conquistatoris*. Estos constituyen una fuente de grave interés para el estudio del Derecho medieval primitivo de Valencia. Existen numerosas series de ellos, en los archivos de la catedral de Valencia, de la Corona de Aragón, del Ayuntamiento de Valencia, de Játiva, de Alcira. También colecciones de pragmáticas, cédulas, provisiones, etc. Y para los fueros concedidos con posterioridad a Jaime I, también hay numerosos manuscritos, e incluso impresiones coetáneas a las distintas Cortes, en donde se otorgan, desde 1487 en adelante. Pero para una orientación sobre todos estos extremos me remito al *Catálogo de la exposición de Derecho histórico del Reino de Valencia*, Valencia, 1955.

Pero volvamos a las ediciones de los Fueros, al deseo constantemente sentido. Después de las ediciones reseñadas no se volvieron a imprimir hasta el momento presente. Ya en las Cortes de Monzón de 1564—apenas unos años después de la edición de Pastor—, se pedía en su capítulo 142, que se reediten y reformen: “Item Senyor, —decia— com en los volums del Furs de la ciutat y regne de Valencia, axi de antiga com de moderna impressio, se troben molts de dits Furs que son revocats, e altres que foren supplicats y no otorgats, e altres reiterats y moltes coses superflues, y senyaladament en la impressio nova hi ha moltes errors, axi en ommisio de Furs, com en disminucio de paraules e altres errors e superfluitats, y sia necessari que aquells sien reduhits, de manera que los dits inconvenients cessen. Perco los dits tres braços han delliberat, que per les persones per aquells nomenades....., entenguen de fer un nou volum dels dits Furs levant les dites superfluitats, errors e altres coses no necessaries e posant en lo dit volum nou la dispositiva de tots los dits Furs de antiga e moderna impressio, sens mudar paraula alguna substancial...”. Se nombra una comisión, encargándose de la realización material Pedro Jerónimo Tarazona, quien prepara la nueva edición. Pero tan sólo saldría en 1580 un sumario general de todos los fueros, sus *Institucions dels Furs y Privilegis del Regne de Valencia*. Una obra elemental para su conocimiento, concordada con los distintos fueros y privilegios; pero el proyecto de recopilación había fracasado. También en 1608 se imprimía para facilitar su manejo el repertorio o índice de Onofre Bartolomé Ginart, que no es el único en su especie,

ya que existen otros manuscritos. Pero una nueva impresión de los Fueros valentinos no se alcanza.

En las Cortes celebradas en Valencia en 1604 —en el convento de Predicadores— tan sólo se pidió la impresión de los fueros referentes a la Diputación y General del Reino, en el capítulo 83. Se trata de fueros y actos de Cortes, desde fines del xiv, limitados a esa materia y estructurados en rúbricas sistemáticamente. Excepcionalmente se recogen algunos más antiguos. Se publicaba en 1625 con el título *Volum e Recopilacio de tots los Furs y Actes de Cort, que tracten dels negocis y affers respectants a la Casa de la Deputacio y Generalitat de la Ciutat y Regne de Valencia*. Las Cortes de 1626, en Monzón, volvían a repetir la petición de modificación y arreglo de las leyes del Reino de Valencia, con estas palabras: "Item de estar los furs y actes de Cort per ses anyades y Corts generals, resulten notables inconvenients, perque ab mes dificultad se poden trobar y los Jutges han de perdre molt temps pera haverlos de cercar. Supliquen perço los tres Bracos a V. M. mane fer nova recopilacio per medi de les persones que V. Magestat sera servit, de tots los furs y actes de Cort de dit Regne ab ses rubriques y titols. *Plau a sa Magestat*". Ahora el acento de interés es algo distinto: no se mira a las deficiencias de las antiguas, sino a la separación de los fueros concedidos desde mediados del xvi, que están impresos aparte. Pero fue también en vano.

Todavía en el siglo xviii se propondrá su edición por Gregorio Mayáns y Siscar, en su proyecto de plan de estudios de 1767, todavía inédito. Aún posee su propuesta una intención antigua, buscando su facilidad de manejo para su aplicación. Hacían falta para fallar y resolver por ellos los actos y contratos antiguos, las materias en que hubieren quedado vigentes. Pero la segunda tendencia —el interés sólo histórico— comienza a imponerse. Los Fueros ya no están en vigor, pero representan un momento anterior del Derecho, un sistema peculiar del pasado valenciano. José de Villarroja es autor de un nuevo intento, promovido —al parecer— por Orden de 1792. Su obra *Apuntamientos para escribir la Historia del Derecho valenciano* (Valencia, 1804) era —en cierto modo— una serie de aclaraciones críticas sugeridas por la labor realizada. En realidad, del texto solamente llega a imprimirse una muestra de cinco hojas, con las siete primeras disposiciones del Libro IV, rúbrica XIX del Rey D. Jaime, en la imprenta del famoso Benito Monfort.

Por tanto —con algún intento posterior no granado— hemos de esperar a la actual edición que reseño, para encontrar una publicación extensa, completa de los Fueros de Valencia. De ahí su trascendencia, como respuesta a un deseo vivo, largamente sentido, unas veces para aplicarlos, otras, para su estudio desde un prisma histórico-jurídico. Es la edición de los *Fori antiqui Valentiae* una parte del texto del código latino del Archivo de la Catedral de Valencia —núm. 146—, llamado *Fori domini Jacobi Regis*. Es considerado —Chabás, Dualde— como la más antigua versión de los Fueros de Valencia, si bien sea copia hecha entre 1301 y

1341. En el código siguen privilegios hasta Jaime II, siendo precisamente el último de 1301. La muerte de quien lo copió —Berenguer March— señala la fecha última de su posible redacción. Esta edición sólo da a luz los Fueros más antiguos, dejando los privilegios posteriores que en mismo manuscrito se hallan.

El estudio de los diversos códigos existentes está por hacer. Y ello sería importante para precisar el desarrollo de esta fuente primordial del Derecho valenciano. El cotejo de las diversas formas en que nos ha llegado —aparte otras fuentes y privilegios— serviría para poder situar los diversos estratos y momentos de su evolución. Ya Roque Chabás lo hizo en un primer y valioso esbozo, referido a la época primera, al reinado de Jaime I, incluso hasta Alfonso IV, en 1330. Pero sería necesario volver sobre él, incluso prolongar su estudio a épocas posteriores, para poder describir las vicisitudes de este cuerpo legal del Derecho común. Los códigos manuscritos han sido descritos más o menos ampliamente por Chabás, Borrull, Castañeda Alcover, Cebrián Ibor, Dánvila, *Catálogo de la exposición de Derecho histórico del Reino de Valencia*, etc. Entre ellos, el latino de la Catedral de Valencia ocupa un lugar fundamental. Es, al parecer, el más antiguo —aunque sea copia—, pues se supone traducido después al lemosín, con base en las noticias de Borrull sobre un perdido código del Monasterio de Benifazá. El mencionado código —desaparecido raíz de la exclaustación del XIX— era romance, fechando la traducción, aprobada por el Rey en 31 de marzo de 1261. Su pérdida dificulta más el conocimiento de las sucesivas etapas de redacción y ordenación de los Fueros de Valencia. Tras correcciones en 1261 y 1271 —según Chabás— en las Cortes de 1330 con Alfonso IV se le da carácter ya claramente territorial, se redacta oficialmente, se sella y guarda. Es el código del Archivo municipal de Valencia, fechado en 1329 de la Encarnación, copiado y autorizado por el notario Bononat de Petra, por decreto del monarca y las Cortes. Existen además otros manuscritos romances, posteriores, tales como el del Escorial, el de la Colección Salazar, de la Biblioteca Central de Barcelona, otro de la Catedral de Valencia. Se citan incluso otros, pero prefiero limitarme a los que parece cierta su existencia. En realidad, a pesar de algunas indicaciones, nos hallamos faltos de un estudio de los existentes, de sus posibles relaciones, de su conexión con los manuscritos existentes de fueros posteriores al núcleo primitivo. Pero, en todo caso, parece evidente que los dos más importantes son el latino catedralicio y el oficial de 1330 del Ayuntamiento de Valencia.

Pues bien, los *Fori Antiqui Valentiae* reproducen la parte más antigua del código latino del Archivo catedralicio de Valencia. Durante largo tiempo trabajó Manuel Dualde Serrano en la preparación de su edición. La muerte —por desgracia— vino a sorprenderle en medio de su tarea. Y la obra aparece truncada, señalando exactamente el punto en que dejó su trabajo. Gracias al profesor Ubieta, de la Facultad de Letras de Valencia, la labor realizada se completa, pudiendo ver la luz aquella

edición inacabada. Quienes se interesan por la historia o el Derecho de Valencia medieval conocen bien las publicaciones de Dualde, no es momento de recordar sus títulos por tanto. Fue, además, impulsor de otros en torno a la *Escuela de Estudios medievales de Valencia*. En ella se gestaron publicaciones varias, algunas destinadas a comprender mejor las instituciones y la legislación medieval de nuestra región. La muerte de Manuel Dualde Serrano cortó—como esta edición de los Fueros latinos—el ulterior desarrollo de aquellos trabajos. Algunos siguieron separadamente, sin su guía; otros, abandonaron el camino de la investigación. En verdad, aquel triste suceso aplazaba el estudio del Derecho valenciano y la Historia medieval, al menos le restaba la coherencia de un grupo importante, su colaboración y aportación. Hoy, la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Valencia ha comenzado—nos hallamos en la primera orientación, primeros desbroces—a adentrarse en el estudio del sistema jurídico valenciano en la época foral. La idea del profesor García González es ésta: la cercanía de los Archivos de Valencia nos crea la obligación y nos facilita a un tiempo este estudio. Quiera Dios que sea realidad en un futuro. Dentro de esta línea, por tanto, la publicación de los *Fori antiqui* es motivo de especial contento.

Creo haber mostrado suficientemente el sentido y significado de este libro; el estado de las cuestiones y las circunstancias que lo motivaron. Paso ahora a su descripción.

Los *Fori antiqui Valentiae* consta de las partes siguientes: una *Justificación* del profesor Ubieta, un *Prologo* de Dualde Serrano, el texto de los *Fori antiqui* y, por último, un corto *apéndice*, que corresponde al prólogo del autor. Veamos por partes

En la *Justificación* el profesor Ubieta narra—por haberla vivido de cerca—la muerte de Dualde, sus últimos días. Hace ver la repercusión que tuvo sobre la edición de los Fueros latinos de Valencia, que preparaba, junto a otros miembros y colaboradores de la Escuela de Estudios Medievales. Todos ellos han preferido que se silencie sus nombres a la hora de publicarse esta obra, dejándola con la firma de Dualde sola, que fue su principal estudioso y autor. Después resume el estado de la investigación en la fecha de su muerte—9 de enero de 1955—y cómo desde sus papeles se ha llegado a la edición crítica del texto y notas a los Fueros.

“Estado de esta obra en 9 de enero de 1955.

A) Prologo. Páginas XI-XXIV. Compuesto y corregido por el autor como separata de *Miscelánea de Estudios Medievales II* (Valencia, 1956), p. 9-35, que todavía no se ha publicado, aunque en parte está impreso.

B) Páginas 1 a 144. Corregidas e impresas en vida del autor.

C) Páginas 145 a 207. Compuestas antes de 1955, corregidas en parte por Dualde, aunque no con carácter definitivo. Cotejé el aparato crítico con el original. El texto latino lo cotejé con las fotocopias del manuscrito de los *Fori*.

D) Página 207 al final. Había desaparecido el texto de Dualde—si es

que llegó a escribirlo—. Se utilizó para su composición las galeradas correspondientes a una composición hecha antes en Valencia, que tenía correcciones en azul, que no eran de Dualde; notas a pie de página, escritas a lápiz, de la característica letra de éste. El cotejo de lo nuevamente compuesto lo he realizado sobre las fotocopias del manuscrito de los *Fori*. He añadido las notas de Dualde.

E) Apéndice documental. Corresponde al que va en el artículo reseñado en el apartado A)."

En resumen, máximo respeto sobre lo existente de Dualde, dar a luz su legado inacabado. Con marcada modestia se atribuye el autor de la justificación—al final—la "oscura cualidad de corrector de pruebas"; si bien, gracias a él, ha podido aparecer la edición de los *Fori antiqui Valentiae*.

El *Prólogo* de Manuel Dualde Serrano no es—evidentemente—el correspondiente a la edición de los *Fori*. Era solamente un avance de sus trabajos, de la preparación y transcripción del código de la Catedral valentina: estaba destinado a dar cuenta de su intención, así como de las conclusiones a que había llegado en su contacto con los textos y la bibliografía crítica existente sobre la evolución textual y jurídica del cuerpo primero del Derecho valenciano. Ya se había publicado en su mayor parte en 1956, con el título *Supervivencia de los primitivos privilegios orgánicos de la capital en el texto de los Fueros de Valencia*. Estudiaba algunos puntos, pero daba la edición como un trabajo en curso. En este escrito—en el prólogo de los *Fori*—toca tangencialmente el problema de la territorialidad de los Fueros y se hace pregunta de sus posibles fuentes. Desecha—acorde con García Gallo—toda influencia de *Lo Codi* provenzal, y no ve clara la influencia de costumbres mozárabes, indicada por algún autor. También rechaza la afirmación de Chabás sobre su inspiración en el código Teodosiano; yo siempre he pensado—teniendo en cuenta la trayectoria histórica de este código—que Chabás quiso decir Justiniano y—en repetido lapso mental—dio en referirse al de Teodosio.

Después continúa Dualde en el prólogo los estudios de Chabás en su *Génesis del Derecho Foral de Valencia* (1902). Acepta sus sucesivos estratos de formación. Primero, en 1240 la concesión de una *Costum*, en una posible curia de prelados, nobles y prohombres. En 1251—con el nombre de Justicia por curia y su sujeción a los Fueros de Valencia—una reforma, cuyo alcance se desconoce. En 1261 nueva reforma, seguramente a petición de la ciudad y con contraprestación dineraria de la misma, que marca ya cierto pactismo con Cortes de Valencia, como nueva orientación. Un albalá concediendo en esta fecha la exención del pago de donativo acordado por jurar sus Fueros, indica o testimonia esta posible reforma. En 1271 acaecerá la última reforma del reinado de Jaime I, se traducen los Fueros además, según la noticia transmitida por Borrull, que referimos. No se ocupa Dualde de la correspondencia que pudiera existir entre el código que publica y las sucesivas reformas, quizá porque

ya lo hizo Chabás en su obra. Este reputa copia de la primera versión de los Fueros, que se traducen—según el código perdido de Benifazá— en 1271. El Fuero latino sería resultado de las sucesivas reformas en 1251, 1261 y—quizá—1271, sobre el primitivo texto de 1240, sin que sea posible señalar las distintas capas. Luego, en 1271 coloca la traducción de los Fueros, que testimoniaba el perdido código de Benifazá.

En la segunda parte del prólogo se hace ver la correspondencia de varios privilegios de 1239 y 1251 con fueros latinos. El examen se hace sobre algunos privilegios del *Aureum Opus*—u originales—, que se traen en el *apéndice*, que completa esta parte. Y afirma decididamente Dualde que es en 1251 cuando privilegios de tipo público entran en el cuerpo de los Fueros; y también que desde este momento se separan ya privilegios y fueros como dos sectores distintos. “Parece como si el nuevo carácter de los Fueros tendiera a separar la legislación de la Ciudad, que conserva la forma de privilegios, de la que se pretende implantar con carácter territorial a todo el Reino. Privilegios que se refieren a materias ya reguladas en otros anteriores son una ampliación del texto de los fueros más que una fuente para la redacción de los mismos”.

Entremos, por último, en el texto de los *Fori*, que aparece como algo aparte, desvinculado del prólogo, que no se escribió para esta ocasión, como ya advertí. Incluso en algún momento de la elaboración se pensó en un prólogo por el profesor García Gallo. Por esta inecuación no se hace referencia en el prólogo de Dualde al código que se transcribe—apenas una referencia en nota—, ni se indican orientaciones, ni forma de llevar a cabo la transcripción, el aparato crítico, las notas. La presencia de aquel corte que supuso la muerte de Dualde se hace nuevamente patente. No ceso de repetirlo—es verdad—, pero sintiendo interés por estos temas y sabiendo cuánto dedicó el medievalista valenciano a él, viendo el resultado inacabado de su esfuerzo se impone su recuerdo.

Su ambición fue muy grande. Pretendía el estudio profundo y detallado del Derecho de Valencia; se hacía eco de la petición de Chabás de que se publicasen los Fueros latinos, así como los valencianos del Archivo municipal. Y empezó por éstos. Incluso en este trabajo tenía grandes proyectos: “la edición del texto latino del Archivo catedralicio—decía en la nota 2 del prólogo—está ultimándose bajo mi dirección, con un copioso aparato de notas jurídicas que recogen las concordancias del texto jacobeo con el *Corpus Iuris Civilis*, el *Corpus Iuris Canonici*, los *Libri Feodorum*, los privilegios de Valencia, las *Consuetudines Ilerdenses* y otras posibles fuentes, y señalan la correspondencia con los textos valencianos”. Sin embargo, veremos cómo esta amplitud y extensión de las notas no se realiza.

El texto de los Fueros latinos ha sido cuidadosamente preparado, se ordena por rúbricas hasta CXLIV, unas tras otras. Tan sólo en la LXXXIII hay cierto corte, que advierte el autor. “La F capital policroma, que ocupa todo el margen exterior de los tres primeros fueros de

esta rúbrica, es la única indicación de que con ella comienza el segundo libro de la primitiva división de los *Fori*, que en los *Furs*, en cambio, se indica iniciando otro folio con las palabras *Comença el segon libre* (fol. 52 r. a.) y policromando la S capital de la frase *Si los catius*, inicial de la traducción del primer fuero de la rúbrica. En el ms. Esc., a la frase *Comença lo libre segon* se antepone de otra mano *Libre sise* (fol. 87, r. b.), aludiendo a la posterior división de los *FURS* en nueve libros". Y, además, esa rúbrica LXXXIII es la primera del libro sexto del Código justiniano.

El texto lleva en letra menor los fueros que llevan mención de posterior reforma o retoque por el Rey, en que se dice: *Hunc forum emendavit dominus rex, Addentes huic foro, Addidit dominus rex, In hoc foro addidit dominus rex* y análogas, que indican reforma sobre el texto primitivo de los Fueros de Valencia.

Veamos ahora el sentido de su aparato crítico y notas, hasta la página 207, prescindiendo si estaban ya completas o a falta de posterior revisión, según se indica en la justificación. En todo caso siguen un criterio uniforme. En algunos casos son más amplias, en el *Praefatio* y en el primer capítulo, *Rubrica de termino regni et civitatis Valentie*, así como la que transcribíamos en el párrafo anterior. En estos lugares, la anterior publicación por Chabás—como su mayor interés—le amplían sus consideraciones. Hace referencia a sus discrepancias con Chabás en la transcripción del texto, expone cuestiones de ordenación de los textos introductorios a los Fueros, problemas de fecha, discordancias posibles entre los manuscritos de los *Fori* y los *Furs* en materia de términos debido a las distintas épocas de redacción, etc.

En general, el aparato crítico —con letras— da cuenta de las correcciones al texto a que le obliga el sentido de las frases latinas, errores evidentes, faltas de concordancia o sentido, los añadidos necesarios. Utiliza también al efecto la traducción de los *Furs* para, en su caso, mejorar la versión, o algunas concordancias al Derecho romano justiniano, que facilitan en otros casos la integración del texto. Cuidadosamente va reconstruyendo la lectura que le parece más adecuada. En las otras notas —arábigos— su referencia es casi exclusivamente a los *Furs* en el manuscrito oficial seguramente, para precisar cómo va haciendo la traducción, especialmente cuando difieren. Lleva también unas notas N. M. numeradas, en las que quizá pensaba insertar las correspondencias a otros textos o hacer la referencia a los posibles orígenes de los trozos o fueros, o tal vez aclaraciones del sentido del texto. Consultado el profesor Ubieta, nos dice que no conoce tampoco la intención de Dualde al respecto; él, por su parte, mantuvo su criterio de completo respeto a la parte terminada antes de 1955.

A partir de la página 207 desaparecen todas estas notas de uno u otro tipo. Surgen otras —ya advertidas en la justificación— con un sentido muy distinto. Son referencias al Código o al Digesto, con su posible

relación. Notas que aluden a las fuentes de los Fueros de Valencia, en relación al Derecho romano justinianeo. A veces se dice: "Inspirado en...", "Casi literal...", "... lleva el mismo título con otro contenido", o sencillamente se hace la cita romana. Como se trata de otra fase del trabajo no es de extrañar esa discrepancia y son, además, escasas.

En fin, ésta es la descripción y sentido de la obra que he reseñado. Quisiera resumir —por último— la situación en que se hallan las fuentes de los Fueros de Valencia en orden a una ulterior investigación. Seré breve, ceñido sólo al núcleo primitivo de Jaime I, como es natural. Con la publicación de los *Fori antiqui valentiae* podemos considerarnos en posesión de un valioso material. Queda editada la parte más antigua del código latino de la catedral, los Fueros del Rey D. Jaime. Sería ahora conveniente la edición del más importante de los romances, el del Archivo del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, cotejado con los restantes existentes que se citan —quizá algunos desconocidos—. Aunque aquél tal vez sea la base el cotejo con los demás, el establecimiento de la filiación respectiva podría aclarar las etapas posteriores de su desarrollo textual. Así se llegaría quizá a pasar desde los Fueros divididos en dos libros —latino, al del Archivo municipal, el escurialense, etc.—, hasta la división en nueve libros de los impresos. Con ello tendríamos las fuentes fundamentales del Derecho valenciano. Una edición del texto romance, al cuidado de Colom y Arcadio García, está a punto de aparecer en Barcelona.

Después es menester entrar en el examen de los influjos que recibe las fuentes de los distintos fueros, singularmente las romanas, el Código de Justiniano, sobre todo. La edición de 1547-1548 lleva en su primer volumen concordancias con el Derecho romano, que pueden ser útiles. Dualde dice que no se corresponden siempre, pero pueden ser instrumento para llevar adelante esta comparación. Los orígenes romanísticos de los Fueros de Valencia son indudables. Basta sólo tomar las rúbricas de la edición latina y acercarse al Código romano. Hay zonas al comienzo y al final —alguna otra— que no se hallan fácilmente, pero desde la VIII a la XV se identifican —algunas exactamente— con algunas del libro primero del Código; las rúbricas XVI a XXX, en el libro segundo; la XXXIII a la LIII, en el tercero; la LIV a la LXXVI, en el cuarto; la LXXVII a la LXXXII, en el quinto libro; la LXXXIII a la XCII, en el sexto; la XCIV a la CIV, en el séptimo; CV a CXII, en el octavo; CXIII a CXVIII, en el noveno. Todavía otras con Digesto, alguna con Instituta. Claro es que me refiero sólo a la externidad de las rúbricas, pero el seguir el mismo orden indica mucho. Numerosos fueros siguen de cerca disposiciones romanas. Un estudio pormenorizado queda por hacer. Además del Derecho romano es preciso acudir al de los otros Estados de la Corona de Aragón, al Derecho canónico, etc. No será fácil el hallazgo de las fuentes del Derecho contenido en los Fueros. Pero

hacerlo será culminar una segunda etapa. Arcadio García publicará en breve un estudio sobre la sistemática de los *Furs*.

Primero, edición de sus fuentes; después —quizá a un tiempo—, fijar el origen de sus preceptos. Con todo ello se cimentarían unas bases críticas suficientes para proseguir el estudio de este sector del Derecho histórico de España. Su posterior desarrollo hasta el siglo XVIII, en que termina; su relación con otras fuentes jurídicas —privilegios, pragmáticas o cartas de población, su aplicación en los documentos y sentencias o su elaboración por los juristas— vendrían a completar su cuadro. Pero detengámonos aquí, pues no se trata de trazar proyectos; tan sólo queremos presentar los *Fori Antiqui Valentiae*, edición crítica por Manuel Dualde Serrano, aparecido en 1967 como obra póstuma del autor. Y —de pasada— relatar los problemas de investigación del Derecho valenciano, para entender mejor qué significa su aparición.

M. PESET REIG

Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico. (Napoli, Jovene, 1966). vii + 161 páginas.

Del 16 al 19 de diciembre se celebró en Nápoles una reunión de romanistas invitados para discutir sobre la personalidad del jurista Gayo. Ponencia fundamental fue la de Franco Casavola, y sobre ella incidieron las intervenciones de Archi, Biscardi, Cervenca, Grosso, Horvat, Labruna, Liebs, Macqueron, Pescani, Robbe, Robleda y Scherillo. Otros autores (como, dentro del mismo marco de la revista «Labeo», que publica estos *Atti*, Bretone, en *Labeo*, 1966, pág. 66), han seguido y seguirán discutiendo sobre el tema. Naturalmente, Gayo tiene sus defensores, que ven en él sin más un clásico del siglo II, y hasta no falta quien no atribuye a Justiniano lo del «Gaius noster», pero, a pesar de todo, algo queda que no se explica con esa defensa simplista. ¿Un jurista escolástico extraño a la práctica de decidir por *responsa*? De hecho ¿cuántas cosas encontramos en Gayo que no encontramos en sus contemporáneos! ¿Será, como se ha dicho, «una cuestión de gusto»?

A. O.

GARCÍA Y GARCÍA, ANTONIO: *Historia del Derecho Canónico*, I: *El Derecho Canónico del primer milenio*. Instituto de Historia de la Teología Española, *Subsidia* 1, Salamanca, 1967, 452 pág.

Este es el volumen primero del primer manual de Historia del Derecho Canónico que se escribe en castellano. He aquí sus principales características. Ante todo, conviene precisar en qué línea se sitúa frente a diversos

problemas que afectan sustancialmente a la concepción misma de una obra de esta índole.

La estructura interna de la Historia del Derecho Canónico ha sido objeto de diferentes apreciaciones. Es bien sabido cómo a partir del Código de Derecho Canónico se han escrito diversos manuales, ateniéndose a la trilogía: *fuentes*, *ciencia canónica* e *instituciones*, como si se tratara en realidad de tres especialidades diversas. Otros, en cambio, trataron de ensamblar estos tres elementos en un desarrollo homogéneo, como se hace con la historia de cualquier otra especialidad. El autor de este libro se mueve en esta última línea de un modo incluso más radical que cualquiera de sus predecesores. Al capítulo de ambientación con que se abre cada periodo sigue el de las fuentes de que se dispone para el periodo en cuestión, dedicando el resto de los capítulos a las instituciones. El capítulo 17 contiene una exposición de los problemas de la ciencia canónica durante el primer milenio del cristianismo.

Otro problema que ha sido objeto de diferentes enfoques es el de la partición o periodificación de una Historia del Derecho Canónico. Se ha hablado, como criterio de periodificación, de la prevalencia de elementos o fenómenos jurídico-canónicos inherentes a la misma Iglesia. Se han propuesto también elementos extrínsecos, como sería el mundo político-social en que la Iglesia de cada era desarrolló su misión. Incluso se ha hablado de las relaciones entre la Iglesia y el Estado como criterio decisivo en esta materia. En este manual se propugna la tesis de que las circunstancias ambientales más influyentes en la vida de la Iglesia provocaron los cambios de matiz del Derecho canónico de cada periodo, justificando así la distinción de una nueva era. Según estos criterios, el presente libro aparece estructurado en los siguientes periodos: 1) El Derecho canónico de la primitiva Iglesia (s. I-III); 2) El Derecho de la Iglesia en el Imperio Romano-Bizantino (s. IV-VII); 3) El Derecho de la Iglesia en los reinos germánicos (s. VII-XII); 4) El Derecho canónico de la cristiandad medieval (s. XII-XVI); 5) El Derecho canónico en los tiempos modernos (s. XVI-XX), y 6) El Derecho canónico en los tiempos actuales.

Un problema que afecta a todos y cada uno de los capítulos de una historia del Derecho canónico es el de la relación de esta materia con otras disciplinas en conexión con ésta, tales como la teología, sociología, Derecho romano, historia de la Iglesia, etc. Tradicionalmente se tenía poca cuenta de estos matices. En cambio, desde hace varios decenios, se da gran importancia a estos aspectos, de suerte que en algunas obras se tiene la impresión de que se hace historia de esas disciplinas tanto como del Derecho de la Iglesia. En la obra que aquí reseñamos se tienen en cuenta los resultados de las ciencias afines para ambientar la historia del Derecho canónico, pero sin salirse del tema de esta última disciplina. En este sentido, encabeza cada periodo un apartado sobre los elementos que pueden contribuir a la ambientación histórica, sociológica, política, etcétera, de la historia del Derecho. Incluso en el desarrollo de cada tema

se encuentran referencias que sirven para colocar en la cornisa que le corresponde el fenómeno jurídico-canónico de que se trata. Pero los elementos extraños a la historia del Derecho canónico como tal, se dan por conocidos, sin entrar en su desarrollo pormenorizado.

En los veintiún capítulos de que consta este volumen, se contiene la historia del Derecho canónico desde el principio hasta el Decreto de Graciano. Es un manual informativo. El texto se presenta condensado, extendiéndose mucho más, en las notas, en cuanto a la información sobre las fuentes y bibliografía que afectan a cada tema. De las obras antiguas se citan las más importantes, que total o parcialmente siguen siendo aún valideras. La bibliografía moderna es, en muchos casos, exhaustiva, limitándose otras veces, por su excesiva cantidad, a la más importante. De todos modos, no es difícil reconstruirla toda a base de las indicaciones que aquí se dan. Este volumen se cierra con la fecha del primero de octubre de 1967, siendo de notar que tanto en el texto como en las notas se reflejan publicaciones aparecidas hasta muy pocas semanas antes de la fecha indicada. El cuadro de instituciones que aquí se ofrece es selectivo, limitándose a las que tuvieron un mayor desarrollo en los siglos comprendidos en este tomo. De otras, más propias de periodos siguientes, se promete ofrecer los datos anteriores en los volúmenes que seguirán.

Frente a los manuales aparecidos anteriormente en otros idiomas, éste aporta una puesta al día en la exposición condensada que ofrece en el texto y en las indicaciones bibliográficas al pie de página. De lo dicho se desprende que aparte de la utilidad obvia para los estudiantes universitarios a quienes fundamentalmente va dirigida la obra, resulta un instrumento de trabajo imprescindible para cuantos se dedican a las disciplinas históricas y eclesiásticas, y en general para cuantos deseen poseer un conocimiento fundado de lo que representó el fenómeno jurídico en la Iglesia a través de los siglos. Aunque el autor se mantiene, como es natural, en el plano del historiador, de muchas páginas se desprenden consecuencias que se proyectan sobre la época y problemática actuales.

Dada la enorme amplitud de la materia que el autor ha querido incluir en un número de páginas relativamente reducido no es de extrañar que éste no haya podido extenderse conforme a sus deseos y competencia y que algunos de los capítulos de la obra revistan un carácter excesivamente elemental. También aunque como era de esperar los temas hispánicos sean tratados en esta obra con un conocimiento bastante más directo que en otras publicaciones anteriores del mismo género todavía nos hubiera gustado que hubiera dedicado a los mismos una extensión aún mayor.

Que este primer volumen de la Historia del Derecho Canónico anime al autor a ampliar más y más su libro en el futuro, cubriendo así uno de los más notables vacíos de nuestra literatura manualística.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, S. J.

GIBERT, Rafael: *Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI a XI*, en IUS ROMANUM MEDII AEVI, Pars I, 5 b, cc. Giuffre, Milano, 1967.

De la importante empresa colectiva que constituye la publicación del IRMAE se dio ya noticia en este ANUARIO (tomo XXXVI). El profesor Gibert ha escrito su primera aportación a dicha obra estudiando el problema de la enseñanza del Derecho en relación con la educación general, con los perfiles de algunas profesiones jurídicas, con las características de la cultura jurídica de aquellos siglos y con la conservación y tradición de libros jurídicos.

Instrumentalmente, el trabajo del profesor Gibert está montado sobre un amplísimo y muy cuidado arsenal de datos. La erudición es el punto de partida. Pero no una erudición meramente acumulativa, sino rigurosamente crítica y constructiva. Al profesor Gibert (nos lo ha dicho recientemente en el jugoso prólogo de su "Historia general del Derecho español", Granada, 1968) le interesa el detalle, yo diría que el dato exacto y preciso; pero no para enumerarlos simplemente, sino para hacernos ver todo su contenido y significado. Léanse a título de mero ejemplo de esto sus páginas 19 a 23 sobre los jueces, causídicos y otros profesionales del Derecho en la Hispania del siglo VII. Gibert espiga en las fuentes el dato valioso: lo analiza, lo interpreta y lo sitúa —como minúscula pieza de un gran mosaico— en el lugar exacto, donde adquiere para el lector todo su valor.

Formalmente consta el trabajo de una breve introducción y varios párrafos subsiguientes. En la primera, traza Gibert la curva de la cultura jurídica desde la llegada de los visigodos a Hispania hasta la reacción de los territorios cristianos en la segunda mitad del siglo XI, tras la caída del Califato (1031). En estas páginas la descripción de los fenómenos jurídicos va ligada a la alusión a los momentos decisivos de la historia política. Una afirmación importante: para Gibert (y por supuesto no para el sólo) desde la conversión de Recaredo "se inicia la época genuinamente hispanogótica, cuyo máximo representante espiritual es San Isidoro de Sevilla". El siglo VII es no sólo eso, sino el momento de mayor riqueza de la cultura jurídica de la Hispania visigótica.

Tras estas páginas preliminares, Gibert analiza su tema en la Hispania visigótica (con análisis de textos en su mayoría procedentes de ese siglo VII; periodo quizá en el que más valor tiene su análisis textual; en la Hispania mozárabe (los mozárabes "conservaron la cultura visigótica bajo el dominio islámico y la llevaron a los territorios libres al poblarlos como fugitivos o como consecuencia de la reconquista"); en los territorios hispánicos (reino astur-leonés, con especial atención a Galicia y al León posterior a 911); tierra portuguesa, separada de León desde 1095; Navarra, Aragón, Castilla y, por último, en la "Marca Hispánica del reino franco-Cataluña".

No es posible comentar todos los hallazgos o las conexiones entre

datos conocidos que establece Gibert. Si quiero destacar un punto muy notable a mi entender. Gibert ha seguido el rastro del "Liber" en bibliotecas (generalmente eclesiásticas, monásticas) de los diversos reinos y condados hispánicos, incluida Cataluña. El "Liber" aparece en Oviedo a finales del ix o comienzos del x (no cita la fecha exacta); en Galicia en 889 y 1019; en León (allí, "entre 735 y 1040 se registran... dos centenares de libros litúrgicos, frente a dos docenas escasas de libros jurídicos, y éstos limitados a la ley visigótica"); en Portugal (en 1075 el mozárabe Sisnando "actuaba como juez aplicando la ley visigótica"); en el monasterio navarro de Albelda (hacia la segunda mitad del siglo x); en el de San Millán de la Cogolla (situado también en territorio navarro hasta 1076) hacia el año 962; no aparece en Castilla (cuya leyenda anti-Liber refiere Gibert): aunque sin duda la reconquista de Toledo inserta en territorio castellano a una importante población mozárabe que se regía por él; y constan referencias a ejemplares del "Liber" en lugares de la "Marca Hispánica" en 1022, 1083, 1035, 1096, principios del siglo xi... Yo no creo que la Historia del Derecho sea sólo la historia de los libros jurídicos; pero ¿qué duda cabe de que la génesis, la conservación, los avatares y la aplicación de éstos es fundamental para construir aquélla? Las apariciones del "Liber" en aquellos años y lugares muestra una cierta continuidad de la cultura visigótica en los siglos de nuestra Alta Edad Media.

Gibert extrae en síntesis las siguientes conclusiones. No es posible ofrecer "una visión concreta" de la educación jurídica en la Hispania de los citados siglos; "son pocas las noticias conservadas y de ámbito solamente eclesiástico y monástico". En la etapa isidoriana la enseñanza del Derecho figura junto a las artes liberales. En el "Liber" se distingue entre el estudio de las leyes romanas, que está permitido, y su aplicación judicial, que se prohíbe. La formación del jurista visigodo seguramente se limitó a la propia *Lex*, siendo improbable que surgieran verdaderas escuelas de Derecho.

Bajo el dominio musulmán se conservó entre los mozárabes la cultura jurídica visigoda. No obstante, en los reinos cristianos, pese al movimiento neogótico y a la intensa vida cultural de los siglos ix a xi, no hay una verdadera cultura jurídica; "el caudal del saber se secó". El Derecho era entonces, convendría quizá añadir, no un "saber" técnico o culto, sino una creación popular consuetudinaria. Se pierde la cultura del Derecho; pero ninguna sociedad es concebible sin Derecho; en el de aquellos siglos no se perdió del todo, al menos en algunos territorios, el Derecho del "Liber", en definitiva, Derecho principalmente romano; en otros —D'Ors y Gibert han insistido en ello— la influencia del Derecho franco debió ser notable; pero —son éstas palabras del mismo Gibert en la página 21 de su Historia general antes citada— "principalmente la Edad Media fue también en el campo del Derecho una época creadora, cuya originalidad estaba, como es necesario, arraigada en el pasado". es decir, "crisis de una auténtica cultura jurídica", sí que la hubo, y Gibert nos lo ha de-

mostrado en el trabajo que comentamos. Pero no se produjo una ruptura total con una cierta continuidad de la tradición jurídica romanista (el mismo Gibert también lo da a entender expresamente así, cuando tras recordar que la reconquista de Toledo vivificó en Castilla la tradición del "Liber", añade, en el último párrafo de su excelente estudio: "Consecuencia, al fin, el Derecho visigótico de la tradición romanista, el mantenimiento o la vuelta a su ley cumplen, allí donde se producen, el papel correspondiente a una necesidad interna en el renacimiento del Derecho romano, el cual, en cambio, encuentro limpio el terreno, allí donde los restos de la cultura jurídica visigótica habían sido aventados por las costumbres locales o por el nuevo Derecho franco".

Como fácilmente se puede apreciar, el estudio del profesor Gibert no trata escuetamente de lo que su título indica, que ya sería mucho; no sólo se ocupa de unos problemas hasta ahora poco atendidos, sino que desde ellos extrae conclusiones más generales en orden a la cultura jurídica de la Hispania visigótica y a la de los primeros siglos de la reconquista. He aquí, pues, una importante obra.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

KÜHNERT, H., *Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Aegyptens bis Diokletian*. (Tesis doctoral de la Facultad de Derecho de Friburgo de Brisgovia, 1965.) 207 páginas.

Discipulo de H. J. Wolff; el autor ha realizado un estudio minucioso y concluyente sobre los distintos tipos crediticios (*daneion*, *eranos*, *chresis* y *paratheke*). Las diferencias son más de tipo económico-social que propiamente jurídicas. A comienzos de la época ptolemaica sólo aparecen el *daneion* y el *eranos*, el primero como préstamo y el segundo como forma de subsidio asistencial. Las otras dos formas no dejan rastros por no ser escritas, y sólo aparecen como formas crediticias en época romana como préstamo ocasional de poca importancia y plazo corto, y la *paratheke* siempre sin interés y sin garantía, aunque con sanciones penales por el incumplimiento.

De especial relevancia es la conclusión de que la conversión de deudas contractuales (de venta, arriendo, etc.) en crediticias no se hace mediante una «ficción» de préstamo, sino directamente mediante la conversión en verdadero préstamo.

Esta identificación, para el derecho de los papiros, del negocio crediticio en sus distintas formas supone una buena base de comparación para la diferenciación del mismo en derecho romano. Esta diferenciación debe partir de la tesis de H. J. Wolff sobre los actos de atribución destinada como fuente originaria de obligación, próxima todavía a los delitos, y ajena al contrato consensual romano.

A. O.

LACARRA, José María: *Colección Diplomática de Irache*. Vol. I (958-1222). Zaragoza, 1965. XVIII + 342 págs.

La colección «Fuentes para la historia del Pirineo», que dirige el profesor Lacarra, se ve enriquecida con esta obra suya que pretende recoger en dos volúmenes toda la documentación referente al Monasterio de Irache, lo que supone sin duda una valiosísima aportación al conocimiento de las fuentes para la historia medieval de Navarra.

A través de esta recopilación de documentos es posible conocer la vida institucional y económico-social de una importante comarca y concretamente del Monasterio de Santa María la Real de Irache, cuya influencia y riqueza material comenzaron a ser notables en la segunda mitad del siglo XI, favorecidas en parte por su situación geográfica en la ruta de tránsito obligado entre Navarra y la Rioja, la más frecuentada en el siglo XI por viajeros y peregrinos. Para atender precisamente a unos y otros, a mediados de dicho siglo el rey García de Navarra funda en Irache un hospital (documento número 11) y a partir de esa época el monasterio desarrolla una serie de actividades económicas que aparecen reflejadas en los documentos, hasta alcanzar el mayor esplendor en el siglo XIV, llegando posteriormente a tener una imprenta propia (siglo XVIII) y Universidad (siglos XVII a XVIII).

Dispersada la comunidad benedictina en 1839, la documentación contenida en su Archivo sufrió la misma suerte, perdiéndose en los sucesivos traslados algunos documentos, hoy conocidos sólo gracias a copias. El Becerro de Irache, códice en pergamino que recoge en copia no siempre fiel la documentación del Monasterio hasta el abad Sancho (1181-1222), se conserva hoy en el Archivo General de Navarra, mientras el Archivo Histórico Nacional atesora otros diplomas. La colección ha podido completarse merced a copias de eruditos del siglo XVIII y algunos fondos de la Catedral de Tudela y del Monasterio de San Juan de la Peña.

El primer volumen de la colección recoge 327 documentos que abarcan un período de 264 años (de 958 a 1222). De ellos son numerosos los relativos a ventas de tierras o casas y donaciones, algunas con cláusulas condicionales. Abundan también, como es normal en este tipo de diplomáticos, las permutas de heredades y las entregas de tierras en censo. Algunos diplomas recogen acuerdos sobre gobierno y administración de iglesias (163), sobre labores para el Monasterio (64), sobre ciertas heredades (198, 309), construcción de molinos (69), sobre bienes (119) y acerca de ciertos derechos sobre unas villas (63). Otros contienen autorizaciones para la construcción de una presa (226), para su utilización (229) o para aprovechamientos de hierbas y montes (250). Un documento se refiere a cierto juicio sobre límites territoriales (105). Algunos declaran la ingenuidad de un monasterio (5, 17, 19, 22) o aprueban una cofradía concediendo beneficios espirituales a los cofrades (85). La dación en compensación aparece en un diploma (124), y, finalmente, otros recogen un

testamento (228) y una memoria de partición de bienes entre hermanos (327).

En la obra se incluye también un índice de los documentos del Becerro y su correspondencia con los de la edición.

JUAN ANTONIO ALEJANDRE GARCÍA,
*Profesor de Historia del Derecho
de la Universidad de Sevilla.*

Los pergaminos de la Cancillería real del archivo municipal de la ciudad de Alcira. Publicaciones del Excmo. Ayuntamiento de Alcira, 1967, XVI, 550 pág.

Es una cuidadosa edición de cincuenta y cinco pergaminos del Archivo Municipal de Alcira, fotograbados todos ellos, con presentación, transcripción y traducción, en su caso. Cuando son en romance se prescinde de la traducción y en algún caso de la transcripción por la claridad de la letra. Cada uno de los manuscritos comienza con una ambientación histórica para situar al lector ante la época y circunstancias del pergamino, a veces extensamente acompañadas de transcripción y referencia a otros documentos. La obra, bajo los auspicios del Ayuntamiento de la ciudad, ha sido realizada por el erudito archivero de la misma Reverendo don José María Parra Ballester. La edición por organismos municipales de las fuentes históricas es obra meritisima e importante. Los historiadores del Derecho nos hemos beneficiado ya más de una vez de estas generosas empresas; por citar dos ejemplos, cabe recordar los Fueros de Sepúlveda o la edición del Fuero de Madrid.

Están ordenados cronológicamente, abarcando desde Jaime I—el número uno es de 18 de julio de 1245— hasta el Borbón Felipe V, siendo el último de 29 de enero de 1738. Las materias son diversas, si bien todos—por su origen e intención— están referidos a la ciudad de Alcira. Porque su intención es precisamente dar base a la historia de esa ciudad, facilitar una ulterior elaboración histórica. Es nuestro Archivo, dice la introducción, “un depósito de documentos, de constancias, de instrumentos, de los que se vale el estudioso en su trabajo para la Historia. De la fidelidad en el manejo de estos instrumentos, de la recta lectura de sus escritos, de la acertada interpretación de su significado, de la lógica inducción en horizontes que ellos te abren, del fino concatenamiento de conceptos que te sugieren o que tú captas, depende el valor de tu trabajo. Noble quehacer el de la Historia. Pero laboriosa la tarea de su autenticidad, la verdad histórica, que sólo en los instrumentos, en las constancias de los archivos anida. Aquí tienes, pues, un puñado de ellos, y con estos cincuenta y cinco instrumentos, con estos cincuenta y cinco pergaminos del Archivo de tu Municipio, podrás tú mismo formar cincuenta y cinco

capítulos de la Historia de tu Alcira, la Algezira de tus mayores, con aquella espléndida en unos, con aquel saber en otros, pero siempre con aquel aleccionamiento en todos, que con tu trabajo, tu ingenio y tu cariño —de todo has de poner— para con esta bendita tierra a la que te debes...” Por tanto, con esta intención de proporcionar fuentes, el autor —y el Ayuntamiento de Alcira— brindan una serie de documentos, de mayor o menor importancia, para el estudio de la Historia. En cada uno de ellos, decimos, nos presenta un extracto de su contenido —con la referencia y signatura del Archivo Municipal de Alcira—, una presentación o ambientación, el fotograbado del pergamino, la transcripción y la traducción, pues la mayor parte son latinos. Ya dije también que en algunos, por ser obvia puede faltar alguna de estas dos últimas partes.

Como su número lo permite y su interés es variado, por tratarse primordialmente de disposiciones —privilegios— emanados de los monarcas aragoneses, me permito su enumeración, fecha y contenido con la brevedad exigida. Los ordeno por reinados, para distribuirlos en grupos cronológicos.

Los cinco primeros son de Jaime I y el sexto del Bayle general durante su reinado, Arnaldo de Escrivá. El más antiguo —también el más antiguo del Archivo, según Chabás— plantea problemas de convivencia entre cristianos repobladores y sarracenos, en relación a los repartos hechos por el Rey (18 de julio de 1245). Los otros se refieren a la mejora del salario del Justicia de Alcira (17 de febrero de 1263); exenciones de impuestos de guerra a quienes están obligados a acudir con caballo y armas al ejército y cabalgada, y hacer alarde anual (18 de abril de 1266); permiso para construir cámaras sobre una puerta de la ciudad (13 de noviembre de 1270); confirmación de la posesión de bienes pacífica y quietamente, con o sin título, exención de monedaje, etc. (28 de abril de 1271). El del Bayle, entrega perpetuamente a dos habitantes de Alcira, en el año de 1273, la carnicería y pescadería de la ciudad, pertenecientes al Rey.

El número siete emana de Pedro III y concede dos pozos de sal a Inés de Gaspar, para que ella y sus descendientes la extraigan, en beneficio de los habitantes de Alcira y su término (25 de agosto de 1284). Al monarca Alfonso III pertenece el número ocho, y el nueve, que por ser simple copia no se reproduce; concede a la villa de Alcira por su fidelidad no ser nunca segregada ni separada del dominio de la Corona del Reino de los Aragoneses y de Valencia (27 de abril de 1286).

Los seis siguientes pertenecen al reinado de Jaime II, números diez a quince, uno de su mujer, doña Blanca, concediendo la exención de arbitrios de portazgo, lezda y otros de tráfico por diez años, en confirmación de otro anterior (8 de febrero de 1297); el once, sobre el procedimiento ante el Justicia de Alcira, en ejecuciones, cuando se proponen por instrumento público, estableciendo que no se pueda contestar por escrito, sino sólo exponer y razonar en plazo concedido por el Justicia e inmediatamente se proceda a la ejecución de la cosa demandada, aplicándose el fuero de Valencia *Curia mandet executioni...* (25 de enero de 1301); en

otros se establecen normas para el funcionamiento del *Mustaçaí*, sobre sus actuaciones en litigios (5 de febrero de 1320); la exención de tributos varios a quienes sirven a caballo (26 de febrero de 1320); se interpreta un fuero de Valencia sobre edificación (1 de mayo de 1321); eleva el sueldo del Justicia a petición de la ciudad (18 de enero de 1323).

A Alfonso IV pertenecen hasta el veintiuno: autorizando un impuesto sobre trigo, vino, carnes o las especies que quisieren para compensar la cantidad que le corresponde acordada en Cortes, para la expedición contra el Rey de Granada (10 de enero de 1329); señalando salarios a los que le ayuden en la persecución de malhechores (1 de agosto de 1329); confirma anteriores sobre exención de impuestos por tráfico de mercaderías —véase el primero de Jaime II— (3 de septiembre de 1329). El número veintinueve, en romance, lo confirma de nuevo; el editor cree que su fecha, de 1367, está equivocada. Mayor interés posee —número diecinueve— el de 24 de octubre de 1329, en donde se reconoce la fuerza de los Fueros de Valencia para todo el reino y con referencia a las Cortes que entonces se estaban celebrando se aclara que si bienes de realengo pasan por el nuevo fuero a infantes, hijos o hermanos del Rey o sucesores, los tengan francos ellos y no se exija mayor cantidad de la que se daba al monarca. En los dos últimos de este reinado se absuelve de penas a quienes desempeñaron oficios en Alcira (24 de octubre de 1329) y —éste dado por su esposa, Leonor— se reserva a sus naturales los oficios de la ciudad, excluyendo a los de las alquerías de la misma de Algemesi y Cogullada (16 de junio de 1332).

Corresponden a don Pedro el Ceremonioso los pergaminos veintidós al veintiocho y el treinta. En ellos el Rey Pedro IV declara que la concesión del subsidio para hacer frente al Rey de Marruecos, con una armada, no será en detrimento de las franquicias y libertades de las villas del Reino de Valencia (7 de marzo de 1337); que los oficiales del Procurador general no se inmiscuyan en la jurisdicción del Justicia de Alcira (30 de enero de 1340); absuelve de toda responsabilidad a algunos habitantes que han desempeñado oficios ciudadanos en Alcira, mediante entrega de cantidad a la Tesorería real (5 de enero de 1342); el número veinticinco es la capitulación del Rey con la ciudad para la amnistia de responsabilidades, por su intervención en la guerra de la Unión, exceptuando precisamente seis personas vivas y siete muertas a juicio de la ciudad y con reserva de la mitad de las rentas durante diez años a favor del Rey, etc. (6 de febrero de 1348); nombramiento excepcional por un año de Justicia de la ciudad, no obstante sus fueros y privilegios (20 de enero de 1354); autorización para imponer sobre especies de consumo durante dos años, como compensación a su ofrecimiento al Rey, con motivo de su expedición a Cerdeña, y especificando especies y cantidades sobre ellas (17 de febrero de 1354); aumento del salario del Justicia (23 de diciembre de 1362); autorización para trasladar el almudín y peso real a lugar más adecuado (25 de julio de 1375).

A la época de Juan I pertenecen varios. Desde el número treinta y uno al treinta y nueve. El primero confirma los privilegios sobre nombramiento de Acequero y Bayle, así como precisa las cuentas de los administradores de la Real Acequia, etc. (9 de abril de 1393); en otro, doña Violante, su consorte, concede, a petición, sisas sobre la sal (18 de julio de 1393); también concede, por un donativo de la Villa en el casamiento de doña Juana, que cesen las sisas impuestas por su padre (17 de mayo de 1394).

Unas capitulaciones con el Rey don Martín por un préstamo o donativo por razón del matrimonio de su hijo, el Rey de Sicilia, con doña Blanca de Navarra (6 de octubre de 1402), y una renuncia, con contra-prestación de Jaime de Olit de su cargo de Acequero perpetuo de la Acequia Real de Alcira —nombrado por los monarcas— en favor de los Jurados y Justicia de esta ciudad (13 de diciembre de 1365, si bien es copia de 28 de diciembre de 1409).

De Alfonso V hay cuatro, uno de ellos debido a su hijo Juan de Navarra —futuro Juan II—, que son los números treinta y siete a cuarenta. El primero se refiere al respeto de la jurisdicción del Justicia, no obstante concesiones hechas a Galcerán de Castelvi sobre Carlet, Benimodo y Masalet (25 de enero de 1426); el segundo concede salvaguarda o regia protección a varias universidades o pueblos (9 de diciembre de 1428); el tercero —del infante don Juan— faculta a la Villa para comprar y adquirir los derechos y rédito del morabatino y tercias decimales (10 de abril de 1438); por fin, el último es la cesión del Rey a su escribano de un censo que poseía en la ciudad de Alcira (es copia de 23 de junio de 1468, siendo el original de 13 de octubre de 1454).

Juan II está representado hasta el número cuarenta y seis. Una sentencia ordena el pago de cequiaje a la Acequia Real por el Conde de Centaina, señor de varios lugares (18 de julio de 1459); concesión excepcional por un año del oficio de Mustaçaf (10 de diciembre de 1466); en el 10 de diciembre de 1466 ordena la abolición de la insaculación para la Villa de Alcira, debiendo volver al Fuero común, proponiendo doce vecinos al Rey, que procederá a la elección; en otro se concede salvaguarda o *guidatge* a sus habitantes, por la decadencia en que se halla, debida a pestes e inundaciones (10 de diciembre de 1467); de nuevo ordena —es el documento número cuarenta y cinco, extensísimo— se siga la insaculación en el nombramiento de oficios conforme a una capitulación con la ciudad, fechada en Amposta a 12 de mayo de 1466 y Zaragoza a 22 de diciembre de 1468; condonación de tributos por razón de su penosa situación (7 de diciembre de 1477).

Los últimos documentos son de Fernando el Católico, sobre cambio de temporada en la celebración de ferias anuales (4 de diciembre de 1501); doña Germana de Foix, Lugarteniente, en nombre de Carlos I y de doña Juana, concede amnistia general a los agermanados (sin fecha); la Emperatriz Isabel, confirmando privilegios, gracias y franquicias a la Ciudad

(12 de marzo de 1531); don Carlos y doña Juana, facultando la imposición de un arbitrio para construir puente (10 de noviembre de 1531) y fijando salario del Justicia (9 de octubre de 1542); otro de don Felipe, como Gobernador general de Aragón y Valencia, deslindando jurisdicciones entre el Bayle y Justicia de Alcira (6 de noviembre de 1542); Felipe III confirma diversos privilegios a la Ciudad (13 de abril de 1604). Por último, dos de Felipe V, ya en el siglo XVIII: uno de ellos, sobre insaculación, está fechado en 27 de mayo de 1701; el otro, confirmando y ampliando el citado de Fernando el Católico, sobre celebración de feria, en 29 de enero de 1733.

Lleva, por último, un índice de los pergaminos, de los cincuenta y cinco. Advierto que he variado la numeración de los Reyes—referida a Valencia—, pasando a la de Aragón, más generalizada.

M. PESET REIG

MALDONADO, José: *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, Madrid, 1967, pgs. 535, 22 X 16.

El Derecho canónico ha estado en un proceso de permanente simbiosis con los ordenamientos juridico-estatales, acentuándose la corriente de estos recíprocos trasvases en una u otra dirección de los mismos, según las circunstancias externas en que aquéllos se desarrollaban. El Derecho canónico, particularmente en España, ha estado presente en el ordenamiento del Estado más de quince siglos, y continúa estándolo, en su letra o en el espíritu de sus instituciones, en los momentos actuales. Esto explica su inserción en los cuadros académicos de las Facultades de Derecho como disciplina fundamental, sin que haya dejado de figurar en los mismos en ningún momento, ni siquiera en los de predominio de tendencias secularizadoras y de ruptura con situaciones de preponderancia eclesiástica (1836, 1868, 1936)¹.

Es evidente que este Derecho canónico precisa un tratamiento metodológico específico, diverso del que pueda corresponder a una Facultad pontificia, o a una consideración histórica del mismo, tanto como parcela independiente dentro de la historia del Derecho en general, o como ciencia autónoma, estrictamente histórica, en el ámbito de las ciencias eclesiásticas. Estos diferentes enfoques se han dado doctrinalmente al Derecho canónico como ciencia histórico-jurídica, habiendo suscitado las consiguientes polémicas, especialmente en el siglo XIX y en el actual, como proceso simultáneo a la secularización de los ordenamientos jurídicos de la sociedad política.

1. J. PÉREZ ALHAMA, *El Derecho canónico en la Universidad española*. En "Ius Canonicvm", IV, fasc. II (1964), págs. 371-412.

En Italia y España se ensayaron procedimientos diversos en orden a conseguir una dirección metodológica, investigadora y didáctica, que respondiera a la peculiar naturaleza de aquel Derecho canónico que se debía impartir en las Facultades de Derecho, independientes ya de la autoridad eclesiástica. En Italia, cuyo proceso de secularización universitaria fue más radical que en España, se recurrió a la creación del Derecho eclesiástico, vaciando de contenido dicho concepto, que fue sustituido por el Derecho emanado del Estado sobre materias eclesiásticas, bajo la influencia del Derecho germánico. En España se recurrió al establecimiento simultáneo con el Derecho canónico de una cátedra denominada «Disciplina eclesiástica general y particular de España». Fruto de estos intentos metodológicos fueron la serie de cursos, lecciones y tratados que vieron la luz pública en la segunda mitad del siglo pasado (Martín Carramolino, Aguirre, Benito Golmayo, Gómez Salazar y La Fuente, Paso y Delgado, Morales y Alonso, Manjón, etc.). Sin embargo, ninguno de estos intentos fue logrado. Sus autores no consiguieron superar el ámbito del mero derecho positivo, viniendo a ser esta ciencia una repetición del Derecho canónico impartido en las Facultades pontificias.

La obra del profesor Maldonado ha logrado aquel objetivo plenamente. Y en el mismo frontispicio de ésta queda consignado «Curso de Derecho canónico para juristas seculares», que constituye ya un gran acierto. Se trata de un planteamiento estrictamente jurídico de un sistema de derecho confesional dentro de la ciencia jurídica general y de los restantes derechos jurídicos de los Estados, así como de una exposición amplia de su influencia en la formación del Derecho en general. Tras este planteamiento debe venir el ensamblaje de las instituciones canónicas relevantes en el ordenamiento jurídico del Estado y la reacción de éste frente a aquéllas, trabajo que el autor promete hacer en el futuro.

En un primer volumen, de gran densidad, nos ofrece el autor lo que llama parte general, en donde se contiene una sección dedicada a la Teoría general del Derecho canónico, en la que a través de cinco amplios capítulos estudia: I. El Derecho canónico. II. Las Normas jurídicas canónicas. III. La relaciones jurídicas canónicas. IV. El Derecho canónico y el Derecho del Estado. V. El Derecho canónico y los otros Derechos religiosos. En la segunda sección estudia el proceso histórico del Derecho canónico, con el enfoque metodológico antes indicado. En seis capítulos se contiene una apretada síntesis del expresado proceso: I. El Derecho canónico primitivo (siglos I-III). II. El Derecho canónico antiguo (siglos IV-VII). III. El Derecho canónico de la alta edad media (siglos VIII-XII). IV. El Derecho canónico clásico (siglos XII-XVI). V. El Derecho canónico moderno (siglos XV-XIX). VI. El Derecho canónico de la codificación (siglo XX). Se cierra este volumen con un apéndice documental que el autor, deliberadamente, califica de «El Derecho eclesiástico del Estado español», dentro de la línea italiana, puesta de relieve en España

por él mismo y por otros², en donde incorpora: Las Leyes fundamentales del Estado español; La Ley de libertad religiosa y el Concordato de 27 de agosto de 1953, con todos los convenios adicionales al mismo. La obra va precedida, en cada una de las secciones, de una selecta orientación bibliográfica con un acertado juicio de valor de cada estudio reseñado (págs. 17-26 y 233-246).

Si uno de los mayores aciertos del profesor Maldonado ha sido el enfoque metodológico de la obra, no lo ha sido menor el del contenido y exposición de la misma, de ingentes dificultades, como se ha demostrado a través del tiempo. Si nos decidiésemos a destacar algunas de las características más salientes de la obra, señalaríamos, entre otras: a) El rigor jurídico en la construcción de la teoría general, en donde ha logrado mantener las líneas generales de las construcciones jurídicas, sin la repetición de éstas, que corresponden a otras ciencias jurídicas, con la elaboración de los elementos estrictamente canónicos. Como aportación peculiar cabe destacar la elaboración del sistema de relaciones entre el Derecho canónico y el Derecho del Estado, construido sobre el sistema de relaciones societarias de Derecho público entre Iglesia y Estado, y que tanto ha preocupado a la doctrina en los últimos tiempos.

b) El haber superado el positivismo jurídico de la escuela llamada de canonistas seculares italianos, en el que habían incurrido aquéllos en su intento de construir una teoría general del Derecho canónico, quedando con ello superada la polémica que durante más de veinticinco años se ha venido sosteniendo.

c) La incorporación del Derecho conciliar a esta construcción jurídico-canónica, rompiendo la crisis por la que atraviesa la ciencia canónica y los canonistas eclesiásticos. Con lo cual ha puesto de manifiesto lo injustificado de esta aparente crisis, toda vez que el Derecho resulta insustituible en toda sociedad externa, y porque, además, lo que se impone y necesita en los momentos actuales es la aportación de los canonistas en orden a elaborar y construir jurídicamente el gran contingente de conclusiones teológico-jurídicas, ofrecidas por el Concilio Vaticano II, labor ésta que corresponde no a los teólogos, sino a los canonistas, ya que la labor de éstos comienza allí donde acaba la de los teólogos.

d) La amplitud técnico-jurídica, dada la teoría general, que ha permitido al autor incorporar, dentro de estrictos criterios jurídicos y teológico-ecumenistas, los diferentes derechos confesionales no católicos, tanto cristianos como ajenos al cristianismo (págs. 199-226), superando con ello anacrónicas construcciones, apologéticas más que jurídicas, del también anacrónico y superado Derecho público eclesiástico. El autor ensaya, además, un sistema de relación entre el Derecho canónico y los

2. A. BERNÁRDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, Madrid, Ed. Tecnos, 1965, con un magnífico estudio introductorio sobre el tema.

restantes derechos confesionales, dirigido hacia un intento para la elaboración de un Derecho interconfesional (págs. 229-236).

c) El peculiar enfoque del estudio de la historia del Derecho canónico, el cual responde al planteamiento inicial trazado por el autor. Una historia no estrictamente canónica, ni referida solamente a las fuentes eclesiásticas, sino una exposición histórica del sistema jurídico-canónico, con sus fuentes e instituciones, con las líneas generales de sus contrucciones técnicas, situado todo ello en el mundo jurídico general, en el que aquel sistema de Derecho vive y se va desarrollando a través del tiempo. Tarea difícil y arriesgada en la que deben concurrir aportaciones muy heterogéneas: las del jurista, el historiador del Derecho, las del canonista y las del historiador de la Iglesia y de las instituciones canónicas. Todo lo cual ha podido realizar el profesor Maldonado, con autoridad y magisterio, para fortuna de todos los juristas e historiadores, ya que a estos aspectos de la ciencia histórico-jurídica ha consagrado su vida.

Esperamos del autor la prometida segunda parte de su obra, dedicada a las «instituciones canónicas que ejercen repercusión en el Derecho civil y a la reacción de éste ante aquéllas» (pág. 13). Y en cuanto a este primer volumen, agradeceríamos al profesor Maldonado, del que me profeso fiel discípulo, que en las sucesivas ediciones consignase al pie de página las innumerables citas introducidas en el texto, con lo que ganaría éste y se dispondría de referencias más completas a la hora de emplear la obra. Igualmente le agradeceríamos que, junto al índice sistemático, ofreciese otros índices, analítico, de nombres, de textos, etc., con lo que facilitaría grandemente el uso y manejo de la misma.

Por lo demás, sólo nos resta felicitar al autor y felicitarnos todos los juristas e historiadores por esta aportación que desde hace más de un siglo se dejaba sentir en la ciencia jurídico-canónica e histórico-jurídica.

Prof. Dr. JUAN PÉREZ ALHAMA

MEDICUS: Id quod interest; Köln-Graz, 1962. VII + 362 págs.

La importancia del tema de esta obra de Medicus y los años transcurridos desde su publicación son motivos suficientes para haberla dado a conocer entre los cultivadores del Derecho romano. Si, a pesar de todo, ofrecemos este comentario es fundamentalmente con la intención de hacer referencia a una cuestión que, si bien es incidental en la investigación del autor, tiene interés para la reconstrucción de algunas fórmulas edictales; nos referimos al problema de la existencia de fórmulas en *id quod interest*, de cuya resolución positiva por parte del autor discrepamos.

Nos limitaremos, por ello, a unas breves referencias a la obra y a los resultados de la investigación para revisar después el punto al que hemos hecho alusión.

1. El tema del *interesse* fue objeto de estudio en diversas ocasiones y desde distintos puntos de vista; a él dedicaron su atención, entre otros, Mommsen (*Zur Lehre vom Interesse*, 1855), Kaser (*Quanti ea res est*, 1935) y Voci, este último en dos trabajos sucesivos (*Risarcimento del danno e processo formulare*, 1938 y *Risarcimento e pena privata*, 1939), estudiándolo desde el punto de vista del resarcimiento del daño.

Los problemas capitales que plantea el *id quod interest* (págs. 1-5) consisten en determinar si es válida la equiparación de aquel concepto romano con lo que la doctrina civilista moderna se entiende por «interés» o resarcimiento del daño, hasta qué punto es exacta la identificación de este concepto con el de *interesse* para el Derecho romano clásico y, en definitiva, en qué consiste y cómo entendían los juristas el *id quod interest*.

Se propone el autor (págs. 5-7) estudiar para el esclarecimiento de estos problemas todos aquellos textos en los que aparece utilizado el término *interesse* en sentido cuantitativo, es decir, en relación con el contenido de una prestación que el demandado debe satisfacer como importe de una condena pecuniaria. El examen de los textos, por consiguiente, se lleva a cabo a través de su agrupación bajo los distintos tipos de fórmulas.

Tras un capítulo preliminar (págs. 8-27) en el que el autor examina el problema de la mención del *interesse* en la *condemnatio* de ciertas fórmulas edictales, cuestión a la que después nos referiremos expresamente, y de la relación de la *mora* con el *id quod interest*, dedica Medicus cuatro capítulos al estudio de las fórmulas en *quidquid dare facere oportet* con (cap. III) o sin *ex fide bona* (cap. IV), a aquellas cuya *condemnatio* toma la forma *q. e. r. est, erit, fuit* (cap. V), dedicando un último capítulo (cap. VI) al examen de las fórmulas en *quanti interest*, las que aparecen referidas a lo *bonum et aequum*, la *actio praescriptis verbis* y los *fideicomisos*; termina este capítulo con una referencia a la evolución postclásica del *interesse*.

Del examen de los textos se derivan conclusiones sumamente interesantes y precisas para la exacta comprensión del alcance y significado del *id quod interest* en el Derecho romano, que dan respuesta a los problemas planteados al principio de la obra; a consignar los resultados de su investigación dedica el autor un último capítulo (cap. VII), del que entresacaremos algunas de las ideas básicas.

Interesse es un término técnico utilizado familiarmente por los juristas clásicos, pero que ya con anterioridad a los mismos había tomado carta de naturaleza en la Jurisprudencia; los preclásicos (juristas de la primera etapa clásica, según otra cronología) lo conocen ya y lo emplean con la misma relativa frecuencia que los juristas posteriores; el término es conocido aún por la Cancillería de rescriptos de Diocleciano,

pero poco después desaparece y con él la comprensión de su significado; reaparece con Justiniano, sin duda, gracias a la labor de las escuelas orientales, pero va experimentando progresivamente una desvirtualización respecto a su significado clásico, tendencia que prosigue en la Edad Media y enlaza con las modernas construcciones a través de la Pandectística alemana.

En la época clásica no puede hablarse de un significado unívoco del término *interesse*, sino de diversos significados en sentido cuantitativo; sólo posteriormente se va configurando como un principio de significación unívoca. Cuatro son los sentidos a los que pueden reconducirse los distintos supuestos de aplicación del *id quod interest*, prescindiendo de casos particulares: 1, «lo que media», es decir, la diferencia entre dos magnitudes antes mencionadas; 2, en otras ocasiones con aquel término se designa un principio de distribución: lo que a cada uno corresponde; 3, puede significar también el suplemento que ha de agregarse a una prestación principal; 4, por último, *interesse* aparece en ocasiones como la suma de lo que el demandante puede exigir al demandado.

El *id quod interest* clásico no es un principio formal sino de valoración; implica la libertad del juez para la evaluación del importe de la condena y su sentido variará según el supuesto de que se trate, ya que no es una regla fija para la estimación de lo que el demandado deberá satisfacer. Entre el *id quod interest* clásico y el moderno concepto de «interés» no existe relación que permita equipararlos, siendo también errónea la identificación del *id quod interest* y el concepto de resarcimiento del daño.

Hasta aquí los aspectos fundamentales de la valiosa investigación de Medicus; su estudio ha permitido poner en claro el verdadero sentido del *id quod interest* clásico y su función en relación con la *condemnatio pecuniaria* para la determinación de cuyo importe es utilizado por los juristas. Nos resta solamente hacer algunas observaciones respecto a las pretendidas fórmulas en *quanti interest*.

2. Rudorff y Lenel reconstruyeron una serie de fórmulas con la *condemnatio* en *quanti interest* (*interfuit*), o bien indicaron como probable una fórmula de ese tipo en ciertos supuestos. En un primer momento, y dada la escasa importancia de la mayoría de estas acciones, la doctrina no opuso grandes reparos a la admisión de esta categoría de fórmulas; Kaser (l. c., 199 ss.) acepta la verosimilitud de su existencia sin entrar a fondo en el problema, si bien rechaza esa reconstrucción en alguna de ellas; la doctrina general admitió tácitamente las reconstrucciones de Lenel. Su crítica fue acometida por Beretta (*Le formule en «id quod interest»*, SDHI, 1937, 418 ss.), quien niega rotundamente la existencia de tal tipo de fórmulas, sosteniendo que éstas no serían sino otros tantos supuestos de fórmulas con *condemnatio* en *q. e. r. est, erit, fuit*; la misma opinión fue defendida por Voci en los dos trabajos antes mencionados (págs. 9 y 22, respectivamente). Medicus se enfrenta con el problema (págs. 8 ss.), aunque se cuida de advertir que el mismo es

accidental respecto a las líneas básicas de su investigación, y admite que la existencia de esta clase de fórmulas puede suponerse con bastante seguridad para algunos supuestos, que estudia, en efecto, bajo aquella denominación (págs. 275 ss.).

Aun reconociendo la validez argumental del autor seguimos creyendo en la viabilidad de la tesis de Beretta y Voci y que es más probable pensar en la inexistencia de las fórmulas en *id quod interest*, dado que no existe base alguna en las fuentes que pueda apoyar una conclusión positiva al respecto, en tanto que el estudio de las numerosas fórmulas en *q. e. r. e.* permite deducir una explicación bastante satisfactoria para considerar aquellos supuestos como casos de fórmulas en *q. e. r. e.* interpretada esta cláusula en el sentido del *interesse*.

La fragilidad de la posición afirmativa se revela ya por los mismos resultados de la investigación de Medicus; en efecto, de los siete supuestos que examina, solamente puede admitir la verosimilitud de este tipo de fórmulas para tres de ellos: la *actio in factum* contra el *argentarius* que no ha querido hacer al cliente la *editio* de las cuentas relativas a sus negocios (Lenel, *EP*, § 9, 2) y las dos acciones de los edictos *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa fuisse dicatur* y *Si ventris nomine muliere in possessione missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* (Lenel, *EP*, §§ 120 y 119), correspondientes ambos al Título XXI (*De liberis et de ventre*) del Edicto.

Dos son los argumentos de Medicus para defender la posibilidad de existencia de una fórmula en el *interesse* en los dos últimos supuestos. Por una parte, se observa que en uno y otro caso dice Ulpiano (D. 25, 6, 1, 4, y eod. 5, 1, 1, i. f.) *praetor actionem quanti agentis interfuit pollicetur...* Según el autor, la expresión *praetor pollicetur* parece referirse más bien al texto mismo del edicto y no ser un simple comentario al mismo, como pretende Beretta. Ahora bien, no es menos cierto que el texto puede también entenderse en el sentido de que, refiriéndose Ulpiano al *contenido* del edicto, dijese que el pretor concedía la acción en el *interesse*, ya que éste era el sentido de la cláusula *q. e. r. e.* inserta en la *condemnatio* de la fórmula.

Pero el argumento al que concede mayor valor Medicus es el siguiente: si la fórmula se expresase en el *q. e. r. e.* el término *res* podría identificarse con *hereditas*, con lo que el importe de la *condemnatio* podría resultar desproporcionado respecto a la sanción que se quiso imponer; para evitar tal equívoco el pretor habría preferido hacer constar expresamente en la fórmula el término *interesse*. Tal cosa pudo haber sucedido efectivamente pero no es necesario que así haya sido; en efecto, sólo en un principio se dio esa relación entre el *ea res* y un objeto concreto, y precisamente es de la cláusula *q. e. r. e.* de donde arranca históricamente la idea de la estimación (Kaser, *Quanti*, 5 ss.); por consiguiente, no hay que pensar necesariamente que el pretor incluyese la mención del *interesse* en la fórmula bajo el temor de la posible confusión a la que Medicus se refiere. La utilización del *interesse* en las fórmulas con *condem-*

natio en *q. e. r. e.* debía de ser lo suficientemente familiar a los juristas y al pretor como para alejar de ellos el temor de la posibilidad de semejante confusión. Puede pensarse, pues, con Beretta que es posible que el pretor concediese algunas acciones con fórmula en *q. e. r. e.* entendido como *quanti interest*, lo que hace decir a Ulpiano *praetor actionem quanti agentis interfuit pollicetur*.

Con lo dicho se explica igualmente la dificultad que encuentra Medicus para admitir la existencia de una fórmula en *q. e. r. e.* en el supuesto de la *actio in factum* contra el *argentarius*; tampoco aquí hay que pensar que existiese el temor de identificar el *ea res* con el valor material del documento en cuya *editio* se negó el banquero; ante la negativa a practicar la *editio*, el importe de la condena de la acción penal correspondiente sólo podía consistir en la cuantía del daño sufrido por el doloso comportamiento del *argentarius*, que podía coincidir o no con la suma contenida en el documento cuya *editio* se exigía con finalidad probatoria. Ello es perfectamente compatible con la existencia de una fórmula en *q. e. r. e.*, en la que esta cláusula vendría interpretada en el sentido del *interesse*: *quanti agentis intersit editas sibi rationes esse* (D. 2, 13, 10, 3). La confusión apuntada por Medicus no se produce tampoco en los supuestos de hurto o destrucción de documentos que impiden disponer de un medio de prueba con el que se hubiese ganado un proceso; la fórmula es en estos casos en el *q. e. r. e.* interpretada en el sentido del *interesse*; Gayo (D. 2, 13, 10, 3) recuerda ambos supuestos en relación con la acción penal contra el *argentarius* de que venimos hablando.

Por todo ello, no existiendo constancia alguna en las fuentes acerca de la existencia de este tipo de fórmulas y sabiéndose ciertamente que el *q. e. r. e.* se interpreta en muchísimas ocasiones en el sentido del *id quod interest* no vemos motivo, siguiendo a Beretta y Voci, para no extender aquella cláusula también a las tres únicas fórmulas para las que Medicus todavía no la admite. Aun reconociendo con el autor que no hay que pensar necesariamente en la unidad del Edicto históricamente, podemos concluir diciendo con Beretta que «todo aquello que conduce a la unidad, en paridad de condiciones, debe ser preferido».

ALEJANDRINO F. BARREIRO.

MEREA, Paulo: *Historia e Direito (Escritos dispersos)*, Tomo I, Coimbra, 1967, 331 pág.

Un nuevo volumen, editado también por la Universidad de Coimbra (Acta Universitatis Conimbrigensis), viene a unirse a las tres anteriores que bajo el título Estudios de Direito Visigótico (1948) y Estudios de Direito Hispánico Medieval (1952 y 1953) recogen la obra del insigne maestro portugués dispersa en múltiples revistas.

Aunque el epígrafe *Historia e Direito* pudiera sugerir que el volumen

reseñado es una miscelánea de artículos históricos unos, jurídicos otros, no es ese el recto sentido del título con el que el autor pretende tan sólo señalar el doble aspecto de una obra uniforme histórico-jurídica en la que la Historia y el Derecho se funden en la más perfecta simbiosis y equilibrio.

He aquí el elenco de los artículos recogidos en el presente volumen, que pueden dividirse en tres series diversas:

I. *Direito romano e visigótico*

1. "Precarium" e "Stipendium", Bol. Fac. Dir. Coimbra 35 (1959).
2. A Lei IV, 5, 5 da Lex Visigothorum e o poder paternal do Direito visigótico B. F. D. Coimbra 41 (1965).

II. *Direito Hispánico Medieval*

3. Filii bene natorum, Cuadernos de Hist. de Esp. (en prensa).
4. O poema do Cid e a Historia do duelo, B. F. D. Coimbra 37 (1961).

Sobre o juramento no Direito medieval

5. Nota sobre a Lex Visigothorum II, I, 23, A. H. D. E. 21-22 (1951-1952).
6. Juramento e duelo nos foros municipais, B. F. D. Coimbra 33 (1962).
7. Sobre o regime da prova nas demandas de mulher forçada.
8. O enigma da manquadra, B. F. D. Coimbra 32 (1956).

III. *Sobre as origens de Portugal*

9. De "Portucale" (civitas) ao Portugal de D. Henrique (Porto, 1967). Apêndice: correcções e aditamentos aos *Documentos Regios* por Rui de Azevedo.

10. Sobre a concessão da Terra Portugalense a D. Henrique, reunião de tres artigos: A. H. D. E. 2 (1925), A. H. D. E. 13 (1936-1941), B. F. D. Coimbra 39 (1963).

11. O tratado de Tui de 1137 do ponto da vista jurídico, Rev. Port. de Historia 6 (1955).

Sólo la lectura de estos epígrafes, aunque nada se hubiera añadido al texto original ya publicado bastaría para prender el interés de los juristas historiadores hacia una colectanea tan densa, rica y variada que nos presenta reunidos en un volumen trabajos que se hallan repartidos en un lapso de tiempo superior a los 30 años.

Pero es que además de publicarse dos de ellos, los números 3 y 7, por

primera vez, todos los demás con excepción del 2, 6 y 8, han sido retocados y puestos al día, algunos de ellos con muy notables modificaciones o adiciones que los convierten en obras nuevas, como el 10 y 11.

No es éste el lugar de tomar postura ante las múltiples sugerencias, hipótesis y aseveraciones originales que esmaltan por doquier esta miscelánea del profesor Merea. Señalaremos tan sólo que en toda ella brilla el sello personalísimo del gran maestro portugués; ese trabajo menudo, fino, concienzudo, casi de orfebrería con que reúne y analiza pacientemente los datos todos de las fuentes con una honradez y humildad científica que acrecienta todavía el encanto de esas obras de arte que constituye cada uno de los artículos del profesor Merea, inapreciable modelo de metodología jurídico-histórica.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ

PÉREZ ALHAMA, Juan: *La Iglesia y el Estado Español (Estudio histórico jurídico a través del Concordato de 1851)*. Prólogo del Ilmo. Sr. D. Lamberto de Echeverría, I. E. P., Madrid, 1967.

El título de este libro quizá debiera ser el siguiente: "Génesis diplomática del Concordato de 1851"; al menos sería, a mi modo de ver, fiel reflejo de su contenido. El profesor don Lamberto de Echeverría, tras alabar en su prólogo los méritos del autor y el interés y actualidad del tema, indica que éste no ha quedado agotado, es decir, que "el libro de Pérez Alhama se queda corto". El propio autor, en la página 18, declara que su libro ha sido escrito "sin la menor pretensión de haber agotado el tema". Y en la página 450, ya hacia el final de la obra, y aludiendo a los problemas que pronto se plantearon en orden a la ejecución del Concordato, P. A. escribe: "La inestabilidad política bien pronto trajo la violación del Concordato, la usurpación de bienes, etc., dando lugar al Convenio adicional de 25 de agosto de 1859, promulgado en España mediante la Ley del 4 de abril de 1860, hechos que caen dentro de nuestro estudio y de los que nos ocuparemos más adelante en otro trabajo". Así pues, la ejecución y la modificación del Concordato muy poco después de su promulgación como ley en España son problemas no estudiados en este libro y quedan reservados como materia de otro futuro trabajo; y lo mismo puede decirse a mi entender con el punto muy importante de la acogida del Concordato en España, cuestión a la que P. A. sólo dedica un breve párrafo en la página 447 del presente libro. Por todo ello, puesto que cuando nace el Concordato de 16 de marzo de 1851 termina el libro de P. A., creo que el verdadero tema de esta obra es la génesis diplomática de aquél. Este aspecto sí que puede considerarse exhaustivamente tratado por P. A.; su estudio es muy extenso (abarca desde la página 57 hasta la 461, seguido de apéndices documentales que ocupan otras doscientas páginas), y está realizado sobre fuentes documentales tomadas de archivos diplomáticos,

concretamente del de la Sagrada Congregación de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios de la Santa Sede y de los archivos de los Ministerios españoles de Asuntos Exteriores y Justicia. Dada la abundancia de fuentes inéditas que ha manejado P. A. y la minuciosidad del análisis con que ha seguido todos los pasos de la lenta y complicada elaboración diplomática del Concordato de 1851, pienso que el mayor fruto del libro que comentamos y el mayor mérito de su autor estriban en el esclarecimiento de dicha gestación diplomática.

Pero hay una cuestión previa muy importante. La mayor dificultad durante la negociación entre los Gobiernos moderados de España, y la Santa Sede consistió en resolver satisfactoriamente la situación económica del clero en España. Las leyes desamortizadoras de bienes eclesiásticos habían dado lugar a graves problemas que, obvio es decirlo, no tenían fácil solución. El telón de fondo del Concordato de 1851 está constituido por la desamortización eclesiástica y sus efectos. Por eso P. A. se ha creído obligado a tratar los presupuestos políticos y económicos del Concordato, enmarcándolos en una panorámica de las "líneas generales" del siglo XIX español. El propósito me parece muy elogiable. En el presente libro son pocas las páginas que el autor dedica a estos problemas, resumiendo en ellas los resultados de un anterior trabajo suyo de inequívoco título: "Presupuestos político-económicos al Concordato español de 1851" (en "Scriptorium Victoricense", IX, 1962, págs. 69 a 100 y 245 a 275). Paso a referirme conjuntamente a las páginas 25 a 53 del libro comentado y al estudio citado, en cuanto es complemento, apoyo y desarrollo de aquéllas.

No comparto muchos de los juicios de valor, casi siempre rotundamente condenatorios, de P. A. contra el siglo XIX y contra la desamortización eclesiástica; así cuando en la página 33 del libro escribe: "Las consecuencias de esta panorámica política, aunque estuviesen inéditas, serían fácilmente previsibles, la desolación, el exterminio, la revolución, la guerra. El blanco principal sobre el que recayó la furia revolucionaria fue la Iglesia". Párrafo simplista, sentencioso y sin apoyo razonado. O cuando en la página 88 ("Presupuestos...", loc. cit.) se lee: "Desaparecido el sentido de la responsabilidad social, desposeídos los hombres del sentido religioso, la fórmula era bien sencilla, abalanzarse sobre los bienes de la Iglesia, para con ellos saldar los tremendos déficit que arrojaba la economía nacional y dar prosperidad a la nación. Este fue el lenguaje de todos los políticos que gobernaron y decretaron la desamortización". Afirmación tan tajante y condenatoria carece de apoyo alguno, pues en la nota correspondiente P. A. escribe: "Omitimos sus testimonios, pues éstos pueden ser infinitos con sólo abrir las páginas de los Diarios de Sesiones de Cortes de las diferentes épocas en que ésta se incubía y se desarrolla"; y como ejemplo transcribe un párrafo de la Reina María Cristina que nada tiene que ver con el duro aserto contra los desamortizadores. Me parece grave achacar la política desamortizadora a falta de responsabilidad social y aún más a pérdida del "sentido religioso": estoy seguro de que muchos de

ios autores de la desamortización eclesiástica (firmantes y votantes de Constituciones como la del 12 y el 37 que, como el propio P. A. recuerda, afirmaban la confesionalidad del Estado) se hubiesen indignado ante tales acusaciones. Por otra parte es inexcusable tener en cuenta que la política desamortizadora empezó ya en el reinado de Carlos III contra bienes municipales y siguió durante las Cortes de Cádiz preferente e inicialmente contra estos mismos bienes, lo que quiere decir que la fórmula desamortizadora comenzó a aplicarse contra bienes no eclesiásticos antes de que nadie "se abalanzase sobre los bienes de la Iglesia". Convendría no omitir los testimonios de quienes emplearan el "lenguaje" denunciado por P. A.; no valen científicamente las alusiones genéricas, pues encierran, como aquí, meras acusaciones no demostradas. Algo análogo sucede cuando en la página 269 ("Presupuestos...", loc. cit.) reproduce y hace suyo el juicio de Menéndez Pelayo acerca de la desamortización eclesiástica, considerándola culpable de "el terrible espectro de lo que llaman la *cuestión social*, no conocido antes, ni aun de lejos y por vislumbres, en España".

No es mi intención polemizar con P. A. acerca de la justificación o acierto de la desamortización eclesiástica. Me consta, por lo demás, que no se le puede exigir un acabado estudio de tan compleja cuestión, que él trata de modo introductorio o previo a su trabajo principal. Pero pienso que es inadecuado su modo de abordar tan espinoso problema sobre el que emite juicios severísimos que sólo serían admisibles tras un examen agotador de fuentes y textos. Las opiniones de P. A. sobre la desamortización eclesiástica más parecen hijas de posiciones ideológicas determinadas "a priori", que de un sereno y detenido estudio de las leyes desamortizadoras o de obras fundamentales sobre el tema. Resulta, por ejemplo, sorprendente no ver citado por P. A. ni una sola vez el "Informe sobre la Ley Agraria...", de Jovellanos, hombre fundamental en este problema y del que nadie puede decir que estuviera privado de responsabilidad social ni exento de sentido religioso, pese a ser radicalmente partidario de la desamortización en general, y, por tanto, también de la eclesiástica. Es igualmente raro que P. A. no cite ni haya manejado el importante "Colectivismo agrario...", de J. Costa, que tantas y tan magníficas páginas dedica a autores clásicos españoles (desde Vives a Flórez Estrada) en función del problema de la propiedad de la tierra. Es claro que Jovellanos y Costa (y como éste los autores por él estudiados) no tuvieron la misma forma de enfocar el problema de la desamortización (personalmente estoy mucho más cerca de Costa que de Jovellanos); pero la lectura de sus obras permite sentar algunas afirmaciones elementales que acaso hubiera debido tener en consideración P. A. al estudiar esta cuestión previa al Concordato del 51, por ejemplo, las siguientes: 1) Que el fenómeno desamortizador no fue obra de hombres impíos o irreligiosos; 2) Que acerca de cómo llevarlo a cabo no hubo un único criterio, sino varios y contrapuestos y duramente discutidos en las Sesiones de Cortes; 3) Que el problema de la concentración y la inmovilización de la propiedad agraria en manos de

la nobleza y el alto clero fue ya denunciado mucho antes del siglo XIX como uno de los elementos constitutivos de esa "cuestión social" agraria, que para Menéndez Pelayo y P. A. parece nacer exclusivamente como fruto de la desamortización eclesiástica.

Hay también algunas afirmaciones difícilmente sostenibles y alguna omisión extraña. Así, en páginas 96 y 97 ("Presupuestos...", loc. cit.), afirma que en 1837 "la Iglesia se hallaba ya desposeída de la mayor parte de sus bienes raíces..."; no acierto a comprender cómo pudo ser así, ya que la primera ley importante sobre desamortización de bienes eclesiásticos es la de 19 de febrero de 1836—que por cierto no veo citada por P. A.—; es decir, la primera ley de Mendizábal, referida a la nacionalización y venta de los bienes del clero regular; y la segunda ley desamortizadora, también de Mendizábal, y en concreto sobre bienes del clero secular es de 29 de julio de 1837, pero según reza su articulado no debía ponerse en ejecución inmediatamente.

En esta misma ley—que P. A. cita en dos ocasiones en su libro (páginas 38 y 47) como texto en el que se suprime el diezmo eclesiástico, lo cual es rigurosamente exacto—hay un precepto fundamental de cara a la problemática relativa a la dotación de culto y clero, tan importante para el Concordato y durante la elaboración de él; me refiero al artículo que vincula el importe obtenido con las ventas de los bienes del clero secular al mantenimiento del culto y clero; en la misma ley (artículo 7) se especifica que los gastos de ese género que no pueden cubrirse con el importe de las ventas se garantizarían con la creación de una contribución (de un "repartimiento") complementaria. No comprendo por qué no menciona en ningún pasaje de su libro P. A. tan importante antecedente de las leyes sobre dotación del clero; el precepto de la Ley de 29-VII-1837 viene a demostrar que el propio Mendizábal admitió la obligación del Estado a hacer frente a los gastos de culto y clero como consecuencia de la desamortización eclesiástica. Otra cosa es, y esto sí lo pone claramente de manifiesto y de modo muy certero el profesor P. A., que el Estado viniera debiendo durante varios años seguidos grandes cantidades al clero español por este concepto, lo que contribuyó a hacer difícilmente sostenible la posición social de muchos sacerdotes españoles.)

Otra afirmación que no comparto es la siguiente (pág. 59 del libro): "La única fórmula aplicable (se refiere al momento en que llegan al poder los moderados) era que la Santa Sede, mediante un acto de largueza y generosidad, sanase y legitimase las ventas realizadas". A mi modo de ver la "largueza y generosidad" pudo demostrarla la Santa Sede mucho antes y no lo hizo; precisamente en un párrafo del "Informe...", de Jovellanos (el número 182), se instaba a la jerarquía eclesiástica a actuar de ese modo; pero, por el contrario, la Iglesia luchó sin concesiones por conservar todos sus bienes en España mientras estimó que podía vencer en tal lid. Después, en 1843, 1845 o años sucesivos, la santa Sede, desamortizados muchos de los bienes del clero español, perdida la causa carlista, y con un Go-

bierno moderado en el poder, dispuesto favorablemente a la negociación con Roma, adoptó (como se desprende de muchos pasajes del libro de P. A.) una actitud que yo calificaría de hábil, enérgica y realista, consistente en: a) recuperar los bienes eclesiásticos todavía no vendidos, lo que logró por la Ley de 3 de abril de 1845; b) obtener una satisfactoria dotación del clero; c) subordinar a los dos puntos anteriores el reconocimiento de las ventas de bienes eclesiásticos ya realizadas. No veo en todo ello "largueza y generosidad", y el propio libro de P. A. contribuye a poner de manifiesto la inteligente dureza diplomática con que actuó la Santa Sede en toda esta espinosa negociación.

Aquí se cierra el paréntesis de mis principales discrepancias con el libro y el trabajo anterior (al que expresamente se remite el autor en varias ocasiones) de P. A.; la importancia del libro y del tema hacían aconsejable, a mi entender, un comentario crítico de su manera de enjuiciar algunos aspectos de la desamortización eclesiástica, que, como repetidamente afirma P. A., constituía el presupuesto económico del Concordato. Sin comprender aquélla no es posible explicar enteramente el Concordato por ello era lógico que P. A. estudiase la desamortización y que el comentarista de su libro puntualizase su discrepancia con P. A. en esta materia.

En toda la negociación del Concordato, tan minuciosamente descrita por P. A., la cuestión principal fue la económica; en este sentido puede calificarse el Concordato de 1851 de "Concordato económico" (pág. 461). La dotación del clero, el reconocimiento de la capacidad de la Iglesia para adquirir toda clase de bienes, y la restitución de los bienes no vendidos, eran ya en el Convenio de 27 de abril de 1845 los puntos básicos a los que Roma condicionaba el reconocimiento de las adquisiciones de quienes habían comprado bienes eclesiásticos desamortizados (artículos 8 a 11 del Convenio). Pero este acuerdo, en cuya elaboración tuvo parte principalísima Castillo y Ayensa, no fue ratificado por el Gobierno español, quien envió a Roma a otro ministro (Riquelme) para que se esforzara en lograr ciertas rectificaciones del Convenio que lo hicieran aceptable y que permitieran al Gobierno acudir ante las Cortes (que debían abrirse el 15 de diciembre de 1845) con la grave cuestión de las relaciones con Roma firmemente encauzada. No fue posible tan rápido acuerdo, y después de rendir cuenta ante las Cortes de este problema, el Gobierno español ya no se apresuró a intensificar las negociaciones.

El año 1846 fue de escasa actividad negocial. En España hubo varios cambios de Gobierno; en Roma murió Gregorio XVI y subió al Solio Pontificio Pío IX el 16 de Junio de 1846. Los frecuentes cambios de Gabinete en España y la crítica situación política que atravesó el Papado en Italia durante los años siguientes, crearon sendos obstáculos para la conclusión del acuerdo entre la Santa Sede y España. No obstante el nombramiento de monseñor Brunelli como Nuncio en España permitió que los contactos no se interrumpieran durante el periodo de residencia for-

zosa de Pio IX en Gaeta, y que las negociaciones fueran lentamente progresando.

Un factor también importante y positivo fue la creación, por iniciativa de Brunelli, de una Junta mixta encargada de estudiar con enfoque general y planteamiento ambicioso todos los problemas pendientes entre Madrid y Roma. Hacia noviembre de 1848 la Junta terminó un "Proyecto general sobre el arreglo del clero en España", acompañado de una "Memoria" explicativa del mismo. (Ambos documentos son incluidos por P. A. como apéndices a su libro.) De ellos arranca el verdadero origen del Concordato; el problema económico, escribe P. A. (pág. 254), "que venía condicionando la sistematización de las relaciones entre la Iglesia y el Estado pasa a ser, a partir de este momento, un capítulo más dentro de las negociaciones generales, aunque muy importante y de difícil solución".

Por otra parte, en el Gobierno español, el marqués de Pidal y don Alejandro Mon se esforzaron por concluir el acuerdo con Roma. Fruto de su política es la importante Ley de dotación del clero de 20 de abril de 1849, que pasó "casi íntegra y literalmente" al Concordato de 1851, y que, gozando de la aceptación de Brunelli, fue una sólida base de acuerdo para hacer progresar las negociaciones.

Como consecuencia de todo ello y dentro de esta etapa de relaciones directas entre España y Brunelli, se redactó el Proyecto de Concordato desarrollado en 44 artículos; lo elaboró el marqués de Pidal, lo entregó a Brunelli y éste lo envió a Roma acompañado de extensas observaciones suyas al articulado. Ya sólo faltaba que Roma diese su aprobación a lo negociado entre Brunelli y el Gobierno español. Aún hubo que introducir nuevas modificaciones, unas exigidas por Roma y otras por el Gobierno de Bravo Murillo, que sustituyó al de Narváez.

Por fin se firmó bilateralmente el Concordato el 16 de marzo de 1851, y aunque todavía se plantearon algunos incidentes, el Gobierno español lo promulgó como ley del reino en la Gaceta del 17 de octubre. El texto bilingüe del Concordato y el latino de la Alocución pontificia—que, por cierto, fue mal acogida en España—están incluidos por P. A. en las páginas 408 a 445 de su libro. Termina éste con breves alusiones a la mala acogida que tuvo en España el Concordato, y con una valoración crítica de la actitud española y del contenido del texto concordatario.

Quiero terminar esta reseña haciendo mías algunas palabras del prologuista, profesor Echeverría, quien afirma que "importa mucho conocer cómo fue la aplicación" del Concordato en España, y anima al profesor P. A. a que continúe y concluya su estudio sobre dicho texto, cumpliendo en este sentido las promesas que hace en varios pasajes de su libro. Animémosle, en efecto, a ello; es de desear que así sea y que lo haga con el mismo rigor con que ha estudiado la génesis diplomática del Concordato de 1851.

PONTEIL, Felix: *Histoire de l'Enseignement en France. Les grandes étapes 1789-1964*. París, 1966, 454 págs.

El libro que presento es difícil de resumir. Su interés sirve—por la multitud de sus datos— a una primera aproximación a la historia de la enseñanza francesa, si bien el intentar abarcarla toda —no se limita a la superior, como Liard, por ejemplo— y la extensión de su cronología dificultan dar en breve espacio noticia fiel de su contenido. Por otra parte, está hecho sobre la bibliografía crítica dedicada a la enseñanza—muy numerosa—, de la que trae extenso repertorio; ello le da zonas más ampliamente tratadas, otras menos, acumulación de datos, quizá no del todo ordenados. Pero, en todo caso, puede ser útil para una visión de lo que ha sido y es la enseñanza en Francia. Personalmente me interesa la historia de la enseñanza del Derecho. Y como la parte de Universidad está en menor proporción —posiblemente hay menos cambios— me resulta de menor interés. Insistiré precisamente en su trazado de la evolución universitaria francesa.

Un preliminar acerca del Antiguo Régimen y tres libros, dedicados a diferentes periodos, componen este trabajo de síntesis sobre la enseñanza francesa. Quizá no acaba de perfilar con toda claridad los distintos periodos, las diversas cuestiones alrededor del XIX y XX. Aparte le da —tal vez— un contenido excesivamente apasionado, como reconoce en su prólogo. Veamos si logro dar idea de lo que puede hallarse en sus páginas.

Preliminar. La educación nacional en las vísperas de 1789.—En esta fase previa descansa en manos de la Iglesia, principalmente de las distintas órdenes de regulares, la enseñanza en sus tramos inferiores. Las Universidades están en decadencia. Describe la de París, con sus distintas facultades de artes, teología, derecho, medicina. En ella, como en todas, la situación es deplorable. Es verdad que afloran ideas nuevas, desde el cartesianismo a la enciclopedia, el derecho público, pero se desarrollan fuera de las Universidades. Una serie de academias completan la enseñanza de las Universidades, en ciencias naturales, economía, historia, administración y similares. El problema del latín—de la enseñanza en esta lengua— produce también innumerables discusiones, problemas. Hay una consciencia de crisis en vísperas de la Gran Revolución.

Libro I. La creación de una Universidad nueva. 1789-1814.—La influencia de la conmoción sufrida por la Francia de fines del XVIII se reflejará —como en punto principal— en las cuestiones de enseñanza. Una serie de medidas van destruyendo la Universidad antigua, mientras numerosos proyectos revolucionarios quieren alcanzar a sustituirla por otras formas más modernas, más completas. Mirabeau, Tayllerland, Condorcet, son autores de algunos. Otros muy dispares—especialmente el jacobino de Le Peletier de Saint-Fargueau— quieren dar vida a una forma enteramente nueva de enseñanza. Ya la Convención logra las primeras reali-

zaciones, la reacción de Thermidor las completa con la enseñanza en sus distintos grados, incluso las escuelas especiales, a que queda reducida la superior.

En 1802, ya por inspiración de Napoleón, surge una reforma más coherente. Fourcroy, tras una serie de proyectos y esfuerzos la logra. La ley de floreal del año X (1802) la organiza en todos sus tramos, poniendo, como pieza esencial los liceos, centros máximos de formación. La enseñanza del derecho—o de cualquier otra facultad—queda como apéndice especializado de éstos. Sin embargo, no lleva a cabo la organización completa, quedando fuera una serie de instituciones, la Escuela politécnica, por ejemplo, creada algo antes, el Colegio de Francia. Pronto cambiará esta estructura.

Napoleón Bonaparte, en la plenitud de su poder, crea en 1806 la Universidad Imperial, como cuerpo conjunto de quienes enseñan, para fortalecimiento del Imperio y de su dinastía. Una marcada jerarquía—desde el *Grand Maître* a los rectores—informa todo el cuerpo docente. En cierta manera es vuelta a lo anterior, al sentido corporativo, de unión de las facultades, anterior a la Revolución. Porque ésta, sobre todo, pretendía—aunque no unitariamente—confiar la enseñanza superior en diversas escuelas especiales de tipo profesional. Los liceos ahora se completan con Universidades en que se entrelazan las cinco facultades de teología católica—o protestante—, derecho, medicina, ciencias y letras. También en 1808 se comienza la conocida *Ecole Normale Supérieure*. La relación con la Iglesia se suaviza mediante Concordato con la Santa Sede. Sin embargo, hacia 1811 un nuevo distanciamiento tiene lugar. el Estado se muestra potente en relación a la enseñanza religiosa, incluso en los seminarios conciliares.

Libro II. La lucha por la libertad de enseñanza. 1815-1870.—En los comienzos de la Restauración borbónica parece que va a continuar el régimen anterior, si bien la Iglesia se libera de la tutela estatal. Pero pronto la ordenanza de 17 de febrero de 1815 introduce modificaciones; no se quiere que la Universidad sirva a ideas políticas, descentraliza. Sin embargo, no llega a aplicarse y la de 15 de agosto de 1815 vuelve al sistema de Napoleón, si bien crea como cúspide de la enseñanza una comisión o consejo de instrucción pública. Guizot, Royer-Collard, son sus defensores, si bien se le combate acerbamente. Puede decirse que un cambio de mentalidad vive en las estructuras anteriores. A lo largo de los años de la Restauración se discute las ventajas de la multiplicación de los establecimientos de enseñanza, la concentración. Voces se levantan por la libertad de enseñanza en Francia.

La revolución de 1848 trae renovados aires. Parece que va a imponerse la libertad de la enseñanza. También hay un interesante proyecto sobre una escuela de administración para los funcionarios. Nada llegará a realidad. Incluso la orientación varía con la elección de Luis Napoleón en 10 de diciembre de 1848. Falloux—legitimista y católico—da un viraje

a aquellas pretensiones al ser nombrado ministro de Instrucción a fines de año. Comisiones, discusión: por fin, una ley de 15 de marzo de 1850, votada por 399 contra 237, que arregla la estructura de la enseñanza. La ley Falloux se ocupa de la primaria y la secundaria, sobre todo; pero, además, la organización completa y la orientación. Ponteil examina su contenido: la Universidad queda al margen de la reforma, que ha establecido la enseñanza como un servicio público que se extiende a todo el país. Si bien no se la arregla, sus bienes pasan al Estado por la ley de 7 de agosto de 1850; la deuda del Estado que poseía se borra y tacha del Gran Libro de la Deuda. Queda a un lado, pues, y la Iglesia, fundadora de numerosas escuelas libres al tenor de la ley, tampoco se interesa por ella. Luego parece empezar una persecución contra sus cuadros, que Ponteil sitúa desde el decreto de 9 de marzo de 1852; en algunos casos se varía su enseñanza: por ejemplo, el derecho constitucional se cambia a romano. La enseñanza superior decae constantemente. Incluso, como su investigación es tan limitada, se creará una Escuela práctica de altos estudios, con secciones de matemáticas, físicas, naturales, historia y filología, económicas, que se encarga por Duruy de la investigación, a que no alcanza la triste Universidad.

Pero hacia 1854-1856 surge una suavización de esta orientación contra la Universidad. La época —llamada de tribulaciones por Ponteil, respecto de la Universidad— vive, en cambio, una serie de modificaciones y variaciones en la enseñanza secundaria, que buscan perfeccionarla, bifurcando —en parte— su enseñanza, hasta 1864. La enseñanza profesional y técnica, por otro lado, se multiplica y completa.

Libro III. Hacia la democratización de la enseñanza. 1871-1964.—La tendencia iniciada se continúa en los últimos años de poder de Napoleón III. Los ministros Duruy y Rouland facilitan esa dirección. Y, por fin, en 1875 y 1879 se reforma ampliamente la enseñanza. A partir de 1880 —es Jules Ferry ministro— hay un movimiento general de reforma, en primaria y secundaria, sobre todo. Hacia 1891 desemboca ya más claramente sobre la reforma de la Universidad, siempre la última. El movimiento es partidario de volver a las formas de la Universidad, integrada, núcleo de todas las facultades, corporación. En Alemania es esta forma la que se mantiene, dentro de un gran esplendor. Una serie de proyectos —en que no entro— llevan a dotarla de personalidad, ya desde 1885, a formar cuerpo de las distintas facultades, a dotar de mayor poder a su rector y cuerpo, a dotarlas convenientemente. Y se llega a la reforma de 1902. Ponteil nos proporciona, además, una visión de las tendencias existentes en materia de enseñanza: Bergson, Blondel, Taine... Las ideas se agitan en relación con estos problemas en los momentos de la Tercera República francesa.

Todavía examina reformas posteriores, hasta llegar a la más inmediata actualidad. Las reformas de 1923 y 1925, las realizaciones del Gobierno de Vichy, las hechas desde 1945, que suponen la Universidad actual.

Después, una extensísima aportación bibliográfica, ordenada por capítulos, de gran interés; índice de nombres y de instituciones; el índice general. Esta es la línea general de la obra, por lo demás con enorme cantidad de datos sobre el desarrollo de la Universidad francesa, que se apoyan en la extensa bibliografía anotada al fin.

M. PFSET REIG

Régimen de la tierra. Estructuras económicas y sociales. Historia de las ideas. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto de Investigaciones Históricas (Anuario, 7). Rosario (Santa Fe, Arg.), 1964. [Impr. 1965], 348 págs.

Recopilación de artículos que no sólo versan sobre las materias indicadas en el título, sino que a ellos se añaden otros agrupados bajo el epígrafe general de *Orientaciones* y que versan sobre metodología, historia económica e incluso instituciones políticas. También se incluye un resumen de las *Jornadas de Historia y Economía Argentinas en los siglos XVIII y XIX* (Rosario, septiembre de 1964).

Al régimen de la tierra se dedican tres artículos. El primero, de DANTE RUGGERONI, versa sobre *Un siglo de luchas por la tierra y el agua. Santa María (Catamarca) (1771-1871)*. En él, y sobre documentos parroquiales de la citada localidad argentina, se analizan los litigios entre los mayordomos nombrados por la parroquia, propietaria de las tierras citadas, y los arrendatarios y otros propietarios de las mismas. ALBERTO J. PLA se ocupa de *La propiedad rural en América Latina*. Ofrece algunas consideraciones de tipo metodológico, con el fin de dilucidar el carácter feudal o capitalista de la economía colonial americana y llega a la conclusión de que faltaron condiciones esenciales para el desarrollo del capitalismo: mercado interior y obrero asalariado libre, sustituido este último por la encomienda de raigambre feudal. Seguidamente señala las supervivencias de la época de dominio español que se advierten en la estructura de la propiedad en Hispanoamérica y las tentativas hechas con posterioridad a la independencia para modificarla: colonización y reforma agraria. El trabajo termina enumerando las diversas formas de tenencia de tierras. El epígrafe se cierra con un artículo de ROBERTO CORTÉS CONDE sobre *El régimen de la tierra en la Argentina*, en el cual se analizan estadísticamente las más recientes tendencias. Concluye que la expansión agrícola se ha realizado y en buena parte se continúa realizando, con inversiones bajas, vinculadas a explotaciones en gran escala, con grandes extensiones de tierras y poco costo de trabajo (arrendamiento); pero que hoy día, con escasas tierras que incorporar y costo de trabajo elevado, es absolutamente necesario el incremento de la tasa de inversión si se quiere aumentar la producción.

El epígrafe de Estructuras económicas y sociales se inicia con un trabajo de JOSÉ-GENTIL DA SILVA, titulado *Moneda, desarrollo y estancamiento secular. La España del siglo XVI, vista desde Sevilla*. En él, mediante el análisis detenido de un documento del Archivo de Simancas que recoge el registro oficial de la salida de oro y plata de Sevilla (enero 1570-octubre 1571), se indica la distribución de dichos metales por las distintas regiones peninsulares y su inversión en los sectores de la economía. Con ello brinda un interesante esquema, según el cual se podrían abordar estudios análogos para otras épocas y lugares. Seguidamente se incluye un artículo de GONZALO ANES ALVAREZ: *En España durante el siglo XVIII: auge económico y permanencia de estructuras tradicionales*. En él señala cómo el aumento del nivel de consumo que sobreviene en España en el siglo XVIII no va acompañado de un aumento proporcional de la producción, debido a la permanencia de unas estructuras de carácter señorial en el régimen de posesión de la tierra. Esta permanencia es debida a que los grupos sociales llamados a modificarlas, burguesía y campesinado, carecían de fuerza suficiente. La burguesía, falta de unión e inoperante, no pesa bastante en la vida española como para considerarla motor de la revolución del siglo XVIII (contra la tesis de Rodríguez Casado). Los campesinos eran demasiado pobres como para esperar mejorar su suerte adquiriendo tierras. El último artículo incluido en este apartado se debe a EZEQUIEL GALLO (h.) y versa sobre *Santa Fe, en la segunda mitad del siglo XIX. Transformación en su estructura regional*. En él se sintetizan los cambios que como consecuencia de un vertiginoso proceso de crecimiento se verifican en la citada provincia argentina. Se señala el mecanismo de este cambio, sobre todo en lo que respecta al comercio y la agricultura, y se indican sus consecuencias político-sociales, y en particular las mutaciones regionales que se verificaron dentro de la misma provincia.

Dos artículos se incluyen en el epígrafe de *Historia de las ideas*. El primero, de MANUEL DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA: *Lardizábal, un penalista ilustrado*, ofrece un documentado estudio sobre el citado jurista (1739-1820), nacido en la provincia mejicana de Tlaxcala, que desempeñó diversos cargos en España bajo Carlos III. Se comentan sus obras y sus ideas, que se difundieron no sólo por España, sino por Europa. En segundo lugar se ofrece *Una utopía olvidada: "El Humanisferio" de Joseph Déjacque*, por ANGEL J. CAPPELLETTI, que hace un detenido comentario de las ideas contenidas en la citada obra, escrita por un obrero francés a mediados del siglo XIX y que contiene indudables semejanzas con la que más tarde sería ideología del socialismo.

El epígrafe de *Orientaciones* es el más amplio por el número de artículos (cinco en total) y menos concreto por el tema de los mismos. Se inicia con el de REYNA PASTOR DE TOGNERI *Un nuevo testimonio para la investigación histórica: La fotografía aérea*, que señala las posibilidades que brinda la utilización de la fotografía como elemento auxiliar del

historiador. A continuación se inserta un ensayo de tipo metodológico debido a RUGGIERO ROMANO: *Caracterización histórica del desarrollo económico*. En él se señalan las coincidencias y divergencias entre los métodos de investigación de economistas e historiadores de la economía. Seguidamente se analizan los caracteres históricos del desarrollo económico y se pone de manifiesto la necesidad de un mejor conocimiento del desarrollo agrícola para una investigación fructífera del desarrollo industrial. Es fundamental sobre todo, el estudio de los modos de "valoración" y el análisis del empleo del excedente agrícola. TIBOR WITTMAN escribe *Sobre el presunto carácter "turco" del absolutismo español del Siglo de Oro*. Analiza y explica las semejanzas que hay entre la España de los Austrias y la Europa oriental, dominada por los turcos; pero, al mismo tiempo, señala las diferencias de estructuras entre ambas, que hacen que no se pueda afirmar categóricamente el carácter "turco" de la monarquía española, quizás por no conocerse a fondo algunos fenómenos sociales y su proyección política.

Las *Formas de pago en una comunidad rural del siglo XVIII* es el tema de un trabajo de ANTONIA ANTONIONE, en el cual, sobre documentación de la parroquia argentina de Santa María (Catamarca), en particular la que recoge la cobranza de censos (1792-1795), se analiza el porcentaje de pagos hechos en especies, trabajo o moneda. El último trabajo es debido a la pluma del director de la publicación, NICOLÁS SÁNCHEZ-ALBORNOZ, y se titula *Finanzas y dieta militar. Un documento del ejército de ocupación en Cataluña en 1827*. Sobre la citada fuente (Archivos Nacionales de París), se ofrecen datos de los alimentos consumidos por los Cien Mil Hijos de San Luis. El documento ofrece además datos sobre cuestiones monetarias y financieras: volumen de moneda puesto en circulación en España por el ejército francés, deuda de la Corona con Francia, etc.

M.^a ENCARNACIÓN RODRÍGUEZ VICENTE
Universidad de Sevilla

REGLA, Joan: *Comprendre el món (Reflexions d'un historiador)*.
Barcelona, 1967, 220 pág.

El mundo de la historia y de los historiadores es complejo. No me refiero a la complejidad de sus técnicas, ni a los obstáculos indudables que plantea unas veces la escasez, otras, la abundancia de los materiales. Quiero aludir a la diversidad de formas de contemplación desde donde se elabora la narración histórica. Esta variedad motiva —creo— el libro que pretendo reseñar. La historiografía actual presenta una multiplicidad de enfoques, que incluso, en ocasiones, pueden aparecer encontrados, en

disparidad. Otras veces se presentan como compartimentos diferenciados, incapaces de conectarse y fundirse entre sí. Creo que buscar unidad y fusión en la historia es —al menos— una de las intenciones de este libro.

El estudio monográfico en historia se construye sin estricta necesidad de un planteamiento general. Se delimita el tema, se anuncian y precisan sus fuentes; el enfoque se da como postulado, sin que signifique especial problema para quien recoge y elabora los correspondientes materiales. Se contempla y describe entonces determinados fenómenos económicos, políticos o culturales del pasado; o tal vez, se prefiere historiar movimientos sociales o estructuras de las clases o los *status* en una determinada época, describir una institución jurídica o social, un movimiento científico o artístico; también puede centrarse el interés en un determinado personaje político o un escritor con grave influjo en su momento, o bien la relación de una nación con otras o su posición en un conjunto superior. Todos estos temas —y cualesquiera otros— concretos, delimitados, suscitan dificultades y obstáculos en su conocimiento y elaboración. Pero no les mueve esencialmente una preocupación por su sentido general; van completando parcelas todavía no estudiadas, y se añaden, sin más, al acervo de los trabajos históricos. Procurarán —eso sí— cumplir con los rigurosos requisitos del método histórico y, frecuentemente, traer a consideración aspectos y realidades de interés al momento actual. Incluso, a veces, celarán que su resultado sirva, sea de utilidad fuera del mundo especializado de los historiadores. Pero no es usual que anden preocupados por un planteamiento de la historia como un todo, por un planteamiento general. Y ello —creo que está claro— no les resta un ápice de su valor. Ese conjunto de estudios, como reconstrucciones fragmentadas del pasado, integran la historiografía, aunque no tengan expresa una intención generalizadora, un deseo de enfrentarse a la historia en bloque, de una manera total. El libro del profesor Reglá, en cambio, posee ese sentido general ante la historia.

Según nos dice en el prólogo, había buscado ya antes un planteamiento general. Entre 1945 y 1955 había buceado en la filosofía de la Historia persiguiendo una consideración unitaria, completa. «Si bien —escribe— ...no me resultaba fácil encontrar una clara relación entre mis trabajos de archivo, mi formación de historiador, y las grandes abstracciones de la Filosofía de la Historia, en las que la especulación se alimenta con la misma especulación...». Y como sedimento último dejado por esta etapa de su vida, trae al fin del libro un apéndice, dedicado a las grandes visiones de la historia universal. Allí ordena cronológicamente y da razón de las sucesivas concepciones filosóficas. Describe el paso de la visión cristiana y providencialista de la Historia hacia otras filosofías. A San Agustín sucede Vico, intentando precisar —como Newton lo hizo para el mundo natural— la suprema ley del acontecer humano en un ritmo cíclico de decadencias y resurgimientos. Voltaire concibe la Historia como un camino hacia la razón; Hegel como un continuo desenvolvimiento de la Idea, de Dios; sigue la aparición del historicismo, la dia-

léctica de Carlos Marx, el organicismo de Spengler, los intentos de Jaspers o Toynbee, las diversas posiciones cristianas actuales, etc. La descripción de estas corrientes de pensamiento —de las concepciones filosóficas de la historia— ocupan el extenso apéndice del libro. Mas conviene volver a su núcleo fundamental, a las dos partes de la obra, en donde se halla realizada de otra manera su intención de unidad. En definitiva, creo interpretar bien afirmando que el autor ha puesto el acento en éstas; que la Filosofía de la Historia no le puede resolver el deseo de integrar la historiografía múltiple y heterogénea. Quienes usan con cuidado de los datos, los historiadores, no se contentan con una especulación general. La Filosofía de la Historia llenará algunas aspiraciones de totalidad, pero no la exigencia de unificación que siente el historiador: una unificación apoyada en las fuentes, destilada en la generalización de los datos.

El intento de señalar planos o niveles generales de la historia se manifestó ya por el profesor Reglá en la sistemática de su *Introducción a la Historia de España*, en colaboración con los profesores Ubieto y Jover, aparecida en 1963. Siquiera como introducción y desde la historia española realiza un planteamiento genérico. Con las exigencias de una publicación de esta índole, analizaba la Edad Moderna, aligerando datos y detalles para trazar con mano segura las líneas más importantes, los esquemas de la historia de nuestra nación. La preocupación por la claridad y el sistema, por el valor pedagógico —vivió también en sus explicaciones de Cátedra— plasmaba en aquella introducción. Pero es otro el sentido de *Comprende el món*.

Este libro, se mueve en una zona intermedia: ni la excesiva abstracción de la Filosofía de la Historia, ni la elaboración de los concretos acontecimientos. Aspira a inducir desde datos y elaboraciones históricas las constantes más genéricas en el cambio de la Historia; los conceptos más amplios posible del desenvolvimiento de los pueblos, del mundo del pretérito. En el esfuerzo hacia arriba se pierde —en parte— la apoyatura concreta de cada afirmación, pero se gana al lograr describir los esquemas fundamentales de la dinámica histórica, los mecanismos básicos del desenvolvimiento del pasado. Situado en esa zona media, el autor trata de olvidar su oficio cotidiano de historiar y, reflexionando sobre él, cimienta teorías de máxima abstracción. Si el historiador encaja hechos y datos en su descripción primera —mejor, en su elaboración—, ahora la cuestión consiste en intentar una segunda inducción: unir y sacar de los diversos enfoques, de la tarea usual de hacer historia, unos esquemas más generales.

En concreto, el esfuerzo y logro de *Comprende el món* se realiza en dos partes:

PRIMERA PARTE: *Los hombres, las actividades y la historia*.—Consta de tres secciones. Una dedicada a perfilar la actual situación de la historia, como estudio y disciplina. Las otras proponen un análisis de dos ideas centrales en el método histórico actual: el desenvolvimiento de los pueblos,

y el enlace de las generaciones en la historia. Con estas últimas —y con la dinámica de las revoluciones, expuesta en la segunda parte—, busca construir la trama fundamental de la historia.

En *La historia*, hoy —primera sección— el profesor Reglá precisa la situación actual en que se halla esta ciencia. Comienza señalando con penetración las notas que caracterizan el quehacer de los historiadores. Y, al mismo tiempo que fija una situación en el enfoque de los problemas históricos, la integra en postura personal, la completa. La visión que propone es, desde luego, sugestiva y esperanzadora; cree en una auténtica revolución copernicana, que aproxima la ciencia histórica a la realidad de la vida humana. Los caracteres en que se manifiesta la nueva dirección son varios. Por de pronto, la historia se interesa hoy por sectores humanos más amplios, no se reduce a contemplar cortas minorías; ya no se puede olvidar a los hombres sin historia, limitados a describir sólo la actuación de la élite dominante durante cada período. Además, no sólo la amplitud temática, sino también la actitud del historiador ha cambiado. Su consideración del «tiempo» es distinta, ya que no sólo investiga las cuestiones distantes, sino las más actuales; ya no es un intelectual de aspectos muertos, sino vivos, que interroga el pasado en función de presente. «Invirtiendo, pues —escribe—, la consideración del factor tiempo, partimos hoy del presente para proyectar nuestras preocupaciones en el pasado...» El relativismo histórico que ha penetrado incluso en las ciencias de la naturaleza, afecta esencialmente a la historia; somos conscientes de que cada época, cada momento, ha de redactar su propia visión del pretérito, de la historia. Considera a Wilhelm Bauer, Marc Bloch y Lucien Febvre, pioneros de esta inversión del tiempo, hoy admitida ampliamente. También otra condición le aparece fundamental: la necesidad de integrar los diversos enfoques. Es menester tomar contacto con el hombre del pasado, no sólo con sus aspectos parciales, religioso, económico, político, etc. Superar antinomias entre las diversas tendencias en un esfuerzo de comprensión del tiempo ya transcurrido. No una historia cargada de ideología, sino de auténtica comprensión: «la tentativa de nuestros días hacia una historia «integral» trata de armonizar las diversas tendencias, al servicio de una visión lo suficientemente dinámica y completa para que pueda encajar en el mismo ritmo cambiante de la historia de nuestro tiempo». Prescindiendo de matices, creo que las notas esenciales que asigna a la historiografía de hoy son la amplitud, la presión del presente sobre ella, el deseo de entender e integrar.

Inmediatamente examina los componentes de la historia, como diversas zonas en que se muestran —para una comprensión completa— los fenómenos varios, las actividades humanas. Da dos cortes en la masa de los datos para su encaje; distingue, por la rapidez en el cambio, las constantes geográficas, los rasgos de mutación lenta —estructuras—, los cambios cíclicos —coyunturas— y la fugacidad de los acontecimientos; por otro lado, esa diferencia de ritmo puede afectar a cada uno de los

sectores o niveles de actividad humana: economía, política, cultura y relaciones internacionales o política exterior. Niveles ya utilizados en la *Introducción a la Historia de España* para la exposición de la Edad Moderna. Ahora analiza estos niveles, hace ver su íntima trabazón, su movimiento coordinado. En la siguiente sección lo hará más por extenso, al describir el desarrollo histórico, como veremos. Aquí se limita a introducir a estas categorías. Sólo en el trabajo de equipo —dada la vastedad de su propuesta—, ve posible la realización de una historia integral o total.

La segunda sección lleva por título *El desarrollo y sus formas*. Su intención es terminar su reflexión sobre las interacciones de los distintos niveles, «constatar unas normalidades, discutibles y revisables», pero, sin duda, sugestivas en el esfuerzo hacia un esquema fundamental de la historia. Y lo presenta en forma de gráfico, que después explicita. A las épocas de expansión económica —expone el cuadro gráfico— corresponde una sociedad con tendencia al equilibrio, con más amplitud de clases medias; el Estado muestra una política de flexibilidad; la cultura vive en la libertad y el clasicismo; las relaciones internacionales son más pacíficas, cosmopolitas. En las depresiones existe una proletarización de clases medias, una minoría de privilegiados, una masa de humildes; el Estado desemboca en autocracia o dictadura; el academicismo y el barroco de evasión, la cultura dirigida; las relaciones internacionales son tensas, acusan marcados nacionalismos. Después va reconsiderando cada uno de los sectores. Primero el económico, al que da notable importancia, en donde analiza los ciclos —la marcha de sus distintas variables en el tiempo—, así como el grado de desarrollo de un país. Sobre ellos hace ver el ritmo de los otros niveles, el político, el cultural, las relaciones internacionales. Primero —sin prescindir nunca de los sucesos históricos— de una forma más analítica y razonada, luego aplicando su concepción general a la historia, desde el siglo XI en adelante y, con mayor extensión, a la crisis de 1929. Contrasta el valor explicativo de estos componentes de la historia, su dinámica y coordinación. En breves trazos condensa la historia universal en su esquema; sugiere sus posibilidades, demuestra su valor ordenador, dentro de su máxima abstracción. Me permito traer un ejemplo, sintetizando sus páginas sobre la crisis de 1929, la gran crisis. El colapso de 1929 sigue a una época de prosperidad desde 1924. La repentina caída de valores en Wall Street se propaga al resto del mundo; el cese de préstamos extranjeros en detrimento de Alemania y Austria, la devaluación de la libra esterlina, con todas sus consecuencias; el grave paro industrial en los distintos países muestran el surgir de la nueva situación. Las distintas naciones respondieron con severas medidas de dirigismo económico, con un proteccionismo, con intentos, a veces, de autarquía. Las consecuencias sociales, ideológicas y políticas corresponden al sentido del esquema. En lo social se percibe una disminución de la natalidad y un reflujo hacia el campo, que permite un mínimo vital todavía; la proletarización de artesanos, pequeños industriales y

mercaderes se cumple; los intelectuales —las profesiones liberales— sufren también, como las restantes clases de la población inferior, el embate de la crisis. Las corrientes ideológicas, se cimentan en la nueva miseria; se fortalecen los movimientos totalitarios, de sabor irracionalista; aflora una reacción contra la técnica, contra la máquina, contra socialismo y liberalismo. La literatura da tonos de pesimismo, de realismo crítico, social y se exaltan los valores de fuerza y energía del hombre. El arte pierde toda ilusión por la realidad, decidido a analizar las formas; mientras, el cine opta por la evasión. En cuanto a las repercusiones políticas, se abandonan casi por entero las formas democráticas; se instauran totalitarismos, más o menos marcados en la mayoría de los países, salvo en U. S. A., Inglaterra, Francia, España y algunos países de la Europa occidental y central, donde, sin embargo, se perciben tendencias de mayor intervención. Con estas líneas, creo haber mostrado una de las aplicaciones realizadas del juego conectado de los diversos sectores de la historia. La historia del derecho —me parece— tiene su representación en los tres últimos; el estudio de instituciones pertenece a la zona política, que no está concebida como mero desfile de personajes, sino de instituciones e ideas; la historia de ideas jurídicas integraría una parte de la cultura, del desenvolvimiento del espíritu. Incluso —en aspectos privados y públicos— importarán sus instituciones para estudio de la realidad social.

El otro instrumento básico para la comprensión de la Historia gira en torno del hombre, de los hombres. El profesor Reglá expone la consideración que una historia integral o total debe hacer del hombre. Señala las divergencias evidentes que separan a los sujetos del acontecer histórico; busca la conexión existente entre minoría y masa en el correr del tiempo. Pero, sobre todo, se ocupa de la técnica de las generaciones, conjunto de hombres insertos en una misma trayectoria, en una circunstancia común. Resume las aportaciones a este método en Ortega y Gasset, Laín Entralgo, Julián Marías, Renouard... Y añade algunas observaciones propias: la aceleración del tiempo histórico, a partir de la revolución industrial y la mayor duración de la vida humana. Ambas realidades pueden alterar la periodificación generacional usualmente fijada en treinta años. «Un año del siglo catorce y un año del siglo veinte, por ejemplo —dice— tienen una duración muy diferente en relación al *tiempo histórico*, mucho más acelerado en el veinte que en el catorce. Por otra parte, al aumentar la duración de la vida humana, también son diferentes los treinta años del siglo dieciocho a los treinta años de nuestros días». Pero, sobre todo, añade un esbozo de las generaciones españolas a partir de 1480. Enumera las distintas generaciones que se han sucedido en la Historia de España, como avance de un libro que prepara sobre las minorías dirigentes en la historia española. Con el resumen de las mismas acaba esta primera parte de *Comprender el món*.

SEGUNDA PARTE: *Los procesos acelerados y el reajuste de posiciones.*—

En esta parte atiende el doctor Reglá al desarrollo de las revoluciones. Parece que la historia cobra su máximo ritmo en estos cambios acelerados; a través de ellos se detecta más fácilmente la dinámica del pasado. La fijación de los distintos grupos de hombres que se mueven alrededor del proceso revolucionario es, sin duda alguna, explicación fundamental del mecanismo de cambio histórico.

Los rasgos esenciales de una revolución —el estudio de sus constantes— los describe sobre la obra de Brinton, y la de J. Vicéns Vives. La primera actuación de los moderados suele llevarse al punto culminante por los radicales, con sus anticipaciones utópicas. Luego, un golpe de Estado de signo contrario vuelve el poder a los moderados, que institucionalizan —consolidan— las conquistas revolucionarias en un plano inferior, más limitado. «Sintéticamente, pues —resume—, las Revoluciones arrancan de una actitud de *centro* (de *derecha*, si consideramos la revuelta de los privilegiados), se desplazan hacia la izquierda y vuelven después al *centro*, a partir del cual se inicia la convalecencia y, en definitiva, el retorno a la normalidad». Pero las Revoluciones se hacen por hombres y, en tal sentido, surge además un reajuste de posiciones de grupos e individuos. Los protagonistas activos son los creyentes, que la llevan a cabo, y los flotantes, que la ganan. Los pasivos —quienes enjuician desde fuera— suelen escindirse en dos grupos; una mayoría, aún cuando vio la necesidad primera del cambio, retrocede después hacia la derecha, ante los excesos revolucionarios; una minoría —los independientes— critican excesos, y sin esa reacción a posturas previas, se mantiene frente a unos y otros. Queda por último, entre los espectadores pasivos, quienes siguen siempre fieles al *statu quo* anterior, así como quienes, no teniendo qué perder, se dejan arrastrar por los acontecimientos sin activa participación.

El esquema de los procesos acelerados revolucionarios —enriquecido en este libro— se aplica ahora a concretos momentos de la historia, mientras se completa su análisis. Se precisan los elementos —tensión económica y crisis en el Gobierno— que provocan el estallido, las clases que toman parte en ella, los sucesivos pasos que atraviesa paulatinamente; es decir: revuelta de privilegiados, conquista del poder, el gobierno de los moderados, los extremistas en el poder, la reacción termidoriana. Después analiza las posiciones de quienes están fuera de ella, de quienes son observadores pasivos, pero reaccionan de una u otra forma ante los sucesos. El miedo a la Revolución y las posturas independientes —o en equilibrio— son las formas fundamentales, como vimos. Y en ambas cuestiones el autor —más directamente— trae ejemplos felices de quienes adoptaron una y otra. El pánico de Floridablanca —a través del estudio de Heer— y sus esfuerzos por detener la vecina revolución. El viraje temeroso frente al protestantismo, en la época de Felipe II, basándose en investigaciones propias. Como actitudes independientes, como muestras de crítica y ponderación ante las fuerzas del cambio valora el talante sereno de Juan Luis Vives, las ideas de Jovellanos —en contraste con Floridablanca—, la ac-

titud de Maragall ante los sucesos de la Semana Trágica. En definitiva, el análisis interno de la revolución se completa por la atención a grupos y hombres que quedan fuera, pero reaccionan al estímulo incitador del proceso revolucionario.

Esta es —brevemente— la descripción de *Comprendre el món*. Desde el concreto oficio de historiador precisa algunos esquemas constantes y más generales para la comprensión de la Historia. No una Filosofía de la Historia, pues se apoya siempre en los datos y hechos con rigor de método. No le satisface la mera especulación. Pero apunta a una consideración básica, fundamental de la historia integral, total.

M. PESET REIG.

ROBBE, Ubaldo: *La successione e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*. («Pubbl. dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche e sociali della Università di Messina», número 71), Milano. Giuffrè, 1965; 223 págs.

El profesor Robbe viene de lleno a incidir con este trabajo que presento a los lectores del Anuario, en uno de los campos de batalla más intrincados del romanismo, donde eminentes autores han pretendido crear unas construcciones que suelen pecar de demasiado artificiales. La complejidad de los términos *successio in ius* y *successio in locum*, su entronque con figuras filosóficas no bien aclaradas aún, la enigmática función de la *universitas* en el campo hereditario, y principalmente, la complejidad del concepto de *hereditas*, tan laboriosamente gestado en la milenaria evolución del Derecho romano, hacen que este libro haya de ser examinado con gran meticulosidad, por venir a tratar un tema de perfiles históricos y dogmáticos muy complejos. Acaso es la *hereditas* la institución donde mejor pueda verse la genialidad jurídica de los romanos, e indudablemente, es la institución que más han afinado. El contenido de este trabajo, del que discrepo esencialmente, no deja de tener agudos relieves polémicos que trataré de exponer ordenadamente. También quiero resaltar que este libro representa el primer capítulo de una obra que el autor promete más extensa sobre el argumento, y que por ahora se limita a exponer la noción de la *hereditas* y examen de sus elementos.

Destaca en primer lugar las dos menciones de *hereditas* que proveen las fuentes: como *successio in ius* (D. 50, 17, 62: Juliano, y D. 50, 16, 24: Gayo), y como patrimonio (Cic. *Top.*, 6, 29). Ninguna es completa, observando el autor del examen de otros textos que *hereditas* expresa fundamentalmente el fenómeno jurídico de la sucesión de una persona en la situación jurídica del difunto; por tanto, tiene el significado de *ius*, aún sin contenido material. *Hereditas* viene a ser un concepto

jurídico instrumental en cuanto una vez desarrollada su peculiar función —sucesión del heredero en la situación jurídica del difunto— se agota definitivamente y se resuelve en diversos derechos (pág. 8). El derecho de herencia, estando casi siempre constituido de varias cosas corporales e incorporeales, usa el término *hereditas* para indicar su objeto. A este segundo significado se refiere la definición de Cicerón (pág. 11), indicando es este caso el objeto del derecho, como en Gayo cuando éste habla de *hereditas* al exponer los fideicomisos y el *legatum partitionis*.

Señala el autor la diferencia entre la definición ciceroniana (*Top.*, 5, 26-27) y gayana (2, 12-14) de las *res corporales* e *incorporales*, que viene dada no sólo por el diverso planteamiento filosófico-retórico el primero, jurídico el segundo, sino más aún, por la ejemplificación que cada uno propone al aclarar la definición. Sin embargo, creo que es excesiva la diferenciación que propugna. Es interesante la definición de Gayo: *res incorporales son quae tangi non possunt .. qualia sunt ea quae in iure consistunt*. El autor objeta a la definición de Cicerón: a) que no puede realizarse una confrontación con los ejemplos gayanos, en cuanto la obra de Cicerón no es jurídica; b) Cicerón no aplica la distinción al campo jurídico. Del examen de una serie de textos jurídicos concluye el autor que Gayo es entre los juristas el primero que adopta la distinción corporal-incorporal, y que incluso tenía una particular predilección por ella (pág. 39).

Según el autor las *res incorporales* son esencialmente *iura*, pero no derechos subjetivos, sino puras y simples instituciones jurídicas (pág. 63). La existencia de una categoría jurídica de *res incorporales* supone un esfuerzo notable de sistematización, habiéndose reunido bajo una misma denominación para oponerlas con la *possessio* a las *res corporales*, instituciones jurídicas (*iura*) que presentan entre ellas profundas diferencias: usufructo, servidumbres prediales, *hereditas* y obligaciones. Y en todo caso, la enunciación de Gayo sólo tiene un fin explicativo, no sustancial ni taxativo (pág. 74). Por tanto, tampoco la inclusión de la *hereditas* entre las *res incorporales* tiene un valor sustancial (pág. 81), estimando que la distinción entre *res corporales* y *res incorporales* no tenía en la práctica un verdadero campo de aplicación, y aún cuando se muestra en algún jurista como Gayo, ello se debe más a razones formales expositivas, que a causas sustanciales (pág. 101).

De las definiciones de *hereditas* suministradas por Juliano y Gayo, deduce que los elementos constitutivos y esenciales de la misma son: a) la *successio*; b) el *in ius*; c) el *defuncti*. La mayor dificultad está en explicar qué sea la *successio*, cuya significación oscila entre dos polos: uno específico, sinónimo de herencia, y otro genérico que comprende las más diversas aplicaciones de la herencia (pág. 105). Para el autor la jurisprudencia clásica no conoció otra *successio* que la universal (pág. 117), que no sólo se verifica en el caso de la herencia (*successio mortis causa*), sino que también actúa en algunas otras hipótesis, como

en la *adrogatio*, la *conventio in manum* y la reducción a esclavitud de un *sui iuris* (p. 120), y en el fondo, el fundamento común de todas estas sucesiones está en la adquisición de una *potestas*. Respecto a la herencia, el autor, siguiendo a Ambrosino, estima que los efectos que hacen relación al heredero dependen del fenómeno «herencia», del que la *successio* no es sino un aspecto concomitante. El fenómeno «herencia» no coincide con el fenómeno «*successio*» en cuanto éste forma parte de aquél (p. 125). Estima el autor clásicas las expresiones *successio in locum* y *successio in ius*, que determinan, especifican y refuerzan la simple *successio*. Contra autores que, como Biondi, dan una importancia desmedida al concepto de *universitas*, el autor considera que ni la *universitas* ni la *successio* explican todo el fenómeno hereditario; aunque desde luego, son nociones que desde diversos prismas contribuyen a explicarlo.

Bastante extraña es la interpretación del autor de D. 50. 17, 59 (Ulp. 3 disp.: *Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus constat*). Contra la doctrina general (Longo, Biondi, Voci), el autor entiende que el texto quiere decir que el heredero en aquello que hereda es libre como lo era el difunto (pág. 161). En mi opinión, sin embargo, el texto apunta a la identidad entre las situaciones jurídicas del difunto y del heredero, y la explicación del autor no me convence. Hay una serie de textos (D. 50, 17, 54; *eod.*, 120; *eod.*, 175; *eod.*, 177) que permiten hablar de una cierta identidad en la posición jurídica del heredero, al menos en relación a lo que se hereda, lo que se manifiesta de modo clarísimo en los textos referentes a la venta de herencia, que el autor interpreta erróneamente.

Con todas estas premisas, llega el autor a lo que debe constituir el núcleo de su trabajo, si lo consideramos en atención a su título: la idea de *successio*. Como declaración programática entiende que el verdadero problema de la *successio* es explicar la herencia y establecer con precisión su exacta relación con la *hereditas*. Como punto de partida arranca del resultado exegético de C. Longo, confirmado por Bonfante, que han demostrado que los clásicos utilizaron el término *successio* exclusivamente para la *hereditas*, *adrogatio*, *conventio in manum*, *bonorum possessio* y *bonorum emptio*. Otro punto de partida fundamental es el uso clásico de la expresión *successio in locum* (pág. 179), que significará «tomar el puesto ocupado por otro, suceder en el puesto». El primer presupuesto previo para la clarificación de la *successio* consiste en entender que ésta es un elemento, aunque fundamental, de la *hereditas*, que por ser asimismo elemento de otros institutos jurídicos (*adrogatio*, etc.), no se puede equiparar absolutamente *successio* = *hereditas*. La segunda premisa estriba en considerar que la *successio* no constituye un verdadero instituto jurídico, sino simplemente un concepto jurídico, y en este punto el autor se lanza por vías dialécticas a definir concepto jurídico como aquel que no tiene características propias y especiales, ni tiene verdaderos ni propios

efectos jurídicos, y en el fondo, únicamente es un medio que a lo más, sirve, según los casos, para realizar un instituto jurídico (pág. 190 y ss.). Afortunadamente el autor no llega a pulverizar totalmente la trama conceptual jurídica, y admite que son necesarios en el lenguaje jurídico, de los que pueden estimarse dos versiones: conceptos jurídicos en sentido usual, creados por la ciencia del derecho abstractamente por elementos y caracteres típicos y esquemáticos, y «conceptos jurídicos» en sentido técnico y específico, creados por la ciencia del derecho, no por abstracción y por tipos o esquemas, sino por el contrario, contruidos desde el principio y por entero, individualmente (pág. 212), debiendo singularmente servir a un determinado fin, y por ello, creados según el cometido que deban servir, o sea, que en el fondo vienen a ser «medios» para explicar los institutos jurídicos. En este sentido técnico, la *successio* en Derecho romano clásico es un mero y simple concepto jurídico (pág. 219), desarrollando una función ideal que funciona sólo internamente.

Nos hemos quedado sin saber en qué consista la distinción entre *successio in ius* y *successio in locum*, que parecía ser el objeto central de este trabajo a juzgar por su título, y quizá haya que esperar a un ulterior trabajo del autor para averiguarlo. Muchos son los reparos que podría poner a esta obra. En primer lugar, desde un punto de vista formal, lo deslabazado del texto, la incongruencia entre el título de la obra y su contenido, excesiva longitud en temas marginales, abuso en las citas de opiniones ajenas, que dan la impresión que este libro es el resultado de unos apuntes de clase recogidos sin gran orden, contradicciones, etc. Por ejemplo, después de señalar en las incoloras páginas finales que la *successio* es un concepto jurídico que sirve para explicar instituciones jurídicas, no encuentro explicación a la afirmación (pág. 8) que la *hereditas* es un concepto instrumental. Se ve que el autor vive en un mundo de conceptos, olvidando que el Derecho es un mundo que trata de explicar la fenomenología jurídica, que por ser tal, es un mundo de hechos.

Más grave me parece la objeción, que el autor ha venido a abordar la *hereditas* sin apoyo histórico alguno, y por ahí está uno de los achaques serios de su trabajo: la *hereditas* tuvo una larga gestación en el Derecho romano, y en mi opinión, uno de los puntos en que el Derecho romano alcanzó su mayor genialidad. La *hereditas* desde una época arcaica en que significaba la continuación del patrimonio familiar por los hijos a la muerte del *paterfamilias* (cfr. mi *Consortium erecto non cito*, en AHDE, 34, 1964, pág. 479 ss.) hasta que llegó a ser un *nomen iuris*, pasando por la concepción patrimonialista ciceroniana (*Top. 6, 29: hereditas est pecunia*), hay una larguísima evolución, tanto histórica como dogmática, que el autor no ha sabido valorar debidamente. Tampoco explica dentro de su concepción de *successio* como concepto que desarrolla la función de hacer actuar la *hereditas*, la adquisición de ésta *per universitatem*, entendiéndolo además, en mi opinión erróneamente, que la noción de uni-

versitas no es clásica. Tampoco aclara la relación entre *successio* → *hereditas* → *ius successionis* (cfr. Gayo, 2, 14. Cfr. mi *Venditio Hereditatis*, Salamanca, 1966, pág. 133), porque en cuanto la *hereditas* se concibió como un *ius*, lo que el heredero adquiriría era el *ius successionis* (vid. mi *Vend. Hered.*, pág. 205). También me parece excesiva su afirmación de que fue Gayo el primer jurista que adopta la distinción corporal-incorporal, asimismo como su pretendida afición a tal distinción (pág. 39); por el contrario, el antecedente clarísimo de esta definición está en Cicerón (*Top.* 5, 26-27) que el autor elimina simplemente diciendo que Cicerón no era jurista, lo que en parte es cierto, pero ya no es cierto que Cicerón no aplicara la distinción al campo jurídico, en cuanto que los ejemplos que cita aclarándola, son netamente jurídicos.

Otra objeción grave, como decía, es la excesiva atención que el autor dedica a los argumentos marginales. Así, en la pág. 139, nota 160 (diez páginas para la misma nota) en la que ataca la enseñanza de Paulo (D. 28, 2, 11) y Gayo (2, 157) respecto a la *continuatio domini*. Como argumento marginal, es excesiva la atención que le dedica, e históricamente inexacta la explicación propuesta. Como ya expuse en otra parte (AHDE, 34, 1964, cit.), tanto Gayo como Paulo se refieren a una época antigua, y de estos fragmentos que se refieren a la primitiva comunidad familiar, no puede recabarse ningún argumento para la época clásica. Asimismo me parecen superfluas las diez páginas que dedica (pág. 148, nota 162) a la transferencia de la propiedad, con exégesis de D. 41, 1, 20 pr., cuando, en fin de cuentas, sigue totalmente la tesis de De Francisci. Confiemos que los futuros trabajos prometidos por el autor vengan a clarificar muchos puntos ahora no resueltos en esta obra donde, en mi modesta opinión, hay muchas ideas rectificables.

ARMANDO TORRENT.

SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*. Instituto de Investigaciones Históricas. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1965; 830 págs. (Serie de Historia General: 5).

La larga serie de estudios en los que desde hace años trabaja el Maestro e Investigador español don Claudio Sánchez Albornoz, sobre la Historia de las Instituciones Medievales españolas ya publicados, los reúne en este volumen reeditados, en esta ocasión, por la Universidad de Méjico, que de esta manera cumple el doble propósito de contribuir al estudio de la Historia institucional española y de señalar en ella importantes raíces de la realidad socio-económica de los pueblos hispanoamericanos.

Algunas de las monografías que se incluyen datan de su primera época, tiene medio siglo la más antigua, y aunque posteriormente han aparecido

otras obras diversas del mismo autor, rara vez alteran las conclusiones de aquéllas, no obstante incorporar a las mismas las novedades más importantes a que haya llegado en el curso de nuevas investigaciones.

No están reunidas conforme al orden cronológico en que fueron apareciendo, ni incluso como fruto de las primeras investigaciones que el autor dedicó a las instituciones políticas, que permitieran conocer el pensamiento historiográfico y sus métodos de trabajo, sino que se encuentran agrupadas por materias.

En primer lugar, se sitúan las relativas a la Historia de las clases sociales; de los tres grupos de hombres libres en dependencia o de libertad limitada en la reconquista astur-leonesa, que fueron objeto de estudio separado, comprende la obra relativa a "Los hombres de Behetria" (hombres de benefactoria), que fue publicada en el «A. H. D. E. 1924», y «Los libertos», publicada en la «Revista Portuguesa de Historia», 1947, sin que, por otra parte —al menos que nosotros sepamos—, haya visto la luz el trabajo sobre el tercer grupo social, los «juniores o tributarii», que ya en el año 1947 se anunciaba su pronta aparición.

A continuación se insertan los trabajos concernientes a la Historia fiscal y económica: «El tributum Quadragesimale», «El precio de la vida en el reino Astur-leonés hace mil años» y «Notas para el estudio del «petitum», para terminar con los relativos a la Historia de las instituciones jurídicas y políticas, siendo al estudio de las instituciones castellanas medievales a las que dedicó su primera monografía sobre «La potestad real y los señoríos en Asturias, León y Castilla», la que forma parte de la obra, en unión de «El gobierno de las ciudades de España del siglo v al x», «La sucesión al trono en los reinos de León y Castilla», «La «ordinatio principis» en la España goda y post-visigoda», «Un ceremonial inédito de coronación de los reyes de Castilla» y «España y el feudalismo carolingio», por el orden estas cinco últimas que figuran en sumario.

La presente colección de estudios no comprenden todos los que definen la ingente labor de Sánchez Albornoz, sus extensos trabajos sobre «La historia institucional hispano-goda: El aula regia y las asambleas políticas de los godos; El senatus visigodo»; «Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que lo reemplazan»; «El stipendium hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal», entre otros, van a ser publicados por el Instituto Storico italiano per il medio evo.

Asimismo se apunta la posibilidad de que otras instituciones científicas reediten sus monografías sobre las fuentes latinas y arábigas hispanas y las dedicadas a la Historia antigua española y a la Historia política visigoda, desperdigadas en revistas y publicaciones periódicas muy distintas, tanto europeas como americanas.

La culminación a esta Historia medieval, según viene repetidamente anunciando el maestro, la constituye la elaboración de dos libros que «tiene en el telar», cuales son, «Orígenes de la nación española» e «Instituciones

astur-leonésas», gran proyecto de su vida, del que todas sus publicaciones y trabajos han sido estudios marginales desde el año 1922 hasta hoy.

Al dar cuenta de la aparición de este tratado, confiamos en poder continuar informando a los lectores sobre futuros trabajos de nuestro fundador, prueba de esa pasión y virtud de renovados afanes desarrollados para dar a conocer la Historia de España, aún en plenitud de clarividencia con que poder aprovechar las corrientes «de su sabia fecundante que en él yacen», que sirva de modelo a las generaciones de investigadores en esa difícil manera de construir, varia y de extensa base doctrinal.

RUPERTO BAS.

SAUMAGNE, Charles : *Le droit latin et les cités romaines sous l'Empire. Essais critiques.* («Publications de l'Institut de Droit romain de l'Université de Paris», XXII). París, Sirey, páginas III + 135.

Se presenta en esta obra, que no por breve deja de contener ideas altamente sugestivas, la culminación de una serie de años de trabajo del autor, cuyos primeros frutos expuso en 1950 en la asamblea de los «Antiquaires de France», con una comunicación sobre *Volubilis, municipe latin* (cfr. del autor : *Statut municipal des provinces sous le Haut Empire romain*, en «Bull. Soc. Nat. des Antiq. de France», 1950-51), ampliados posteriormente en la «Revue Historique» y en los «Cahiers de Tunisie». Como señala el prologuista, M. André Piganiol, el autor mantiene ahora su misma tesis de que toda ciudad del Alto Imperio fuera del territorio itálico que recibiera la denominación de *municipium*, sería una ciudad regida por el *ius Latii*, y en el fondo, la idea del autor es que el único modo de naturalización colectiva sería a través de la concesión del *ius Latii*.

Como es sabido, la opinión tradicional a partir de Mommsen considera que el término *municipium* en las provincias designa una comunidad de ciudadanos romanos. La diferencia entre *municipium* y *colonia* residiría en el hecho que el primero correspondía a una agrupación de *cives Romani* (*Latini* según la tesis del autor) vinculados por participar todos en las cargas municipales (*munia capere*, de donde *municipium*). Dejaré de lado el aquilatamiento etimológico que tampoco es objeto de la investigación del autor; sobre el tema cfr. Kornemann, s. v. *municipium* en R. E., 31, 1933. La *colonia*, por el contrario, no supone una comunidad previa, sino que se produce por un acto fundacional romano, normalmente entregando tierras para su cultivo a los soldados veteranos. Posteriormente, con la progresiva equiparación entre régimen municipal y colonial, el término *colonia* llegó a suponer un rango honorífico superior al *municipium*. Por otra parte, siempre según la tesis tradicional

mommseniana, el *ius Latii* significaba una situación intermedia entre el *status* de peregrino, y el *status civitatis* propiamente dicho. Por todo ello, la tesis del autor adquiere un mayor relieve en cuanto de ser cierta, invertiría toda la tradición romanística construida hasta el presente sobre los municipios.

Como punto de partida enfoca el autor en el capítulo I (págs. 1-36) la clarificación del proceso de latinización de Italia y el vocabulario del Derecho en torno al término *municipium*. En línea de principio, el autor estima poco probable grandes concesiones de ciudadanía (implícitas en el estatuto municipal) a comunidades peregrinas, cuando la política legislativa de Roma era tremendamente restrictiva en este punto. Por eso, el término *municipium*, que según el autor entrañaría la concesión del *ius Latii*, adquiere un valor funcional mayor en cuanto que a través de este *ius Latii* llegarían a adquirir la ciudadanía, no todos los habitantes del *municipium* (lo que sería contrario a la política romana: cfr. las limitaciones de la *lex Plautia-Papiria* que cita el autor (pág. 10), sino únicamente aquellos que hubieran alcanzado las magistraturas municipales o el decurionato, según se tratara de la concesión del *ius Latii maius* o *minus*. Según el autor solamente se encuentra una vez expresada auténticamente la fórmula *municipium civium Romanorum*, y precisamente en la Tabula de Heraclea. En otros textos en los que aparece, tiene un valor dudoso, pareciendo natural (según el autor) que la palabra *municipium* ha sido formada y utilizada para designar las comunidades cívicas cuyo carácter específico ha sido precisamente de no estar compuestas por *cives Romani* (pág. 6). Por ejemplo, rechaza como integración arbitraria de Mommsen el testimonio de la *lex agraria* del año 111 a. C., siendo más correcto para el autor que el texto se refiriese a las *coloniae civium Romanorum* para distinguir las de las *coloniae latinae* (pág. 13). Tampoco el testimonio de Plinio el Viejo es más cierto, y el logógrafo estableciendo la ecuación *oppidum civium Romanorum = municipium civium Romanorum*, lo haría por romper la monotonía de la enumeración recurriendo al término *municipium* (pág. 19), como observa en las noticias referentes a la Lusitania (N. H., 4, 22, 117) y a la Bética (N. H., 3, 1, 7).

Respecto a la Tabula de Heraclea, cuyo testimonio incontrovertible de *munic. civ. Rom.* acepta el autor, con una explicación ambigua y más bien de tinte sociológico, la sitúa en un período intermedio de adaptación a la ciudadanía romana de los municipios itálicos posteriormente a la Guerra Social, considerándola, por otro lado, anterior a las grandes realizaciones legislativas de César, y, en el fondo, vendría a hablar de *munic. civ. Rom.* como indicio de la necesidad momentánea que sintió el legislador de definir una realidad transitoria usando una fórmula de oportunidad, en todo caso inútil para Italia, en que todo *municipium* se había transformado en colectividad de Derecho romano, e inexacto para las provincias en que todo *municipium* era una comuna de Derecho latino (pág. 36).

Asimismo el autor encuentra defendida su tesis en algunos textos jurídicos y literarios, que expone en el capítulo II (pág. 37-48): *Le droit latin seul mode de naturalisation collective*. Tanto en los fragmentos de Autun (1, 6-8) como en Gayo (1, 93-95), únicamente se exponen dos maneras de acceso a la *civitas romana*: o a través de la concesión general del *ius Latii* (bien *maius* o *minus*), o a través del beneficio especial del *princeps*. El mismo testimonio deduce el autor de Plinio en su Panegírico de Trajano (37, 3).

Sobre la latinización de Occidente plantea el autor el capítulo III (pág. 49-80), exponiendo en primer lugar el testimonio de Aulo Gelio, que cita una *oratio* de Hadriano a propósito de *coloniae* y municipios. Según Gelio (N. A., 16, 13, 6); *municipes ergo sunt cives Romani ex municipibus legibus suis et suo iure utentes*, hipotizando el autor que por ignorancia en cuestiones municipales que el mismo Gelio confiesa, no llegaría a decir *municipes sunt cives qui ex Latio in civitatem veniunt*. Esta definición recibe en la interpretación del autor una luz nueva y original, pero no hay que olvidar los juicios notables que sobre ella se han dado: me remito a la autoridad de Mommsen (*Römisches Staatsrecht*, III, 796 nt. 3: «ist ein wahres Meisterstück historisch-juristischer Confusion und der Vermengung des alten und neuen Sprachgebrauch»), seguido por Vittinghoff (*Römische Stadtrechtsformen zur Kaiserzeit*, en ZSS, 68, 1951, página 461, nt. 82: «In Wirklichkeit sind diese Definitionen [se refiere a las de Gelio] nichts anderes als antiquarische Kombinationen aus der Hadriansrede»). En todo caso, me parece arbitraria la reconstrucción que hace, el autor del texto geliano, y quizá lo fuerza excesivamente para encajar mejor su tesis. Otro ejemplo de transposición de la latinidad lo observa en la deducción el año 176 a. C. de la colonia Carteia (cfr. del autor: *Une colonie latine d'affranchis: Carteia, Tite-Live, H. R.*, 43,8, en RH, IV S., 40, 1962, pág. 135 ss.), en que por la vía del *ius Latii* se empezó a introducir a los peregrinos en la ciudadanía romana a través de los honores municipales, y quizá resida en esta fundación de comunidades de *libertini dediticii* el germen de los *oppida Latio antiquitus donata*, de las que se hablará más tarde en las listas de Plinio (pág. 71). En el caso de Gades (Cádiz) no me parece que el autor distinga claramente el *oppidum civ. Rom.* de la comunidad indígena a la que César atribuyó el estatuto latino (Dión Casio. XLI, 24, 2). Especial fundamento para su tesis encuentra el autor en la concesión del *ius Latii* hecha por Vespasiano a los españoles durante su actuación censoria (cfr. d'Ors, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, pág. 149; Torrent, *Para una interpretación de la «potestas censoria» en los emperadores Flavios*, en «Emerita», 1968).

Según Plinio: N. H. 13, 3, 30. *universae Hispaniae Vespasianus imperator augustus, iactatum procellis rei publicae Latium tribuit* (año 74), noticia que el autor interpreta restrictivamente. Sin embargo d'Ors entiende que con esta concesión se convirtieron en *municipia* las ciudades

que todavía eran *peregrinae*, denominándose estos nuevos municipios por el nombre imperial (*municipium Flavium*). Los habitantes de estos municipios de *ius Latii* accederían a la ciudadanía romana a través del desempeño de las magistraturas, como confirma la *lex Salp. XXI* (cfr. Braunert, *Ius Latii in den Stadtrechten von Salpensa und Malaca*, en «Corolla Swoboda», Graz-Köln, 1966, pág. 68 ss.).

El capítulo IV (págs. 81-119) viene dedicado a estudiar los *oppida civ. Rom.* plinianos, y al margen de su elenco, situados en el Norte de Africa, región en la que está especialmente versado el autor donde ha pasado largos años estudiando la arqueología y epigrafía de aquella zona. Observa el uso de la denominación *oppidum civ. Rom.*, sin que se haga mención a propósito de la cualidad de *municipium*, porque fiel a sus postulados, entiende que el vocablo *municipium* no convenía para designar en las provincias del Imperio comunidades compuestas de ciudadanos romanos (pág. 115), como asimismo lo pretende comprobar en la latinidad de Gightis (*municipium Gightense*) que examina en el corto capítulo V (págs. 121-130), que considera como prueba irrefutable de que no se concedió masivamente la ciudadanía romana.

Un examen crítico particularizado de la tesis del autor requeriría una amplitud mayor que la brevedad obligada de esta recensión impide, pero sí quiero destacar algunos aspectos generales. Por ejemplo, creo que el testimonio de la Tabula de Heraclea sigue siendo irrefragable: *municipium* significaba comunidad de ciudadanos romanos, especialmente si se tiene en cuenta que la Tabula es posterior a las concesiones generales que siguieron a la Guerra Social en la región itálica. Esto está muy claro, por ejemplo, en la *lex Rubria*, que dictada para los habitantes de la Galia Cisalpina (ciudadanos romanos después del 49 a. C.), cita *municipium* (asimismo también *oppida*), y no cabe duda que se refiere a ciudadanos romanos. (Vid. Torrent, *A propósito de la Lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, en AHDE, 36, 1966, p. 594.) Otro punto álgido contra la argumentación del autor es el testimonio de Plinio. Este cita indistintamente *oppida*, *coloniae municipia*, y no puede atribuirse sin más a un mal copista que citara *municipium* en vez de *oppidum*. También cabría decir algo más general: hubo zonas del Imperio en que la *constitutio Antoniniana* no afectó de manera general, como España, lo que viene demostrado por la onomástica: no se encuentran en España ciudadanos de nombre «Aurelius» como fue frecuente en otras zonas del Imperio después de la concesión de la ciudadanía por Caracalla. Ello prueba, en mi opinión, la intensa romanización de España, es decir, el gran número de ciudadanos romanos españoles. Que lo lograran a través del *ius Latii maius* o *minus* es muy probable, pero creo que no cabe descartar totalmente, como hace el autor, la tesis de Mommsen. Muchas de las noticias que ofrecen las fuentes sobre *municipia* no cabe duda que se refieren a *munic. civ. Rom.*, y creo que está claro, que a través de la

concesión del *ius Latii* a una comunidad, al cabo de dos o tres generaciones la ciudad sería un *munic. civ. Rom.*

En conclusión, creo que este trabajo ha puesto el dedo en la llaga sobre un problema que aún quedan muchos puntos por aclarar, y que incide de lleno en el complejísimo tema de la romanización de las provincias, y el acceso a la ciudadanía de masas peregrinas. Quizá el mayor mérito del autor que ha realizado un espléndido trabajo, aunque de él se pueda disentir, sea el reavivar este tema, y espero que próximamente habremos de ver contribuciones sobre el mismo aguijoneadas por el espíritu valiente y rigor polémico con que Saumagne ha llevado esta investigación.

ARMANDO TORRENT.

SCHAEFERDIEK, KNUT: *Die Kirche in den Reichen der Westgoten und Suewen bis zur Errichtung der westgotischen katholischen Staatskirche*, en «Arbeiten zur Kirchengeschichte», n. 39. Berlín, 1967, VIII-286 págs.

La historia de la Iglesia en los reinos suevo y visigodo hasta el año 589, esto es Concilio III de Toledo inclusive, que nos ofrece Schaeferdiek, constituye una obra de extraordinaria calidad, tanto por la inmediata y exhaustiva utilización de las fuentes, como por el rigor metodológico verdaderamente ejemplar con que son citadas incansablemente, apoyando cada una de las aseveraciones del texto.

Como su título deja entender el autor, más que la historia interna o institucional de la Iglesia ha considerado a la misma en sus aspectos externos y más especialmente dentro de la vida política de los reinos suevo y visigodo; se trata, pues, de una historia de las relaciones de la Iglesia con los nacientes Estados de ambos pueblos germanos. Bajo este enfoque la obra de Schaeferdiek, que conoce y utiliza toda la amplia bibliografía que sobre el tema le ha precedido, rebasa y supera cuanto hasta el presente se ha escrito y tendrá que ser tenida muy en cuenta en el futuro por la solidez de sus interpretaciones de las situaciones históricas, aun aquellas que no excluyen otra valoración, y la originalidad de algunas de ellas.

El autor se ocupa brevemente de los años (418-466) que preceden a la fundación del reino visigodo por Eurico, para luego en cuatro partes abordar su propio tema en un intento exhaustivo: I. La Iglesia en el reino visigodo de las Galias (466-507); II. La Iglesia en el reino hispano-visigodo hasta Atanagildo (507-567); III. La Iglesia en el reino hispano-suevo (408-585); IV. La época de transformación del reino visigodo por Leovigildo y Recaredo (568-589). La misma división de la materia nos marca la discontinuidad que el reino visigodo sufre en todos los aspectos sin excluir la política religiosa al desplazar sus sedes de las Galias a España tras el desastre de Vouglé; desastre en el que según el autor, que insiste en deslindar la política y la religión durante los reinados de Eurico y

Alarico, la confesión religiosa de los pueblos no jugó ningún papel importante ni directo ni indirecto; igualmente el título de la cuarta parte señala toda la importancia, aun para la estructuración de una Iglesia nacional, que Schaeferdiek atribuye a la acción política de Leovigildo.

No nos es posible reseñar aquí todos y cada uno de los múltiples aciertos y aportaciones del autor, numerosos y distribuidos a lo largo de toda su obra; para apreciarlos en todo su valor recomendamos a todos nuestros lectores la utilización inmediata de la obra de Schaeferdiek.

Creando, como creemos, en lo bien fundada de la atribución del «*Edictum Teodorici*» al rey visigodo Teodorico II (VISMARA, *Estudios visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1956, pág. 49-90) la utilización del mismo como fuente visigoda hubiera aportado algunos datos válidos para la política religiosa de aquel reinado (453-466); pero sin duda que el autor lo ha omitido por no considerarlo todavía como fuente totalmente segura.

Con otra difícil opción se ha encontrado también el autor ante el problema por él bien conocido (cfr. págs. 15-16) de la territorialidad o personalidad de los códigos visigodos y que condiciona la valoración e interpretación de las normas en ellos contenidas; al inclinarse por fin por la mayor probabilidad del principio de la personalidad algunas de sus interpretaciones sufren del condicionamiento de este punto de vista.

Analizando el hecho de que cuatro de los ocho obispos arrianos que abjuran en el Concilio III de Toledo proceden de sedes gallegas, Schaeferdiek ve en ello el resultado de la política de captación de Leovigildo; nosotros, al menos como igualmente probable, veríamos en esos obispos una especie de capellanes de las guarniciones militares que por razones de seguridad hubieron de establecerse en el reino recién conquistado.

Entre las identificaciones de las sedes representadas en el III Concilio de Toledo figura Segobriga en Segorbe; hoy no es sostenible esta identificación, que no tiene otro fundamento que un error, quizás interesado del siglo XIII, ante la semejanza fonética de ambos vocablos; las ruinas de Segobriga han sido ya exploradas en Cabeza de Griego, junto a Saellices, provincia de Cuenca, con hallazgo de no escasas monedas acuñadas en la propia ciudad. En cambio, Arcavica, cuya sede se había colocado en las mencionadas ruinas, hay que desplazarla dentro de la misma provincia de Cuenca, probablemente hacia la sierra, en los límites con Guadalajara, en el partido judicial de Priego. También la identificación de Biclara puede considerarse como segura (SOLDEVILA, *Historia de España*, I, pág. 96) con Vallclara, cerca de Poblet, provincia de Tarragona.

Estas menudas imprecisiones geográficas explicables porque la obra ha sido elaborada más allá de nuestras fronteras no significan nada en el conjunto de la obra; en cambio, sí que realza positivamente su valor el esfuerzo de Schaeferdiek, por acudir a veces a los mismos códices en caso de dificultades críticas; así, por ejemplo, al tratar de la introducción del «*et Filio*» o «*Filioque*» en el Credo constantinopolitano por el III Concilio

de Toledo, insinúa el autor, coincidiendo con Iugie, que dicha adición no procede del mencionado Concilio.

En efecto, en la fórmula de abjuración de los nobles, ninguno de los 11 códices que la transcriben conoce tal adición, el texto constante es *ex Patre procedentem*; en la fórmula de abjuración de Recaredo siete códices (OFDUGPW) coinciden con el *ex Patre procedentem*, mientras el *ex Patre et Filio procedentem* lo ofrecen únicamente los cinco códices de la Recensión Vulgata (CTRSZ) y el Emilianense que sigue también en este Concilio a un arquetipo de la Vulgata. Se confirma, pues, la sugerencia de Schaeferdiek de que la adición «et Filio» no figura en el texto genuino del Concilio III de Toledo.

En otro caso también pueden los manuscritos inéditos añadirnos algunos datos de apreciable valor; recoge Schaeferdiek la nota de Labbé a las firmas del III Concilio de Toledo; estas ediciones que Ph. Labbé tomó de un códice de Claude Hardy († 1678) se hallan también en el texto de dicho Concilio según le contiene la colección de Saint Maur (Musée Meermano-Westreenianum, ms. 9 y Vat. Reg. Lat. 1127; en el París lat. 1451, incompleto, falta este fragmento). El códice de Hardy contendría, pues la colección de Saint Maur, aunque si la transcripción de Labbé es exacta sus variantes excluyen la identificación, como bien señala Schaeferdiek, del códice de Hardy con ninguno de los tres actualmente conocidos. He aquí el texto en los lugares señalados por Labbé según el Meermano-Westreenianum n. 9, del que depende el Vat. Reg. lat. 1127:

[Entre *Liliolus* y *Jaquintus*].

Conimundus in Christi nomine episcopus Egedensis ecclesiae subscripsi.

Liliolus in Christi nomine episcopus Accitane ecclesiae subscripsi.

[Después de *Jaquintus*].

Sthephanus in Christi nomine presbiter uicem agensis Artemi metropolitani Tarraconensis episcopi subscripsi.

Las variantes son importantes, pues nos testimonian la presencia en el Concilio III de Toledo del obispo de Idanha Conimundo y del representante del metropolitano de Tarragona, omitidos en todos los códices de la Hispana; en cambio, Liliolo, obispo de Guadix, sólo ha sido desplazado en la Hispana con relación a Saint Maur, ya que esta segunda colección lo había omitido más arriba entre Argiovito y Celsino.

Brindamos a Schaeferdiek estos detalles complementarios que nos ofrecen los códices inéditos aún, pero cuyos indicios no se le habían escapado al autor.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ

SCHELLENBERG, H., *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*. (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.) 131 páginas.

No es sorprendente que haya salido de la escuela de Wieacker, cuyo estudio sobre las *interpretationes* del Teodosiano abrió un fecundo camino a las investigaciones sobre la *interpretatio* llamada «visigótica», esta interesante monografía sobre la de las *Pauli Sententiae*. Aunque el origen de la misma sea incierto, parece lo más probable que surgiera como obra unitaria, poco antes del 460, en el Sur de las Galias, destinadas al uso de los jueces, aunque conserve típicos rasgos del ambiente escolástico en que nació. El texto de las PS. sobre el que se basaba, y cuyo orden seguía, era un resumen distinto del que luego recogieron los compiladores del Breviario Alariciano; las diferencias entre ambas redacciones resulta perceptible. La indicación *interpretatione non eget* sería un recurso de aquellos compiladores para los textos de su edición que carecían ya de la correspondiente *interpretatio*. En comparación con obras contemporáneas como la *Consultatio*, la *Epitome Gai*, el *Gayo de Autun* o el *Código de Eurico*, esta obra reflejaría todavía un nivel bastante alto de cultura jurídica.

A. O.

SCHMIEDEL, B., *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*. (Graz-Köln, B. Schönhöfer, 1966.) xii + 131 páginas.

El autor presenta un análisis ponderado sobre distintos aspectos del problema de la costumbre como fuente de Derecho. La teoría del derecho consuetudinario aparece, según el autor, hacia el año 300 d. C. El carácter jurisprudencial del derecho clásico impedía la diferenciación de la costumbre como fuente distinta, y hasta las mismas referencias a la *consuetudo regionis* no aluden a una norma jurídica, sino a prácticas de hecho principalmente relacionadas con la vida administrativa y no con el derecho. La teoría post-clásica del derecho consuetudinario tenía especial interés para Justiniano, por cuanto su eliminación legislativa del derecho anticuado se fundaba en la fuerza derogatoria de la costumbre.

Quizá la datación del origen de esa teoría del derecho consuetudinario en contraposición al derecho escrito deba ser todavía retrasada. La primera constitución imperial en que se alude a la *consuetudo* es del 319 (CJ. 8, 52,2), pero en ella se trata de una costumbre provincial (de Africa).

Aunque Constantino hable de *auctoritas consuetudinis*, esto no induce a pensar que la teoría del derecho consuetudinario existiera ya en esa fecha. Lo mismo creo yo que se puede decir de la *necessitas consuetudinis* de CJ. 6, 9, 8, del año 329. En cambio, una alusión clara a la teoría de la costumbre como fuente independiente encontramos en una constitución del 381 (CJ. 5,20,1: *sive ex iure sive ex consuetudine lex proficiscitur...*). El

tractatus sobre derecho consuetudinario interpolado en Juliano D. 1, 3, 32 (*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur...*) corresponde, en mi opinión, a ese mismo momento, de fines del siglo iv, como sostuve hace años. La tendencia actual a reconocer las alteraciones de los textos jurisprudenciales a fines del siglo iii (estrato A) no debe llevarse al extremo de negar la importancia de las innovaciones doctrinales que se introducen a finales del siglo iv (estrato B), después de un siglo de legislación autoritaria.

ALVARO D'ORS.

STÜHFF, Gudrun, *Vulgarrecht im Kaiserrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Grossen*. (Weimar, Böhlau, 1966.) xii + 139 páginas.

La autora empieza por un replanteamiento del tema general del vulgarismo y del derecho romano vulgar: éste sería el resultado del primero, formaría un complejo de normas y no sería exclusivo de la práctica, sino que formaría también sustancia de la legislación imperial. El segundo capítulo se refiere a la relación entre derecho vulgar y *consuetudo*: siendo ésta no una fuente de derecho propiamente dicha, ni refiriéndose siquiera a normas de derecho privado de una manera principal, debe decirse que nada tiene que ver con el derecho vulgar como ordenamiento jurídico históricamente determinado. En tercer lugar, la autora entra en el tema propio de su estudio, a saber, la presencia del derecho vulgar en la legislación de Constantino: el origen del derecho romano vulgar debería buscarse en la mentalidad de los redactores de la legislación constantiniana. Por último, se explica el corolario de esta tesis: que no debe distinguirse el vulgarismo como un fenómeno occidental, toda vez que la legislación imperial de que mana supera la escisión Oriente-Occidente.

Como toda tesis nueva, y llevada con conocimiento del problema, la de la autora moverá saludablemente a nuevas reflexiones sobre el tan polémico tema del derecho romano vulgar, en el que domina todavía el planteamiento de Levy contra el que fundamentalmente se dirige la autora; pero de ahí a pensar que sus conclusiones sean aceptadas de manera general hay todavía alguna distancia.

A. O.

TOMÁS VALIENTE, FRANCISCO: *Los validos en la monarquía española del siglo XVII (Estudio institucional)*. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1963. 216 págs.

En la vida política del siglo xvii destaca, frente al sistema personal de gobierno encarnado en Felipe II, el mayor o menor abandono del

mando de la monarquía hecho por los reyes en manos de los Validos.

La presencia de estos personajes había sido aludida con el debido relieve en los trabajos históricos generales o monográficos sobre el siglo indicado, pero si se exceptúan las breves aunque atinadas indicaciones de García-Gallo (*) carecíamos de un estudio del aspecto institucional de los Validos, y este vacío es el que Tomás Valiente ha logrado llenar con especial acierto en la obra que reseñamos, constituida por una introducción en la que expone las líneas generales sobre el contenido y el sistema de trabajo y las fuentes utilizadas, y tres capítulos divididos en párrafos. En los apéndices, incluye los documentos de mayor y más general interés, algunos de los cuales revelan particularmente el lamentable estado de la administración central en el siglo xvii, y al final del libro una relación de la extensa bibliografía utilizada, distinguiendo la literatura de la época y las obras de nuestro tiempo.

I. El párrafo primero del capítulo primero (págs. 7-35) lo dedica a situarnos en el ambiente en torno al Valido, fijándose especialmente en los momentos de llegada a la cumbre y desgracia de cada uno de ellos.

En el primer momento de su reinado, Felipe III suprimió la junta o consejo privado que había ayudado en el gobierno a Felipe II durante su última enfermedad, y después de recibir el juramento de su privado y favorito el duque de Lerma le autorizó de manera verbal para firmar en su nombre cualquier orden o comunicación, lo que dio lugar a una práctica que años más tarde confirmó por medio de una Real cédula dirigida a los presidentes de los consejos, en la que los ordenaba cumplir todo lo que Lerma les dijera y que le informaran de cuanto quisiera saber, lo que significó tanto como la entrega del mando de la monarquía, que tuvo plenamente hasta que perdió la gracia real en octubre de 1618 a consecuencia de intrigas palaciegas, no sin haber obtenido antes algunos aplazamientos de su salida de la corte.

La sustitución del duque de Lerma por el de Uceda, su hijo, fue inmediata. En los primeros momentos se prolongó tácitamente en favor de Uceda la delegación de firma dada a su padre, pero un mes después de la caída de éste, Felipe III, quizá arrepentido de la dejación del poder en Lerma, dictó Real cédula en la que restringió notablemente el campo de actuación del nuevo Valido, lo que no impidió que poco a poco fuera adueñándose de la confianza real y consiguientemente del despacho de los asuntos de gobierno, aunque su poder no llegara a ser tan intenso ni tan aparente ni oficial como el de su antecesor, quizá por sus menores aptitudes políticas, el corto tiempo que estuvo en el poder y el mal recuerdo que en el Rey había dejado la privanza de Lerma.

El mismo día de la muerte de Felipe III, el gobierno de la monarquía pasó, por decisión expresa del nuevo rey, del conde de Uceda a

(*) A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*,² I, Madrid, 1967, pág. 799

don Baltasar de Zúñiga, quien no llegó a ser dueño de la confianza real ni tuvo la libertad de acción de que gozaron los Validos anteriores, acaso por perdurar en el ánimo del Rey la impresión de las congojas sentidas por su padre en los últimos momentos de su vida a causa de su negligencia en el ejercicio de las funciones reales, unida a la influencia de ciertas lecturas contrarias al valimento y también a la existencia de otra persona que por haber sido su gentilhombre cuando era sólo príncipe heredero gozaba de su intimidad, como sucedía con el conde duque de Olivares, reducido al principio al mero servicio personal de Felipe IV, pero sin quedar excluido del todo de la intervención en el gobierno, progresivamente aumentada en perjuicio de Zúñiga al punto de que llegara a suponerse la existencia entre ellos de algunas desavenencias.

La muerte de Zúñiga aclaró la situación, y el conde duque de Olivares aceptó, después de algunas vacilaciones debidas a su propio carácter, o a su astucia, el poder que le encomendaba Felipe IV, y de esa forma quedó solo en el mando, y lo ejerció absolutamente, aunque el Rey no lo abandonara por completo, hasta que a los veinte años de gobierno cayó por las inevitables intrigas palatinas (en las que no consta interviniera su sucesor), pero conservando, sin duda, el aprecio del Monarca.

El siguiente Valido de Felipe IV fue don Luis de Haro, que desde joven se había criado con el Rey y gozaba de elevada estima en el concepto del Soberano por las excelentes condiciones personales de que estaba dotado, lo que le permitió tener la plena confianza real y la amplitud de mando de los anteriores Validos, sólo atenuados externamente por la discreción de Haro y la resistencia del Rey a reconocer la amplitud de los poderes que aquél ejercía y a darle el título de ministro, conferido a la larga a Haro, e incluso con mayor solemnidad de la que hasta entonces se le otorgara.

Durante los cinco años que sobrevivió a don Luis de Haro, Felipe IV distribuyó entre varios consejeros lo que había sido función del valido y gobernó personalmente la monarquía, a la que quiso librar de tales personajes durante la tutoría de doña Mariana, para lo cual estableció en su testamento que hasta que el príncipe Carlos cumpliera los 14 años, los poderes y facultades que confería a aquélla los hubiera de ejercer con el consejo de una junta de gobierno por él mismo designada; pero esta previsión del rey difunto no sirvió prácticamente de nada, pues doña Mariana entregó su confianza al padre Nithard, le incluyó en la junta al nombrarle inquisidor general y, aparte del predominio que en ella ejerció, con su sola intervención se decidía la mayor parte de las cuestiones de gobierno, con lo que llegó a disponer de un amplísimo poder, en el que, sin embargo, no pudo mantenerse por la oposición que desde el primer momento encontró por sus circunstancias personales, la dificultad que suponía el testamento de Felipe IV y, sobre todo, la oposición de don Juan de Austria, que violentando la voluntad de la Reina logró la expulsión del Valido a los dos años y poco más de su ascenso al

poder, aunque no lo consiguió para sí, puesto que a los dos meses tuvo que retirarse de la corte, momento a partir del cual se inició una época durante la cual doña Mariana gobernó en la forma prevista en el testamento de Felipe IV, es decir, aconsejándose de la junta de gobierno.

A lo largo de los cuatro años en que eso sucede, don Fernando Valenzuela fue ganando por completo la confianza de la Reina, a lo que contribuyó el débil carácter de ésta y la ineficacia de la junta de gobierno, de forma que en 1673 era considerado en la corte como el nuevo Valido, pero no intervino directamente en el gobierno, pues no obtuvo ningún cargo que le facultara para ello, aunque sí los de caballerizo de la Reina, introductor de embajadores y primer caballerizo y superintendente de las obras de palacio.

Al cumplir Carlos II los 14 años, don Juan de Austria intentó otra la conquista del poder, pero al fracasar en su empeño, hubo de partir de la corte, de la que también salió desterrado Valenzuela; pero éste regresó al cabo de pocos meses y pronto logró la confianza y la amistad del Rey, lo que se tradujo primero en el nombramiento de caballerizo mayor y más tarde en la elevación a la grandeza y en la designación de primer ministro, determinación ésta que produjo la oposición de la alta nobleza castellana, que exigió la separación de la Reina madre de la cercanía del Rey, la prisión de Valenzuela y el establecimiento y conservación de don Juan de Austria al lado del Monarca, a lo que supo resistir Carlos II, que se vio así forzado a entregar el poder a don Juan de Austria, calificado por esto con razón como un antecesor de los dictadores modernos.

Valenzuela fue el último de los Validos, pero ello no quiere decir que desde la muerte de don Juan de Austria, ocurrida al cabo de poco más de dos años de su violenta ocupación del poder, Carlos II ejerciera por sí mismo el gobierno, ya que si cabe aumentó la dejación de funciones en otros personajes, como el duque de Medinaceli o el conde de Oropesa, que llevaron el título de primer ministro, al igual que don Luis de Haro y Valenzuela, y dispusieron de tan amplias facultades como los Validos, de los que sólo se diferencian en que en lugar de ser la amistad del Rey el origen de su llegada al poder lo que adquirieron como resultado de los manejos de las personas que rodeaban al Monarca, hasta el extremo de que tras de Oropesa hubo de distribuirse territorialmente el poder entre los duques de Montalvo y Monterrey, el condestable y el almirante, situación que se mantuvo hasta que enfermó Carlos II del mal que había de llevarlo al sepulcro decidió que el cardenal Portocarrero gobernara los reinos, así en lo político como en lo económico y militar, con las mismas facultades del Rey.

II. Los hechos expuestos permiten al autor hacer en el párrafo segundo del mismo capítulo segundo (págs. 35-55) una interpretación unitaria de los Validos, entre los que sólo incluye a Lerma, Uceda, Olivares, Haro, Nithard y Valenzuela, pues únicamente reúnen ellos los requisitos

típicos del Valido, esto es, la amistad íntima con el Rey y la intervención directa en el gobierno de la monarquía, aspecto este último que relegado primero a un segundo término adquirirá después mayor relieve.

La explicación más corriente de la presencia del Valido durante todo el siglo xvii se centraba en la falta de energía, de talento político y de laboriosidad de los últimos Austrias, pero esta interpretación parece insuficiente en vista de los claros indicios de que la dejación de funciones no tuvo lugar siempre sólo por indolencia ni en la misma medida.

El gobierno de la monarquía llevaba consigo una serie de dificultades y trabajos debidos a la complejidad intrínseca de la materia y a los males y defectos internos de la administración central.

Para despachar el enorme trabajo burocrático que implicaba, Carlos I y Felipe II se sirvieron de los secretarios de estado, llamados también secretarios del rey o secretarios de su majestad por la situación de continuo contacto con el rey en que se hallaban, más intensa e importante que la relación que mantenían con el consejo de estado.

Las conexiones que existen entre secretarios y Validos llevan al autor a trazar un esbozo del oficio de secretario de estado.

Inicialmente, los reyes consideraron a los secretarios de estado sólo como altos funcionarios burocráticos, en los que tuvieron diferentes grados de confianza e incluso de amistad, que no existía al tiempo de comenzar éstos el ejercicio del cargo.

Las funciones de los secretarios de estado que resultan de los títulos de nombramiento, de las instrucciones posteriores y, en general, de los documentos y referencias que los muestran actuando en casos y negocios concretos, son fundamentalmente servir de enlace entre el rey y el consejo de estado y despachar con aquél, por escrito o de palabra, todos los asuntos del gobierno de la monarquía, para lo cual podrán abrir los sobres dirigidos al rey, salvo los que contenían la indicación de "al Rey nuestro señor en sus reales manos".

Para desempeñar adecuadamente el oficio, los secretarios de estado reunieron condiciones de laboriosidad, falta de ambición y codicia, carencia de títulos nobiliarios y posesión de una formación universitaria y burocrática, de la que nace la nota de profesionalidad que los caracteriza, todas las cuales configuran al oficial o ministro de la monarquía, sobre el cual se monta un nuevo sistema administrativo, frente a la administración ejercida por la nobleza, a la que se intenta separar de dichas tareas y se le asignan los altos mandos militares, las embajadas y las elevadas dignidades eclesiásticas.

Durante el siglo xvii, los secretarios de estado quedan oscurecidos por la brillante y poderosa figura del Valido, que realiza ahora muchas de las funciones de los mismos, y entre ellas la principal que tuvieron, el despacho con el rey, e incluso los utilizan para su servicio.

El Valido no es un mero secretario de sangre azul, pues hay en él notas que no se dan en el secretario, como son las de ser hombre de gobierno

que interviene por sí mismo en la dirección de la monarquía; la de pertenecer a la alta nobleza, que intenta así asaltar pacíficamente los más altos puestos político-administrativos, como reacción contra los secretarios de estado, interpuestos entre el rey y los nobles durante el reinado de Felipe II; y la de disfrutar en grado sumo y con carácter exclusivo de la amistad del rey, incluso antes de que ascendiera al trono, en lo que jugó como factor importante el carácter de los monarcas, ya que de haber sido más enérgicos y conscientes de la conveniencia del gobierno personal del soberano absoluto no habrían permitido tanta intervención a sus Validos, habrían contenido a la nobleza y seguido, como los monarcas del siglo xvi, la línea de apoyarse en los secretarios y no en un hombre sólo, y, sobre todo, perteneciente a la alta nobleza.

La complejidad del gobierno de la monarquía combinada, pues, con la debilidad de carácter de los últimos Austrias y con la ambición de los nobles cortesanos, hizo posible la presencia del Valido.

La vinculación afectiva entre el rey y el Valido, aspecto el más destacado, cuando no el único, por los historiadores, es consecuencia del recelo que solía tener el rey de los demás ministros de la corte, así como del régimen de privanza que en ella domina en todo.

Pero el Valido es también el primer ministro del rey, término usado en textos de muy diversa índole, con el que se quiere indicar la cualidad de miembro oficial y elevado de la administración central que posee el Valido, a su poder para actuar y decidir en cuestiones de gobierno, es decir, al aspecto público, externo del valimiento, que diferencia al Valido de un mero favorito del rey, y da a su figura un claro contenido institucional.

III. El capítulo segundo (págs. 59-105) lo dedica a examinar la actuación de los Validos en el gobierno y el proceso de su institucionalización y adquisición del título de primer ministro.

La evolución de la figura del Valido la estudia como un proceso dinámico, examinando qué funciones realizaba cada uno de ellos, atendiendo para ello a las relaciones con el consejo de estado, así como a los otros papeles de despacho, tales como la correspondencia con los embajadores o la cruzada entre el Valido y el secretario de estado o entre aquél y los demás consejos y la manera cómo las llevaban a cabo.

Dedica una atención preferente a Lerma, Olivares, Haro y Valenzuela por el largo tiempo que gozaron del poder y marcar estos tres hombres fases importantes en la evolución del valimiento, a diferencia de Uceda y Nithard, que tienen menos importancia desde el punto de vista institucional.

La intervención del duque de Uceda en el gobierno aparece muy borrosa, pues salvo algunas ocasiones en que durante el primer año del valimiento contesta a las consultas del consejo de estado como portavoz del Rey, después se vuelve a la forma clásica de tramitación de las consultas, es decir, los secretarios de los consejos se entienden directamente con el de estado, y las consultas de éste van siempre a manos del rey, quien de su

pluma y letra escribe y rubrica sus breves decisiones. Por ello, Uceda fue siempre un simple favorito del Rey, un amigo suyo que influía en la voluntad real pero que no intervino directamente en el gobierno, o lo hizo escasamente, aunque poco después de la muerte de Felipe III se le llamará primer ministro del Rey.

Nithard ejerció una intensa influencia personal sobre la Reina, pero fue escasa su intervención directa en el gobierno, justificada con los nombramientos de consejero de estado, del que era un miembro más, e inquisidor general que le confirió doña Mariana, sin que a través de ellos ejerciera un papel directivo de la monarquía.

La intervención del duque de Lerma en el gobierno fue, por el contrario, intensísima, tanto en los negocios entre partes como en los asuntos de gobierno propiamente dichos, ya se tratara de problemas interiores ya de asuntos de política exterior en su más amplio sentido.

En general, Lerma tuvo a su cargo toda la fase de tramitación de los asuntos (petición de consultas, traslado de las de un consejo a otro, etc.), casi siempre a través del secretario de estado; el Rey no interviene nunca en ella, a diferencia de la resolutoria, en la que unas veces es el Rey quien al dorso de una consulta dicta la resolución correspondiente, y otras muchas es Lerma quien decide en nombre de aquél.

Para la realización de sus funciones, Lerma careció de título oficial, es decir, nunca tuvo ningún oficio en la corte ni ningún puesto o cargo en la esfera de la administración central; su intervención en el gobierno se apoyó exclusivamente en la Cédula de 1612, por la que Felipe III mandó a los presidentes de los consejos que cumplieran todo lo que Lerma le dijera u ordenara, y que se le informaran de cuanto quisiera saber concerniente a dichos consejos, con lo cual el Valido venía a convertirse en un *alter ego* del Soberano; pero a pesar de esta disposición, Lerma nunca dio órdenes en nombre propio, limitándose a actuar como un mero transmisor de las del Rey.

La posición de Olivares se caracteriza por su afición al ejercicio y menester del gobierno; la conciencia que tenía del carácter oficial de la función por él desempeñada, que se revela en la poca inclinación del conde duque a ocuparse en el reparto de mercedes y el deseo de servir en las cosas de oficio, con lo que se sentía más ministro de la corona que privado del Rey, y por la existencia de una especie de división del trabajo entre el Rey y Olivares, de modo que ni éste intentó arrinconar al Rey ni Felipe IV abandonó por completo en manos del Valido el gobierno de la monarquía.

Olivares fue desde 1622 miembro del consejo de estado, pero no acudía normalmente a las reuniones del mismo, salvo que se hubieran de tratar cuestiones de señalada importancia. Las cartas, memoriales, avisos o noticias del extranjero que consideraba debían ser vistos en el consejo, los remitía Olivares a aquél a través del secretario de estado. Las consultas eran siempre dirigidas al Rey, pero el Valido las devolvía al consejo para que las reformara o estudiara con mayor detenimiento algún

punto en ellas contenido, y una vez en estado de decisión, era ésta adoptada por el Rey, al que Olivares daría cuenta de la consulta, y algunas veces por el Valido, ya en nombre propio o aparentando que el mandato venía del Rey. Por tanto, aunque el consejo de estado actuaba por iniciativa del Valido y para su asesoramiento, no se reconoció formalmente al servicio de éste, sino al del Rey.

Además del consejo de estado existía en la corte otro alto órgano consultivo oficial denominado la junta de estado y también junta celebrada en el aposento del conde duque, de la cual este último también formaba parte. En ella se veían los problemas que Olivares o el Rey sometían a su consideración y las consultas, dirigidas al Rey, eran resueltas por éste o por el Valido. Con la creación de este órgano, parece se pretendió que en la junta se trataran las consultas del consejo de estado que el Rey u Olivares creyeran insuficientemente meditadas, y acaso también que se intentase dotar al Valido de una especie de consejo particular suyo, de un órgano sometido directamente a él.

Las relaciones epistolares con los ministros de España en otras monarquías europeas quedaban canalizadas a través de Olivares, quien normalmente recibía la correspondencia y la contestaba después de haber examinado con el Rey la cuestión de que se tratara. Ello no impedía que los embajadores se dirigieran directamente al Rey y que éste les contestara por sí mismo cuando se trataba de asuntos de importancia destacada.

La correspondencia con los ministros de otras monarquías y con altos personajes extranjeros tenía lugar siempre a través de Olivares, aunque en sus respuestas él se limite a actuar como ejecutor de la voluntad del Rey.

Por lo que respecta a la intervención de Olivares en las cuestiones relativas a mercedes, que fue mayor en los primeros años de su validamiento, se tiene la impresión de que procuraba desentenderse de la resolución de tan enojosos asuntos.

Como Felipe IV no otorgó al Valido un cargo con competencia determinada dentro del cual pudiese justificar su actuación efectiva, Olivares procuró apoyarse en distintos títulos y cargos oficiales de heterogénea naturaleza, muchos de los cuales (alcaide perpetuo de los alcázares y atarazanas reales de Sevilla, caballero mayor, capitán general de la caballería de España, tesorero de la corona de Aragón, alguacil y escribano mayor de la Casa de Contratación de Sevilla y canceller y registrador mayor de Indias) eran meramente honoríficos o de contenido estrictamente patrimonial.

El título fundamental, que Olivares llenó de unas funciones y una amplitud evidentemente superior a las propias del mismo, lo que le permitía intervenir decisivamente en el gobierno de la monarquía, fue el de consejero de estado, en el que por la fama de su amistad con el Rey ocupó una posición de indudable superioridad, que le hizo posible ser-

virse del mismo y de sus secretarios. Como prolongación de la calidad de consejero, puede considerarse la de miembro de la junta de estado, en la que actuó más de aconsejado que de consejero.

Para poder actuar no sólo en las cortes castellanas, sino también en los asuntos internos de las ciudades y villas con voto en aquéllas, Felipe IV concedió a Olivares en 1639 un regimiento perpetuo en las ciudades y villas con voto en cortes y la de procurador en cortes con voto fijo y perpetuo en cuantas en adelante se celebraran.

Por último, en 1626 Olivares recibió un poder concreto para recibir, como representante personal del Rey, el juramento y pleito homenaje que don Belisario de Aragón hubo de prestar al Rey de España por el principado de Piombino, y en 16 de mayo de 1642, ante la actitud de Cataluña y la sedición de Portugal, Felipe IV le nombró lugarteniente general para que con el mismo poder del rey dirigiera las campañas militares necesarias para la pacificación de aquellas provincias, lo que constituye una manifestación más de la tendencia de Olivares a apoyar su poder en cargos y títulos oficiales de los que se desprendiese una competencia concreta y amplia al propio tiempo.

De la comparación de las respectivas posiciones de Lerma y Olivares, no en cuanto al poder que efectivamente ejercieron, que fue muy amplio en ambos casos, sino respecto de los aspectos formales del valimiento, se desprende un claro cambio de enfoque sobre la figura del valido, al que se trata ahora de delinear como un oficio o cargo administrativo, como un ministerio, aunque no es fácil saber si Felipe IV y Olivares llegaron a plantearse este problema, pues es lo cierto que éste nunca se tituló primer ministro de modo oficial, por lo que hubo de reunir distintos oficios para apoyarse en el conjunto de ellos.

La configuración oficial del Valido en tiempos de don Luis de Haro aparece matizada de un lado por la discreción personal de éste, y de otro por los titubeos y escrúpulos de Felipe IV, que se veía constantemente inducido por sor María de Agreda a dirigir personalmente el gobierno y se consideraba culpable de haber dado demasiado poder a Olivares, por lo cual hizo el propósito de dedicarse más asiduamente a las tareas de gobierno. Sin embargo, don Luis de Haro sucedió de hecho a Olivares en la amistad del Rey y en el ministerio, aunque ninguno de ellos quisiera reconocerlo así en los primeros años del gobierno de Haro, que se mantuvo en una imprecisa posición de amigo y confidente del Rey, sin aceptar la idea, generalmente admitida ya en la época, de que el Valido debía ser además su principal ministro; lo que no impidió que, a pesar de una mayor intervención del Rey en el gobierno que antes, las atribuciones de Haro siguieran siendo amplísimas: la misma junta de estado que asesoró a Olivares se celebraba ahora en casa del Valido para asesorarle; mantenía éste la correspondencia con los embajadores extranjeros de la misma forma que antes lo hiciera Olivares; era también don Luis el encargado de resolver los negocios y pretensiones de

las partes, y también el consejo de estado estuvo al servicio del Valido.

A pesar de todo, Felipe IV no dio a Haro ninguno de los títulos que había tenido Olivares, y sólo en 1659, en el tratado de paz de los Pirineos, firmado por aquél, y en el poder que para tal fin le concedió Felipe IV, quizá como mero reconocimiento de una situación de hecho o por influencia francesa, o quizá mejor para justificar la intervención de Haro en tan importante negocio, ya que, como decimos, aquél no contaba con ningún oficio, llamó a Haro su primer y principal ministro, con lo que se está aludiendo al más destacado cargo de la monarquía, por lo que el oficio de valido tiene ya oficialmente el nombre que antes se le dio por cortesanos y escritores, aunque no se delimitaran las funciones concretas que a tal oficio pertenecían.

Durante la regencia de doña Mariana, Valenzuela no tuvo intervención en el gobierno, ya que, vigente la junta de gobierno nombrada por Felipe IV, subsistían los mismos inconvenientes que respecto a Nithard; recibió títulos cortesanos y cargos palaciegos que aseguraban la confianza e intimidad entre la Reina y el Valido y entre éste y Carlos II, menor de edad, y fue asimismo su confidente, privado o favorito, pero no obtuvo ningún oficio o cargo en la administración, ni siquiera el de consejero de estado.

Cuando Carlos II llegó a la mayoría de edad, pasados unos momentos de vacilación, nombró a Valenzuela primer ministro, lo aposentó en palacio y ordenó a los presidentes de los consejos que fuesen al cuarto del mismo a consultar y conferir las materias que se ofreciesen.

Es éste el momento en que el valido adquiere como tal el mayor carácter oficial en cuanto significa la elevación del valido del rey a aquel cargo; a partir de ese momento, Valenzuela, que hasta entonces no había podido intervenir directamente en el gobierno porque no tenía título adecuado, posee ya el poder suficiente para hacerlo.

Valenzuela representa el punto final de una línea evolutiva que expresa una tendencia a acentuar el aspecto público, externo, del valimiento, en la que se pueden distinguir tres fases fundamentales: a) primero, al valido le basta con la amistad del rey para actuar como su representante o portavoz (Lerma); b) en un segundo momento, el valido intenta pasar de la esfera privada a la de los ministerios y oficios (Olivares y Nithard); c) por último, el rey da valor oficial al cargo de primer ministro, para el cual designa a su valido, a su amigo y confidente (Valenzuela).

Esta situación, sin embargo, duró poco, pues la caída de Valenzuela equivale a la desaparición de los validos como amigos del rey y primeros ministros, ya que don Juan de Austria, Medinaceli y Oropesa no fueron libremente elegidos por el rey, aunque en sus días fueron designados como primeros ministros, por lo cual puede decirse que la figura del valido acaba por desembocar en la de primer ministro.

IV. Para completar la descripción del tema, expone en el capítulo

tercero (pág. 109-148) lo que sobre el valido se pensaba en la época, y especialmente la posición de los escritores políticos.

La actitud acerca del valido como institución es distinta según el momento que se escoja, el sector (nobiliario, popular o literario) que se pulse, e incluso el valido del que se trate.

La nobleza en general no se opuso al valido como institución, sino más bien a las personas que fueron escalando tan elevados puestos, especialmente cuando aquéllas no pertenecían al estamento nobiliario, como Nithard o Valenzuela, consiguiendo en estos dos últimos casos con su intervención partidista y meramente destructiva eliminar al valido, pero no corregir los defectos de la organización interna de la monarquía, aunque sí produjo una limitación efectiva del poder real.

En cuanto al pueblo, parece claro que veía mal no sólo la persona del valido, sino también el cargo, según claramente lo dicen los hombres tan conocedores del ambiente popular y cortesano como Novoa, Pellicer o como el alto funcionario Contreras.

La literatura política del siglo XVII, constituida por libros inéditos y obras de diversa índole (memoriales y escritos panfletarios) que aunque diferentes exteriormente, son del mismo tono o enfoque temático, se caracteriza por ser fundamentalmente pedagógica, didáctica, ya con un sentido predominantemente moralizador (Maldonado, Renzi), ya con una preferente intención pragmática, que más bien que de la perfección moral del valido se preocupa de enseñarle a conservar la privanza y a gobernar acertadamente (Pedrosa, Fernández Navarrete).

Como introducción de las obras de los escritores más interesantes, puede considerarse un grupo de autores que o bien se refieren a temas relacionados con el valido, como es el de los secretarios del rey (Bermúdez de Pedraza) o estudian las cuestiones de la privanza en su más amplio sentido (Guevara, Rivadeneyra).

Los temas de que, en términos generales, tratan los escritores son el de la conveniencia del valido y por qué razones, los límites o frenos que en caso afirmativo habría que colocar a su poder, y por último, los consejos éticos y pragmáticos para la perfección y conservación del valimiento.

Ante el problema de la conveniencia o inconveniencia de que haya valido, un primer grupo de escritores se limita a defender y justificar el hecho de que el rey lo tenga, poniendo como justificación ya la simple amistad del rey (Maldonado, Mut, Ortega y Robles, Solórzano), ya la necesidad que éste tiene de repartir el trabajo con alguien. Un segundo grupo de autores (Mallea, Baños de Velasco, Quevedo, Saavedra Fajardo) admite también la existencia del valido, pero insiste en que su poder ha de quedar subordinado al del rey, sin que suponga nunca merma de la soberanía de éste. La extensión de las funciones del valido varía en la opinión de cada autor, desde la escasa categoría que le atribuye Quevedo hasta la exagerada importancia que le asigna Baños, pasando por

el más ajustado sentido y función que le concede Saavedra; pero todos insisten en que la soberanía es inalienable e indivisible, y en que los que actúen despreciando tales realidades merecen censura.

Frente a los dos grupos anteriores, una tercera actitud es la de los que rechazan la figura del Valido y opinan que su presencia en la monarquía es perjudicial.

Del panorama de opiniones expuesto, se deduce que la literatura del siglo xvii más que oponerse a la presencia del Valido (en el que veía, ante todo, un amigo del Rey, faceta tan necesaria que a partir de Valenzuela, el último Valido, no se escriben ya más obras acerca de esta figura) se preocupó de limitar su poder y de reducirlo a sus justas dimensiones.

Sin embargo, no puede señalarse una línea evolutiva en la actitud y opiniones de los autores a lo largo del siglo, pues las obras que expresan las diversas tendencias aparecen en fechas muy distintas; la afinidad se da en sus ideas, aunque sus vidas no pertenezcan ni siquiera a una misma generación; tan sólo pueden advertirse las coincidencias antes indicadas, que dan lugar, por ejemplo, a la afinidad de pensamiento entre Santamaría y Portocarrero, el primero y el último de una serie de escritores cuyos extremos coinciden, lo que quizá se deba a que el hombre del siglo xvii se resignó o acostumbró a presenciar la sucesión de los Validos; y también es interesante resaltar el hecho de que el término primer ministro aparezca preferentemente en las obras de fines de siglo, en tanto que en las de principios predominan las voces de privado o Valido, especialmente la primera, lo que está en claro paralelismo con la aparición oficial del título de primer ministro en tiempos de Haro y su continuación a partir de entonces.

La literatura política del siglo xvii se preocupó también de los temas de la educación del Valido, en cuanto personaje que gobierna, y la conservación en la privanza, que suelen ir entremezclados, aunque en algún autor (Renzi) predominen las consideraciones en torno al perfecto Valido, y en otros (Jolffelts, Fernández Navarrete, Saavedra) las observaciones acerca de las virtudes del buen Valido van intercaladas con consejos para gobernar bien y mantenerse en el valimiento, que en Fernández Navarrete tienen cierta dosis de maquiavelismo, por la frecuente recomendación que hace al Valido de utilizar el disimulo y fingimiento, y en Saavedra Fajardo revelan su amplia experiencia y veteranía.

* * *

En el trabajo que hemos procurado resumir en las líneas que proceden, Tomás Valiente ha llevado a cabo una inteligente y sagaz interpretación de las abundantes fuentes que utiliza, todas de primera mano e inéditas en su mayoría, halladas en las minuciosas investigaciones hechas en el Archivo General de Simancas, en la sección de manuscritos de la Biblioteca Nacional y, en menor medida, en el archivo del Palacio Real.

La exposición desenvuelta con claridad y orden nos ofrece una com-

pleta visión histórico-jurídica de un tema tan importante como es el de los Validos del siglo xvii, por lo que sin vacilar podemos afirmar que constituye una valiosa aportación para el conocimiento de la organización y funcionamiento de la administración central durante la centuria expresada, y, por tanto, de necesaria consulta para los estudiosos de la historia del derecho español.

MIGUEL ANGEL PÉREZ DE LA CANAL

VANDERLINDEN, Jacques: *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*. «Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques». Editions de l'Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles, 1967; 500 págs.

En la terminología jurídica e histórica española suele reservarse la denominación de código para designar, especialmente, las sistematizaciones legales del proceso codificador del xix, como reflejo del racionalismo iusnaturalista, de las ideas revolucionarias francesas y de las realizaciones napoleónicas. La palabra código sirve —en un sentido estricto y técnico— para hacer referencia a los monumentos legislativos del pasado siglo, o los que posteriormente han continuado con aquel sentido. Los códigos, desde principios del xix poseen unos caracteres definidos. Todo lo más puede encontrarse algo análogo en el xviii, en las legislaciones ilustradas, marcadas también por un racionalismo esencial. En esta zona histórica la legislación presenta —como su más íntima intención— un deseo de regular desde principios, desde unas sencillas reglas basadas en la razón, que simplifican y mejoran la legislación anterior. Hasta ese momento las normas se podían reunir y sistematizar, pero recogidas, simplemente ordenando las ya preexistentes. Ahora —cuando aparece clara la idea codificadora— se trata de regular el futuro, las situaciones venideras, mediante unas normas nuevas, trabadas entre sí, coherentes, en un sistema. Y, además, en el intento suele haber —casi siempre—, una pretensión de unificación del derecho; se olvida lo particular para legislar con una extensión máxima —en los límites del moderno Estado—, desde reglas abstractas y genéricas.

Ahora bien, es evidente que la acepción de código es más amplia. El *Diccionario de la Real Academia*, da como dos primeras acepciones de la voz, las de «cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático» y «recopilación de las leyes o estatutos de un país». Con ello hace perder la distinción —tan clara para nosotros— entre código y recopilación. Pero además, en la primera designa, de una manera más general, lo que es un código. Y en la tercera acepción da por antonomasia esa designación —como ha sido a lo largo de los tiempos—, al de Justiniano. Incluso acepta

el Diccionario la palabra código en otras acepciones, tales como códice o cualquier conjunto de reglas o preceptos sobre cualquier materia, ésta figuradamente. Por otro lado, nadie puede negar esa mayor amplitud en nuestra historiografía jurídica, y es perfectamente claro por qué se designan de esta manera los cuerpos legales de Teodosio II, Eurico o Alfonso X. Este mínimo preámbulo tan sólo apunta a distinguir —claramente— dos sentidos de la palabra código: uno más estricto, más cercano al momento actual, y otro más genérico aplicable a recopilaciones y colecciones anteriores. Prescindimos de acepciones referidas a códice o la figurada.

Pues bien, la obra de Vanderlinden maneja una noción de código de máxima amplitud. Reúne cien ejemplos —exactamente—, en donde cabe ver esa idea de código y, con ellos, busca dar su definición desde el siglo XIII al XIX. Más exactamente, aparte dedicar dos al de Teodosio y al justiniano, reúne los restantes hasta comienzos del XIX, terminando con los códigos austríacos de 1803 y 1811 y las ideas de Jeremías Bentham sobre codificación. Según afirma, la codificación del XIX, por su extensión, requiere otra obra más detallada. Las fuentes utilizadas —lo esencial en ellas—, las trae en amplio apéndice —unas doscientas veinte páginas—, en donde, cronológicamente, reúne los materiales. Son éstos: prólogos, preliminares, promulgaciones o advertencias de cuerpos legales, oficiales o privados, proyectos pertenecientes a estos siglos; textos de autores privados o grandes funcionarios, y de Cortes o Parlamentos que piden o aconsejan una sistematización o codificación de normas. Estas fuentes corresponden a Alemania, Inglaterra, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia. Este es el abundante material que reúne al final del trabajo. Su extensa concepción de código le lleva por una parte a incluir —por su nombre— obras de índole doctrinal como el *Codex*, de Faber, así como las ordenanzas urbanas de Sevilla de 1527, etc. Ello se debe a la manera de realizar su intento.

Para Vanderlinden se trata de buscar, sobre la base de aquellas obras que llevan específicamente el nombre de *codex*, código, o similares, una idea de lo que en estos tiempos —siglos XIII a XIX— ha significado un código. Después, con ella vuelve sobre otros textos legales o ideas para recogerlos también y, con todos, perfeccionar esa noción que va buscando. Por ello en cada uno de sus capítulos añadirá una parte, en que pasa de las ideas *nommées* a las *innommées* de código, haciendo la extensión que señaló. Pero en la presentación —en la redacción—, opta por un procedimiento más sistemático: una introducción en que describe por siglos las distintas ideas de código y sus encarnaciones y tres capítulos sobre sus notas esenciales: la forma, el contenido y los atributos o caracteres de un código.

Al reseñar, apoyado en su apéndice, las distintas ideas o realizaciones lo hace con cierta celeridad. Naturalmente, se cuida de advertir que no se trata de una investigación sobre los distintos cuerpos legales, sino buscar sólo esa definición de lo que se entienda por código. Sin embargo, la ex-

posición de tan diferentes cuerpos, seguramente en estado de investigación muy diverso, es —por lo menos— arriesgada. Y no trato de señalar deficiencias en la parte española, lo que sería —quizás—, malentender su intento. Pero las circunstancias históricas de cada uno de los monumentos o ideas de código importan. El desgajarlos les deja, realmente, con un sentido disminuido para entender lo que fueron. La introducción, es por tanto, reseña de estas manifestaciones de la idea de código, con los precedentes teodosiano y justiniano, en el siglo XIII hasta el XVIII. Después acompaña unos cuadros de doble entrada —por fechas y países—, para precisar la distribución geográfica y cronológica de estas manifestaciones, distinguiendo en otro esquema similar el número de casos, por siglos, que en cada zona aparecen de códigos o intentos. Termina la introducción clasificando en dos apartados las ideas: teóricas y realizadas. Es decir, mera proposición de la idea de codificar por el mismo monarca, por un funcionario, por los gobernados —Cortes, Estados generales, etc.—, o por un autor; y las que alcanzan a realizarse y dan fruto en un cuerpo legal, en que se materializa esa intención, bien en su título o en el informe del redactor, en la introducción o el texto que lo promulga. Unas y otras sirven de base a precisar la definición que pretende.

Los tres capítulos del libro buscan precisar esa idea del significado del código. En el primero en cuanto a la forma, que para él es la coherencia. «Por su forma —escribe— el código es un conjunto, es decir, el resultado de la unión de partes en un todo; esta definición evidencia la coherencia propia de un código». Luego, distingue diversos sentidos de esa coherencia; coherencia en general, ya que las palabras con que muchas veces se designan —*compilare, colligere*— implican reunión, unión; coherencia estrictamente material, que viene expresada por la etimología de *codex*, como tabla, tablillas unidas, libro; coherencia por la ley, por reunir en una sola las que estaban dispersas; coherencia organizada, en un sistema; coherencia implícita, cuando se trata de meras referencias a un todo externo, como las peticiones de algunas Cortes españolas en el siglo XV para que se reúnan las leyes; y, por último, coherencia en forma negativa, al insistir sobre la dispersión de las fuentes o, al hacer referencia a sus distintos orígenes, a los monarcas que las dieron o los registros de donde se han sacado, por ejemplo.

En el segundo capítulo se ocupa del contenido. Puede abarcar todo o una gran parte del derecho. En el primer caso incluye la obra de Teodosio II, la de Alfonso X o Magnus Hakonarson; con alguna limitación, el *Corpus iuris canonici*, la obra de Colbert o el *Landrecht* prusiano, entre otros. Cuando se trata de intentos parciales, su especialidad puede venir determinada por referirse sólo a una fuente, especialmente a la ley; otras veces se recoge costumbres, otras jurisprudencia; o, también, dos de ellas, con exclusión de otras. El autor examina al mismo tiempo los códigos que se especializan en determinadas materias o sectores del derecho. En cada uno de estos apartados va recogiendo —con referencia al apéndice— los

distintos textos legales o doctrinales. También en este capítulo recoge otros dos aspectos: la importancia cuantitativa y cualitativa de los códigos y la fuerza a que deben su concreción. En el primero entresaca citas de ellos, cuando afirman que contienen todo o la mayor parte del derecho, o al menos —cualitativamente— lo principal, lo esencial, las leyes mejores, más adecuadas, útiles, más efectiva o frecuentemente aplicadas, las más justas, célebres, etc. En cuanto a la fuerza en que se basan, unas veces será la promulgación del príncipe, o bien su idea o iniciativa —como en la Recopilación de Montalvo—, otras, peticiones de asambleas o de grandes funcionarios, etc.

En el tercer capítulo, destinado a fijar los atributos del código, señala como tales, derivándolos de su material: la perfección, la coherencia, la difusión y publicidad, su fácil manejo, su orden o sistema, la claridad, ausencia de contradicciones; la conformidad al derecho real, su carácter de completo. El efecto fundamental de esos atributos es facilitar el conocimiento del derecho, que es imposible, o bien, muy difícil. De esta manera se evita la inseguridad, la mayor arbitrariedad de los gobernantes y los procesos largos y costosos.

Con estos esquemas del significado de los códigos —su forma, contenido y atributos—, J. Vanderlinden clasifica, pues, el material reunido. Hace ver en cada una de estas cuestiones lo que las distintas codificaciones suponen, cuál es su característica. Además, al fin de cada uno de los capítulos —aparte hacer la extensión de los códigos así denominados, sobre los que no llevan ese nombre expreso— añade un estudio de los factores que explican forma o contenido y atributos. Por ejemplo, al tratar de explicar el contenido hace ver que la ley resulta más fácil de recoger, por ello, es más frecuente su recopilación que la de costumbres o jurisprudencia; interesa, además, en especial, a los gobernantes, ya que ejercen a través de esta fuente normativa su control. Acerca de las materias expone la precocidad de la codificación del procedimiento y la posterior aparición de la penal o la civil. Intenta, pues, valorar y aclarar los factores del fenómeno codificador. Termina cada capítulo, también, con la distinción de otras manifestaciones cercanas a los códigos, en su forma o caracteres. Así, al deslindar —en la forma—, intentos afines, los distingue de los registros sistemáticos de disposiciones en los tribunales, de la promulgación repetida y periódica de disposiciones, de la reducción del número de éstas o de su confirmación para evitar las dudas y la inseguridad, los distingue, en fin, de una revisión de la legislación o un señalar jerarquía de normas. En el capítulo de contenido descarta, como diferentes, la obra doctrinal, las simples colecciones de jurisprudencia. En el tercero —referido a atributos—, diferencia la codificación de la unificación del derecho o la mera imitación de una obra anterior. Lleva, además, al fin del libro el apéndice de materiales —con cien números— que ya hemos mencionado, y otro bibliográfico; lleva también índice de nombres propios citados y, por último, el general.

En suma, un intento de precisar la noción de código desde el siglo XIII —atendido el precedente romano—, hasta principios del XIX. Muy amplia en su cronología y geografía. Sobre materiales tan vastos una caracterización de la idea y una ordenación de sus variantes. Esta es la descripción sucinta del libro.

M. PESET REIG.

VISMARA, Giulio: *Edictum Theoderici*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, Pars I, 2 b aa, Mediolani, 1967, 191 pag.

En el número 36 (1966), 634-635 de nuestro ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, dábamos un elenco de los once fascículos publicados dentro del I. R. M. A. Pero este valioso trabajo del profesor Vismara exige, desde luego, una recensión especial, porque además de desbordar, tanto por su amplitud, como por su minuciosidad y riqueza de detalles, el plan general del I. R. M. A. constituye un extenso estudio monográfico sobre un tema que ha alcanzado durante estos años el primer plano de actualidad al negarse la presunta autoría, hasta ahora en tranquila posesión, del Teodorico ostrogodo (493-525) para el «Edictum Theoderici» y sustituirle por Teodorico II rey de los visigodos (453-466).

En una primera parte de recapitulación histórica el autor ha reunido todas las noticias acerca de la tradición manuscrita del «Edictum Theoderici», así como las diversas ediciones y sus interdependencias desde la *princeps* de Phitou (1579) hasta la *facsimil* de Falaschi (1966).

Admitida la atribución del Edicto al rey Teodorico el Grande, propuesta por Pithou en el epígrafe de su edición «Edictum Theoderici regis Italiae» y confirmada por la autoridad de Dahn, los estudiosos sólo se preocuparon de precisar la fecha de la composición del Edicto dentro de los años del reino itálico de Teodorico el Grande; el profesor Vismara reúne todos estos intentos de datación con los argumentos y dificultades de cada una de las hipótesis avanzadas.

A continuación el mismo autor recapitula también el nuevo planteamiento de la paternidad del Edicto por Rasi en 1953 al rechazar la autoría del ostrogodo y proponer nuevas soluciones, así como las diversas tomas de posición contrastantes de los historiadores del Derecho, v. gr.: Mor. D'Ors, Levy, Schellenberg, Pontieri, Merea, ante la audaz y novedosa afirmación de su colega.

El mismo profesor Vismara presentaba ya en la *Semana*, de Spoleto (29 marzo-5 abril, 1955), una comunicación (traducida al español y publicada en «Estudios Visigóticos», I, Roma-Madrid, 1956, 49-89), en la que se atribuía el «Edictum Theoderici» al rey Teodorico II. Ahora, en este nuevo trabajo, teniendo muy en cuenta cuanto sobre el tema se ha escrito en este intervalo de diez años insiste, refuerza y amplía los argumentos que militan por la autoría del Teodorico visigodo.

No es posible recorrer aquí uno por uno los eruditos, densos y ceñidos argumentos del ilustre profesor, quede esto para el lector atento de la monografía que reseñamos, pero podemos distinguir en su razonamiento como tres estudios; en primer lugar la exclusión de Teodorico el Grande, que nos parece quedar firmemente establecida, en segundo término la localización del Edicto en el ambiente provincial de las Galias en la segunda mitad del siglo v, igualmente cierta, y por fin la concreta atribución a Teodorico II, que se nos presenta como altamente probable y como la más pausable, sin que podamos alcanzar una certeza total.

La solidez de la monografía del profesor Vismara es tanto mayor porque, huyendo de cualquier generalización o de fáciles hipótesis, se halla construida toda ella sobre datos concretos concienzudamente analizados con abundantes referencias comparativas a los demás cuerpos legales anteriores y posteriores al mismo Edicto; asimismo las numerosísimas notas reflejan una familiaridad con las fuentes de la época y un dominio de la bibliografía verdaderamente exhaustivo.

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ.

WOLFF, H. J., *Die attische Paragraphe*. (Weimar, Böhlau, 1966.)
158 páginas.

El autor, conocido como uno de los grandes romanistas de nuestros días, es, al mismo tiempo, la primera figura actual en los estudios del derecho griego. La serie «Graezistische Abhandlungen» que él dirige, empezó en 1965 con una monografía de H. Meyer-Laurin sobre *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess*. Esta sobre la *paragraphe* es la segunda, y tiene evidente relación con la anterior. En efecto, el tema histórico-jurídico de que se trata aquí es el de los orígenes de la integración en el proceso de las alegaciones contradictorias del demandado. El proceso formulario romano alcanzó este progreso procesal, no sólo con la flexibilidad de la referencia a la *bona fides* (una conquista muy particular del genio jurídico romano), sino incluso, en las acciones de derecho estricto, mediante la inserción de excepciones (en especial, la *exceptio doli*), por las que se condicionaba la condena del demandado a la no aceptación judicial de los hechos por él alegados. Nada de esto llegó a conocer el derecho griego, cuyo proceso se mantuvo, en la medida en que nos es conocido, mucho más aferrado al esquema arcaico de afirmación y negativo, propio de la *dike* del derecho ático. Sin embargo, la aparición, a fines del s. v a C., de la *paragraphe* viene a ser un primer paso en la evolución hacia un tipo de proceso en el que se conjugan las alegaciones condicionantes del demandado, que no se reducen a una simple negación de la pretensión del demandante. La primera mención

aparece en un discurso de Isócrates de hacia el año 400 a. C., que alude a la introducción legal del recurso en el año 403-2 a. C.

Contra la teoría de la «inescindibilidad» del proceso, defendida por Paoli y Biscardi, muestra el autor que la *paragraphé* se presenta como un contraproceso separado, aunque se tramite ante el mismo tribunal, de cuyo resultado depende la prosecución del proceso principal.

Con un examen completo de las fuentes, principalmente, nueve discursos forenses (de Isócrates, Lisias y el Corpus demosténico), el autor traza un cuadro detallado del régimen de esta institución, de su evolución histórica y de su significación dogmática.

A. O.

V A R I A

CRONICA DE LA SESION XXII DE LA SOCIEDAD DE HISTORIA DE LOS DERECHOS DE LA ANTIGUEDAD

Perugia, Gubbio, Spello 11-14 de septiembre 1967

En el incomparable ambiente universitario del *Studium generale* de Perugia, se ha celebrado la XXII sesión de SIDA. Tal como se había anunciado el año pasado en Salamanca, en la clausura de El Escorial el 1 de octubre, el tema central a desarrollar en el Congreso sería la magistratura romana y otros afines. Sin embargo, como ya es costumbre en otras sesiones de la Sociedad, se tocaron igualmente otros muchos temas en comunicaciones, sin duda alguna, muy interesantes.

Esta sesión de Perugia ha tenido la novedad, además de una gran movilidad. El 11 y el 14 de septiembre —primero y último de las sesiones de trabajo— la docta asamblea se congregó en el Paraninfo de la Universidad de Perugia. En cambio, los otros días y en una perfecta organización, por la que debemos felicitar sinceramente al Profesor DE DOMINICIS, las reuniones tuvieron lugar en Gubbio (12 de septiembre), una de las más bellas ciudades medievales de la Umbria, y en Spello (13 de septiembre), lugar donde los congresistas fueron cordialísimamente recibidos por el Ayuntamiento de este viejo municipio romano.

Las distintas ponencias ante la dificultad de agruparlas por un orden sistemático, las referimos por el mismo orden en que fueron presentadas en el Congreso, en sus distintas sesiones de trabajo:

R. VILLERS (París): *Quelques précisions sur l'histoire des tribuns de la plèbe*. El autor estudia un problema interesante desde el punto de vista político, como es el de la permanencia de los poderes tribunicios, concurrentes con el poder imperial, durante el alto imperio. No desaparecen dichos poderes y aún se conservan en el siglo II de nuestra era, sobre todo en tres campos bien concretos: En el terreno político *stricto sensu* como por ejemplo, la *intercessio* contra una proposición hecha al senado por un pretor y el *auxilium* que el tribuno presta a un ciudadano, sea o no plebeyo; en el orden administrativo, participan, con el pretor y los ediles, en la policía de la ciudad, dependiendo de ellos determinadas autorizaciones, necesarias a los ciudadanos, para muchas actividades de la vida cotidiana de la urbe: transporte de cadáveres, etc.; finalmente, en el aspecto puramente judicial, el poder de los tribunos, queda aún vivo en esta época —aunque no deja de ser un asunto extra-

ordinariamente discutido— en la *intercessio* que pueden oponer a las decisiones tomadas por el cónsul o por el pretor.

E. BETTI (Roma): «*Iurisdictio praetoris*» e *potere normativo*. Con una admirable viveza y emocionada elocuencia, el venerable y distinguido ponente ofrece una síntesis crítica, como resumen de una hipótesis histórica original, expuesta por él mismo, ya hace algunos años, en la Universidad de Florencia. Siguiendo una línea clara de pensamiento, BETTI demuestra la inexistencia de una pretendida incompatibilidad metodológica, entre la directriz nomogenética de WILCKER (*Von Römischen Recht*, 1962) y la orientación histórico-dogmática que él mismo pretende seguir.

Con relación al tema concreto de la *iurisdictio* del pretor y su función normativa creadora, el relator lo estudia en la propia raíz de la función soberana de plenitud que supone la magistratura, reservada al supremo magistrado, en cuanto ya era propia del *rex*, y ejercitada por el pretor como poder emanado directamente del cónsul. Ese poder normativo que se manifiesta en la *iurisdictio* viene a ser, por tanto, la supervivencia histórica de una posición constitucional verdaderamente soberana y cuyas raíces habría que buscarlas en el arcaico *imperium* del rey.

J. A. C. THOMAS (Londres): *Furtum of documents*. Un tema verdaderamente original y donde la jurisprudencia romana llega a aquilatar el sentido patrimonial del daño con vistas al resarcimiento. A través de un examen cuidadoso de textos escogidos llega el autor a señalar el problema más importante de los distintos supuestos de robo de documentos: el de la determinación del *duplum* del valor patrimonial sufrido, como se lo plantea ULPIANO (41 *ad Sab.*) en D. 47. 2. 27 para el caso de *furtum* de las tablas testamentarias. También Paulo (9 *ad Sab.*) en D. 47. 2. 32 examina un caso parecido y en donde hay que llevar al ánimo del juez la prueba del daño sufrido, equivalente al *debitum* que por causa del robo se ha perdido.

Terminó Thomas su brillante ponencia aludiendo a distintos pasajes en donde el jurista clásico se plantea posibles concurrencias con las *actio legis Aquiliae* (Ulpiano, 41 *ad Sab.* D. 9. 2. 41) y con la *actio depositi* (Juliano, 48 *Dig.*, D. 9. 2. 42).

J. E. SPRUIT (Utrecht): *La condition juridique et sociale des acteurs dans le Codex, Theodosien XV, 7*. El joven profesor holandés expone la curiosa situación social de los actores y actrices, en las distintas constituciones imperiales contenidas en el artículo 7 del libro XV del Código de Teodosio. Normas imperiales del último cuarto del siglo IV y primeros años del V. El ordenamiento jurídico parece recoger, por una parte, la vieja y censoria nota de desaprobación social hacia estas personas y, por otra, la tradición cristiana en unos años en los que estas profesiones aparecían reprobles a la conciencia religiosa, tanto en la doctrina patristica (san Ambrosio) como en los cánones de los sinodos provinciales (*Codex eccl. africanae*, 45). El Derecho imperial cristiano trata de respetar este estado de cosas tradicional, con relación a unas profesiones consideradas como indignas.

V. POLÁČEK (Praga): *Les magistratures dans l'opinion collective du monde antique*. Mantiene la ponencia una línea clara de pensamiento. La comparación de la sociedad moderna y la antigua hasta descubrir una superestructura jurídica idéntica, como una constante histórica, que puede dar lugar a fenómenos idénticos también. Sobre esta base, la historia de los Derechos de la antigüedad deja de ser un puro examen investigador de fenómenos pasados, para convertirse en una ciencia del momento presente e incluso del futuro. El relator emplea para ellos dos viejos ejemplos: uno de la época faraónica, del siglo xxv a. C. y otro de la era alejandrina del siglo iii a. C.

H. ANKUN (Amsterdam): «*Utilitatis causa receptum*». *Sur le pragmatisme des juristes romains classiques*. Una interesante comunicación sobre la jurisprudencia clásica y su importante papel en la evolución universal del Derecho romano hacia un definitivo triunfo de la *utilitas* sobre el *ius strictum*. El autor hace una detallada estadística de todos los pasajes en que los juristas romanos, de Labeon a Paulo, mencionan el concepto de utilidad u otro análogo, como causa fundamentadora de una decisión litigiosa. Las *responsa*, sobre todo, constituyen dentro de las obras jurisprudenciales, un ejemplo fidedigno del sentido práctico y no dogmático del Derecho romano clásico.

Unas interesantes intervenciones de Mayer-Maly y de Guarino precisando algunos aspectos de la comunicación, respondidas con precisión por el relator, pusieron fin a la disertación.

R. VIGANÓ (Milán): *Sulla datazione dell' «edictum de fluminibus retardis»* (Gell. N. A. XI, 17). Un tema desarrollado con pulcritud y una investigación basada en un texto hasta ahora ignorado por la ciencia romanística. Se trata de un pasaje de las «Noches áticas», de Aulo Geilo, examinado detenidamente por el autor para precisar la fecha exacta del edicto en cuestión. Tras el estudio crítico del texto de Gelio y las referencias históricas en él contenidas, poniéndolas en relación con otras fuentes (Tácito: *Ann.* I, 76 y I, 79; *CIL.* VI, 31540 1 = Dessau 5922, c), el profesor Viganó deduce con precisión que la fecha del *edictum de fluminibus retardis*, no puede ser posterior a la primera mitad del siglo i antes de Cristo.

J. DANILOVIC (Belgrado): *Quelques observations sur le problème des actiones populares*. La profesora yugoeslava, tras un largo comentario a la obra de Casavola, sobre las acciones populares, mantiene la tesis de una mayor proximidad entre las acciones *cui volet*, previstas en el edicto y cuyo paradigma parece ser la *actio de sepulchro violato*, y aquellas otras de legitimación igualmente universal pero que provienen de las leyes. Muy posiblemente la categoría de acciones populares, tal como nos ha llegado de la jurisprudencia clásica, a través del Digesto, no formó una clase especial e independiente de acciones, sino que, como sucede con frecuencia, tras la elaboración jurídica posterior, pudo crearse el *genus de actiones populares*.

A. DELL'ORO: (Módena): *La posizione della magistratura nel Principa-*

to. Una visión original y certera se propone el relator en el estudio de las vicisitudes que tras el advenimiento del Imperio, pudieron ocurrir con relación a las magistraturas republicanas. Frente a la opinión tan extendida de que los magistrados perdieron sus poderes constitucionales, conservando tan sólo funciones meramente formales, el autor, examinando caso por caso las magistraturas, llega a la conclusión de que, no obstante la influencia política que el Imperio pudo suponer en el funcionamiento de hecho de las mismas, tanto los cónsules, que conservan la prerrogativa de la eponimia y adquirieron nuevas atribuciones públicas, como los pretores, que siguen vigilando por la actualidad del Derecho durante largo tiempo, y los restantes cargos republicanos conservaron su posición constitucional originaria, a pesar del cambio político sufrido tras el imperio augusteo.

T. MAYER MALY (Salzburgo): *La natura della cosa e il Diritto romano*. La comunicación se apoya en unos textos (D. 47. 2. 16; D. 47.2. 52. 5; D. 1.5.15; D. 45. 1. 83.5 y *Pauli sent.* 3. 4. b 1) y trata de demostrar que la significación de «naturaleza de la cosa» empleada con frecuencia por los jurisconsultos romanos, no debe traducirse simplemente por *natura rei*, sino que debemos buscar su significación a través de una relación entre lo posible y lo necesario, el *sollen* y el *sein*. *Natura rei* es el resultado de un complejo entrecruzarse de conceptos, tanto ontológicos, como normativos.

M. GARCÍA GARRIDO (Santiago de Compostela): *Baldo sobre «possessio civilissima*. La moderna doctrina civilística suele manejar, muchas veces con ligereza, conceptos de pretendido fundamento romano. Algo de esto ha sucedido modernamente al aplicar el concepto de *possessio civilissima* a la transmisión de la posesión del de *cuius* al heredero y a otras instituciones. El autor demuestra claramente, que tanto la denominación como el concepto de esta figura posesoria, fue creado por Baldo en su comentario a la constitución *ut inter divinum* de Justiniano (C. 1. 2. 23). Un solo caso existía de posesión civilísima para el jurista medieval y éste era el previsto por un texto de las Decretales (X. 1. 4. 2) con un tipo especial de posesión creado artificialmente por la ley o el estatuto. Tras la vulgarización postclásica, fundidos los conceptos de posesión y propiedad, los juristas de la Edad Media llegan a la nueva concepción, sobre todo a través de la doctrina de la *traditio* simbólica, al contemplar el supuesto de donación de bienes a la Iglesia, en la forma llamada de *scotatio* o *scotitio*. La comunicación fue interesante, por afectar a un tema en el que se encuentra implicada la moderna doctrina civil y también por significar un homenaje a la figura de Baldo, en un Congreso celebrado precisamente en su patria perugina.

J. H. MICHEL (Bruselas): *Pourquoi l'usucaption des immeubles durait-elle deux ans?* Uno de esos detalles que pasan apenas sin ser estudiados por los romanistas. Al comparar el sistema de la adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo del Derecho romano con el de otros pueblos, el plazo de un año suele ser más o menos frecuente. En cambio, el establecido para los inmuebles, de dos años, suele ser excepcional. Sugiere

el relator que muy posiblemente el tiempo de dos años, pudiera estar vinculado a algún procedimiento de la técnica agrícola, como parece desprenderse de un viejo pasaje de la *lex Manciana*.

O. ROBINSON (Glasgow): *A'propos d'esclaves abandonnés ou blessés*. La joven profesora inglesa hace un estudio de distintos problemas jurídicos que podrían plantearse con relación a los esclavos abandonados por enfermedad o por heridas. Desde el tiempo del emperador Claudio estos esclavos se hacían libres, norma que presuponia un cierto deber natural de los dueños de prestar una humanitaria asistencia a sus esclavos enfermos.

Sin embargo, distintos casos podrían presentarse de no fácil solución: ¿Qué sucedería si el esclavo se hería a sí mismo? ¿Tendría también, entonces, el dueño un deber de este tipo? ¿Qué tipo de indemnización sería debida en este caso al dueño por verse privado de los servicios de un *servus* por esta razón? ¿Entraría esta figura dentro del campo de los delitos?

M. DE DOMINICIS (Perusa): *Le «sacerdos provinciae» dans l'organisation administrative du bas empire et l'«Edictum Constantini» de Hispellum*. Nada más adecuada que esta comunicación presentada precisamente en Spello y en el salón de actos del Ayuntamiento de este viejo municipio romano que custodia uno de los Edictos constantiniáneos mejor conservados. Aparece en él la figura de un *sacerdos provinciae*, que en estos primeros años del siglo IV, se nos presenta como cabeza de una organización provincial y como un órgano político-administrativo, del cual nos llegan numerosas referencias. El *Edictum de Hispellum* constituye una prueba más de su existencia en la Tuscia y en la Umbria.

P. JAUBERT (Burdeos): *La «temeritas» et l'abus des Droits en Droit romain*. El relator hace un estudio completísimo del tema, no obstante ser una noción jurídica difícil de concretar. Supone un desarrollo y madurez jurídica grande en un ordenamiento y muy posiblemente entró el concepto de *temeritas* en el procedimiento romano, en la época de las leyes Silia y Calpurnia (Gai., 4. 13). Tal vez su aparición coincida con el declinar del *ius strictum* y con la aparición de la equitas en la mente jurisprudencial de los clásicos. De todos modos mucho antes que los compiladores lo incluyeran en la *Instituta* (4. 16, *de poena temere litigantium*) ya tenía su sitio claro en el Derecho clásico, como puede deducirse de Gayo (4. 171-182).

La comunicación supone la aportación de relacionar la idea de la *temeritas* en los *iudicia privata*, con la teoría del abuso del Derecho, aparentemente tan moderna y, sin embargo, tan antigua como el mismo Derecho romano.

K. VISKI (Budapest): *Sulla prova per esperti nel processo romano*. Un examen profundo de la fase *apud iudicem* del procedimiento romano y un estudio a través de las fuentes, de los distintos casos en los que podemos encontrar expertos que ayudan al ánimo del juez, antes de la sentencia: agrimensores, calígrafos, arquitectos, etc.

Contempla también el autor muy bien de cerca los supuestos en los que el *arbitrium* de un *bonus vir*, tercera persona imparcial y «experto» de la vida ordinaria, es utilizado también para la decisión judicial en distintos contratos en litigio —compraventas, arrendamientos, sociedades— o en otras relaciones litigiosas, vecindad, servidumbres, dotes, legados, fideicomisos, etc.

C. TOMULESCU (Bucarest): *L'«Actio furti concepti» dans la conception de Fernand de Visscher*. Se trata de un estudio de la pesquisa *lance lincioque* de las XII tablas y de su posible transformación en pesquisa simplificada, después de la *lex Aebutia*. El relator cree que una y otra fueron dos sistemas de investigación distintos y que no proceden —como ha sido opinión más o menos extendida— una de la otra, como una más entre las muchas simplificaciones evolutivas históricas. Por otra parte, el testimonio de Aulo Gelio (*Noct. att.* 16. 10. 8), que suele aducirse con frecuencia, como prueba fundamental en este asunto, no resulta tampoco definitivo, ya que en el pasaje no se dice que la *lex Aebutia* hubiese abrogado la pesquisa *lance et lincio*, sino que ésta cayó en desuso tras la aparición de la ley.

En cuanto a la expresión gayana empleada al explicar el ejercicio de la acción de hurto contra el detentador de la cosa, *quam vis fur non sit*, no considera el autor de la ponencia que se trate de una evolución de la *actio furti concepti*, ejercita en los supuestos de la pesquisa *lance lincioque*, contra aquella persona en cuya casa se hubiera encontrado la cosa robada, sino más bien una característica de este supuesto de la *actio furti concepti*, ejercitada contra el detentador de la cosa, prescindiendo de si efectivamente fue ladrón o no.

S. DI PAOLA (Catania): *Alla scoperta del negozio nullo*. Frente a las construcciones elaboradas de la pandectística que ha intentado ver en el llamado negocio nulo, como una categoría más de negocios jurídicos defectuosos, los textos romanos clásicos que nos han llegado a través del Digesto, por el contrario, no le atribuyen ninguna entidad, ni siquiera como *abstractum material* o pura existencia de hecho. El relator examina detenidamente una serie de pasajes jurisprudenciales donde se comprueba con toda claridad que para el jurista clásico el negocio nulo fue siempre un negocio inexistente: la venta de cosa propia, la *stipulatio* hecha por un loco, etc. Aunque el texto emplee la expresión *nullum*, *nullam esse emptionem* y otras semejantes, siempre lo hace con el sentido de no existente, sin pretender dar a la palabra la significación de relación jurídica defectuosa.

E. SZLETCHER (Paris): *L'autorité de la chose jugée en Droit Babylonien*. El autor examina un problema con relación a un supuesto bastante confuso que a través de restos epigráficos babilónicos se había planteado. Contrariamente a lo que se venía pensando sobre la ausencia del principio procesal de cosa juzgada en la época de Ur III y que lo definitivo del litigio provenía tan sólo de la aquiescencia de los litigantes, el relator trata de demostrar que ese valor definitivo del proceso procedía

de la valoración intrínseca del juicio llevado a cabo por el tribunal y no de la autoridad que pudiera prestarle el sometimiento voluntario de las partes.

La comprobación de este aserto la lleva a cabo el comunicante, examinando los actos procesales relativos a la renovación de una *actio de eadem re* y analizando el artículo 5 del Código de Hammurabi que impone una sanción al juez que haya cambiado el contenido de la sentencia que había sido ya dictada.

J. L. MURGA (Santiago de Compostela): *La «actio ex lege condicticia», una acción popular cristiana*: En la constitución justiniana C. 1. 3. 45 (46). 6, aparece creada una acción nueva para la ejecución de todo tipo de legados y mandas pías. Esta acción aparece curiosamente configurada entre lo público y lo privado: por una parte parece tener un cierto sabor clásico iusprivatístico, en cuanto que como las antiguas acciones populares, trata el legislador de fundamentar el carácter público del actor legitimado de modo universal, en el interés común que la *pietas communis* supone en la época justiniana. Por otra parte, la acción tiene ya un claro aspecto público y delictivo, como manifiesta el § 7, *in duplum omnino conveniatur* y el planteamiento de la *mora ex re* (§ 4), por el mero retraso sin necesidad de ningún otro requisito procesal, ni *interpellatio*.

Parece adivinarse en el texto legal la gravedad de la pura tardanza de la persona gravada que retiene fondos o bienes destinados a la Iglesia o a la beneficencia. Posiblemente dentro de la *mens legislatoris* actúa, al configurar esta *mora ex re*, algún tipo de delito semejante de retención injusta. Quizá el previsto por la vieja ley *Iulia de residuis* hizo a Justiniano fijar la *perpetuatio obligationis*.

J. DE FREITAS GUIMARES (Santos): *L'«auctoritas» nel Diritto romano*. El profesor brasileño realiza un brillante estudio de los problemas políticos que suponen, dentro de la larga evolución constitucional romana, la configuración de la *auctoritas* en los distintos supuestos de la magistratura. Siendo tan diversas las consecuencias que en el orden público y en el privado va planteando esta prestación de autoridad, el relator las examina detenidamente y consigue obtener como una *ratio* común de este actuar político de los magistrados.

Durante los cuatro días de la asamblea fueron realizadas numerosas visitas, tanto en Perugia como en los alrededores. Pudieron admirar los congresistas la exposición de códices medievales organizada por la propia Universidad, el teatro romano y el palacio medieval de Gubbio, la ciudad de Asis y su maravillosa colección de frescos del Giotto, el viejo municipio romano de Hispellum, etc.

Un auténtico éxito, pues, todo el Congreso y una admirable organización en todos los aspectos, por la que de nuevo damos nuestra enhorabuena al señor de Dominicis, presidente de la asamblea.

JOSÉ LUIS MURGA.

II CONGRESO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO

La Sociedad Italiana de Historia del Derecho (S. I. S. D.) ha celebrado, entre los días 18-22 de septiembre de 1967, su segundo Congreso Internacional sobre el tema *La critica del testo*, bajo los auspicios de la Fundación Cini (Isla de S. Giorgio), en Venecia. El lector de este ANUARIO encontrará en el volumen XXXV unas notas del profesor Martínez Díez sobre la programación de estos Congresos. Recientemente, han visto la luz las Actas del primero de ellos, celebrado en Roma en 1963, y cuyo tema fue, como es sabido, "La Storia del Diritto nel quadro delle Scienze Storiche".

El Congreso ha constituido un importante éxito en el programa de la S. I. S. D., que tiende, sobre todo, a fomentar el diálogo entre los historiadores del Derecho y los especialistas de materias conexas. La razón de ese éxito es triple; en primer lugar, la vigilante atención del profesor Bruno Paradisi, secretario de la S. I. S. D., alma y cabeza visible de la organización. En segundo término, la riqueza y variedad de las comunicaciones presentadas. Por fin, lo acertado del marco escogido, la isla de S. Giorgio Maggiore, que, por su situación y sus instalaciones, fue un lugar propicio para largas y fructuosas conversaciones entre los asistentes. Los objetivos a que tendía el tema general habían sido señalados en la convocatoria del Congreso como la discusión y definición de aquellos criterios que fuesen necesarios para poder reconstruir la tradición manuscrita y el análisis de las variantes textuales con el fin de fijar la norma original y su evolución posterior en las diferentes familias de códices.

Ciertamente el fin era ambicioso, pero sumamente necesario. Debemos señalar que hubo quizá, en la forma que revistieron algunas comunicaciones, un cierto particularismo que, en determinada manera, repercutió sobre el modo de alcanzar las metas propuestas. No, naturalmente, por carecer de interés ningún tema, simplemente, por ser, en algunos casos, las comunicaciones tan concretas y tan referidas a fuentes específicas que más eran exposiciones introductorias a una edición crítica de la fuente en cuestión, que una toma de contacto con los más amplios horizontes planteados al convocar el Congreso. Pero también hay que considerar que el planteamiento de muchos temas especiales da, a su vez, luz en esa problemática más general que se quería abarcar, sobre todo cuando se realizan esas aportaciones por figuras tan destacadas como las que allí se reunieron.

La sesión inicial, a la que no pudo asistir, por enfermedad, el profesor Pietro De Francisci, presidente del Congreso, ofreció la comunicación de F. L. Ganshof sobre los *Problèmes de critique textuelle soulevés par le Polytique de Saint-Bertin (844-859)*, prevista para el día 22, pero que hubo de ser adelantada a consecuencia de la imposibilidad de acudir de A. Piganiol, cuya exposición acerca de *La critique des testes*

du Code Theodosien era esperada por todos, con el lógico interés que podrá imaginar el lector. Cerró la sesión una erudita comunicación de G. Contini, quien disertó largamente sobre *Critica testuale come struttura*, ofreciendo numerosos puntos de vista filológicos, especialmente acerca del valor significativo de la "lectio difficilior" en la historia de la transmisión de los textos. Su aportación fue, ciertamente, uno de los más fecundos frutos del diálogo entre filólogos y juristas, que primordialmente perseguía el Congreso.

Las sesiones posteriores se desarrollaron en dos secciones, A y B, que se celebraron simultáneamente en salas contiguas. A continuación, indicamos los temas y autores de ellas y resumimos, brevísimamente, las conclusiones de algunas. El profesor, de Salamanca, M. Díaz y Díaz, desarrolló el punto *Geografía codicológica y crítica textual*; a lo largo de su exposición destacó, ilustrándola con numerosos ejemplos, la necesidad de tener presente en toda edición crítica, la procedencia geográfica de los códices. Las circunstancias propias de cada lugar son, en muchas ocasiones, causas justificativas de las variantes que en las diversas versiones se ofrecen, y de este modo puede obtenerse una luz especial en torno a los problemas de transmisión del texto, filiación de códices, introducción de variantes, etc.

El profesor A. García-Gallo se ocupó de la *edición de las fuentes del Derecho local español medieval*. Después de exponer el estado actual de esta cuestión, manifestando la carencia de una colección completa o suficientemente amplia de esas fuentes, así como de un inventario satisfactorio de todas ellas, aludió a los trabajos de los profesores Font Rius, Gual Camarena y Lacarra, quienes, por separado, preparan la edición de cartas pueblas y textos locales de Cataluña, Valencia y Navarra, respectivamente. Describió a continuación sus proyectos de edición de una selección de textos locales medievales, incluyendo ejemplares básicos y característicos de todo el ámbito geográfico español. Se excluyen las cartas pueblas, las Ordenanzas municipales y los libros del *mustaçaf* y se incluyen aquellos ejemplos de textos, breves o medios, que establecen el ordenamiento jurídico local y lo regulan, prescindiendo también de los privilegios locales de contenido concreto. Este trabajo plantea varios problemas peculiares; en primer lugar, los derivados de su transmisión manuscrita. De un lado hay que atender al desigual valor de las copias, medievales unas y modernas otras (posteriores al siglo XVI); en las primeras, el copista reproduce un texto vigente y lo hace precisamente por contener Derecho, y trata de mejorarlo. Las segundas, tienen una motivación erudita que da un valor muy variable al trabajo del copista, en función de su acierto o error al leer el modelo y de su afán de corregir gramaticalmente el original. El problema de su utilidad se acentúa si se ha perdido el original. Igual advertencia hay que hacer con lo relativo a las copias notariales o judiciales. Otra cuestión a tener presente ante las sucesivas reelaboraciones medievales, e incluso las falsificaciones de un texto, es

que no se pueden valorar con criterios meramente diplomáticos, como meras copias fieles del original, o como textos no auténticos, sino de nuevas redacciones de un texto jurídico que sigue siendo un texto vivo, revisado para facilitar su adaptación a los cambios de la vida local. Las concesiones de fueros de unas localidades a otras, plantean también delicados y específicos problemas de crítica textual, según que en ellas se aluda con cierta concreción a lo que se concede, o se reproduzca literalmente el fuero recibido, o se copie ese texto base con alteraciones; en relación directa con este aspecto tenemos el hecho de la existencia, en la Extremadura castellana, de un formulario de código de Derecho local, muy extenso, que fue objeto de sucesivas reelaboraciones y que sirvió de modelo a los Fueros concedidos en la primera mitad del siglo XIII a diversos lugares de Castilla y Andalucía, formulario descubierto por el conferenciante, y que obliga a replantear las conclusiones de Ureña en torno a la difusión del Fuero de Cuenca. También es importante, el tema de datación, cuando a un texto fechado en determinado momento se le añaden nuevos preceptos o suscripciones, sin modificar la fecha inicial; a veces (p. ej., Sepúlveda 1076, o Daroca 1142), se puede apreciar el hecho, pero en otras ocasiones resulta prácticamente imposible o muy dificultoso, pudiendo dar base a conclusiones erróneas, como las relativas a la aparición y desarrollo del Municipio en Castilla o en León, que tomaron por base documentos fechados mucho antes de su auténtica redacción. Por último, el problema de la autoridad global del Derecho municipal, en el que se van injertando nuevos preceptos de origen muy distinto y que no estaban en la primitiva concesión, pero se van incluyendo en las sucesivas confirmaciones. Esta panorámica de problemas llevó al conferenciante a la conclusión de que, en este tema concreto, las ediciones críticas ideales para un filólogo no lo son para un historiador del Derecho, y viceversa, sin que ello suponga rechazar los principios y normas generales de la crítica textual, sino simplemente adaptarlas a las peculiaridades jurídicas propias de estas fuentes, para cuya adaptación, el comunicante concluyó exponiendo algunos criterios, tanto de edición como de ordenación de los textos, aspecto, este último, en el que se mezclan condicionantes históricas, geográficas, etc.

Una cuestión de índole muy central fue también la comunicación del profesor Max Kaser *Zum Problem der Glaubwürdigkeit unserer römischen Rechtsquellen*.

El objetivo de esta comunicación era señalar las razones que justifican la tendencia conservadora, hoy dominante en la crítica interpolacionista. Desde dos puntos de vista fundamentales puede estudiarse esta cuestión: el "clasicismo" de Justiniano y el carácter "diferenciado" del Derecho clásico. Respecto del primer punto, el Digesto, en su conjunto, refleja la intención de conservar y salvar el pensamiento jurídico clásico. También, en las interpolaciones de Justiniano, se advierte la intención de conservar y salvar el pensamiento clásico, manteniendo vivo

cuanto sea posible de la literatura en que plasmó, si bien procurando para ello adaptar a las exigencias de los tiempos, en la medida estrictamente indispensable. Esas interpolaciones se reducen a cinco grupos: coordinación con la legislación imperial de Justiniano y sus antecesores, desde Constantino; eliminación de instituciones envejecidas; adaptación de numerosos textos relativos al procedimiento formulario *per cognitionem*; modificaciones escasas causadas por los cambios constitucionales, religiosos y económico-sociales; modificaciones textuales muy numerosas, que, en rigor, no cambian el sentido del texto clásico y nacen de la tendencia de las escuelas orientales a presentar las cuestiones de una forma más teórica y sistemática. Pues bien, más allá de esos cinco tipos, no es verosímil pensar en una mayor alteración de la jurisprudencia por parte de los compiladores. En lo relativo a la segunda cuestión, los escritos de los clásicos, especialmente Ulpiano y Paulo, contenían resúmenes sobre el *ius controversum* mucho más amplios y articulados que los que conservamos, pues fueron eliminados y recortados por los proto-postclásicos y los compiladores. Las "contradicciones", descubiertas por muchos críticos de interpolaciones, son en verdad diversas opiniones de juristas y clásicos que los compiladores no han sabido reducir a unidad. La técnica de los paréntesis cuadrados se hace aquí inútil, pues los compiladores no han querido "cambiar", sólo "simplificar y concretar". Queda, por último, recordar el prejuicio de los cazadores de interpolaciones acerca de la sobrehumana pureza de estilo que habrían tenido los clásicos y la búsqueda de palabras no clásicas, exageraciones evidentemente abandonadas hoy. Si en el estilo nos fijamos, habrá que recordar cómo una gran parte de esa jurisprudencia clásica tenía un fin puramente didáctico o estaba impregnada de elementos retóricos. Es por todo ello importante destacar la medida moderada en que Justiniano modela el derecho clásico y sin despreñar la crítica de las interpolaciones, manifestar la riqueza de matices que encerraba el pensamiento jurídico que nos han transmitido los compiladores.

Con términos muy similares había de expresarse el profesor F. Wieacker al desarrollar su exposición *Zur gegenwertigen Lage der romanistischen Textkritik*. Tras analizar en la primera parte de sus palabras cómo la crítica textual radicaba sobre cuatro premisas: purismo lingüístico, ideal pandectístico de una dogmática jurídica axiomático-deductiva, el descubrimiento del *Volksrecht*, por L. Mitteis, y la presencia subterránea de una *oströmische Schuldoktrin* (de todas las cuales, las dos primeras eran incompatibles con el sentido histórico de la crítica textual), puso de relieve, además, que, sin demérito para los grandes maestros de su realización, el procedimiento técnico de la crítica radical interpolacionista tenía dos limitaciones, la excesiva valoración de criterios propiamente lingüísticos y la suposición de que las interpolaciones se originaban solamente por una mutación del derecho vigente o una adecuación a la

realidad de un texto ya envejecido. Pero no es ni justa ni bastante una mera reacción anticrítica. En lo referente a los criterios a aplicar a las interpolaciones justinianas, la postura de Wieacker coincidió sustantivamente con la de Kaser, arriba resumida. Lo relativo a las que son prejustinianas debe enfocarse como mucho más difícil que es, atendiendo al estudio de los textos paralelos prejustinianos distinguiendo entre las interpolaciones más antiguas o epiclásicas, y las romano-orientales. Cerró el eminente romanista sus palabras con unas certeras valoraciones acerca del valor y sentido del Digesto.

En una panorámica de valores más concretos, cabe reseñar, que en lo referente a los Derechos romanos y de la Antigüedad, presentaron comunicaciones los profesores M. Th. Lenger, *Critique textuelle et interpretation des documents juridiques grecs sur papyrus*; G. Pugliese Carratelli, *La trasmissione dei documenti d'archivio nel mondo greco-romano*; H. Kupiszewski, *Testi greci come fonte della spiegazione di qualche vocabolo greco nel Digesto*; H. J. Wolff, *Methodische Grundfragen der rechtsgeschichtlichen Verwendung attischer Gerichtsreden* (al término de esta comunicación se produjo una interesante intervención del profesor Wieacker sobre las posibilidades de conocimiento e influjo del Derecho helénico; recuérdese, por otra parte, que el profesor Wolff dirige la sección de Derecho griego en el Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Freiburg i. Br., entidad única en su género en Europa). M. Bretonne, *Publius Mucius et Brutus et Manilius qui fundaverunt ius civile* (D. 1, 2, 2, 39). V. Poláček, *La pace de Apamea, Note esegetiche intorno ai testi di Polibio e di Tito Livio*. P. Pescari, *La posizione del Digestum vetus nei confronti della Littera Florentina*. F. Casavola, *Auditores servi*. A. Biscardi, *Per una nuova edizione critica della Paraphrasi di Teofilo*. A. A. Schiller, *Vindication of a Repudiated Text: Sententiae et Epistolae Hadriani*. G. Brogini, *Rapporto sull'Index Interpolationum*. P. Stein, *The Relations between grammar and law in the early Principate, The beginnings of analogy*. E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*. G. G. Archi, *Gli scritti dei giureconsulti classici Nella valutazione di Giustitiano*. A. Pagliero, *Testo ed esegesi delle XII Tavole*. E. Paratore, *Il problema degli Pseudoepigrapha nelle letterature classiche allo stato attuale*. Ph. Meylan, *Reflexions sur notre tradition manuscrite des Institutes de Gaius*. Como puede apreciarse, la aportación de los orientalistas y romanistas constituyó uno de los pilares de nuestro Congreso.

En otro orden de cosas es de destacar también la serie de comunicaciones debidas a los historiadores del Derecho, que abordaron temas relacionados más o menos con cuestiones de la canonística. Su reseña debe encabzarse con la conferencia del profesor Gonzalo Martínez Díez, que si bien aludió fundamentalmente a fuentes canónicas, amplió sus referencias críticas a otras fuentes de la Historia del Derecho al exponer

los problemas que plantea *La edición crítica ante las varias recensiones y formas de un texto*. Aparte de los aspectos comunes a cualquier edición crítica, distinguió los siguientes casos: en primer término el de que el texto haya sufrido refundiciones, ampliaciones o abreviaciones representativas de un estadio del devenir jurídico, para cuyo reflejo resulta modélico el sistema de Haenel al editar la *Lex Romana Visigothorum*. El caso de un texto cuyas varias recensiones han consistido en adiciones sucesivas que no alteran las anteriores (Colección Canónica Hispana, Tripartita, Cesaraugustana, etc., entre las canónicas, y el típico de las Siete Partidas). El caso de una edición de texto jurídico por un historiador del Derecho, que debe aportar también la historia jurídica de la obra, la cual se desprende del análisis de las vicisitudes en la transmisión de los textos, como ejemplificó el conferenciante con la recensión Juliana de la Hispana, que alcanza hasta el Concilio XII de Toledo (681), y con las colecciones sistemáticas visigótico-muzárabes derivadas de la Hispana. El caso de que las diversas recensiones hayan llevado consigo también una reelaboración de las mismas expresiones literales, cuya técnica fue resuelta por Zeumer al editar el *Liber Iudiciorum* distinguiendo entre las recensiones Recesvindiana y Ervigiana pese a que, por otro lado, no llegase a "explotar mediante crítica comparativa de las variantes los datos propios de cualquier edición crítica en orden a dibujar un cuadro exacto de la difusión temporal y geográfica de las diversas familias de manuscritos, lo que hubiese equivalido a una historia de la propagación y utilización del Liber después de la invasión musulmana". El comunicante señaló aquí la posibilidad de que el Concilio XVIII de Toledo, celebrado hacia el 702 y desconocido para nosotros, se encuentre en el título *De electione Principum*, segregado de su edición por Zeumer, que fue criticado en este punto, con razón, por Ureña. El caso de un texto que difiere en el número de piezas y capítulos de un manuscrito al otro, pero en el que cabe distinguir varias recensiones o momentos en su evolución, como ocurre en las Observancias de Jacobo de Hospital. Por último, el caso de que un manuscrito original, una y otra vez corregido y adicionado, haya sido transcrito múltiples veces durante el transcurso y duración de los trabajos de redacción, formas todas originales, como Pertz concibió a la Colección Dionisiana, y como quizá ocurra con el Decreto de Graciano. Terminada la brillante exposición del profesor Martínez Díez, el que suscribe estas breves notas hizo notar las características del *Fuero Juzgo*, cuya futura edición crítica deberá tener muy en cuenta las atinadas observaciones del profesor Martínez Díez.

Desde una panorámica más concreta disertaron los profesores S. Kuttner, quien abordó dos cuestiones: *Note sui tentativi critici operati sui testi di diritto canonico alla fine del Cinquecento* y *Problemi fondamentali per l'edizione dei testi dei Glossatori*. A. Stickler, *La genesi degli*

apparati di glosse dei Decretisti: presupposto fondamentale della critica del loro testo. J. Buhot-Rambaud, *Les collections d'Yve de Chartres dans le Decret de Gratien, utilisation et adaptation.* B. Smalley, *Privilegium fori: un diálogo entre la Théologie et le Droit Canonique au XII^e siècle.* A. García y García, *Presupuestos para la edición crítica de Vicente Hispano.* J. Gaudemet, *Contribution a l'étude critique des collections canoniques. Le probleme des doublets dans le decret de Gratien,* y G. le Bras, *Les apocriphes dans les collections canoniques. Histoire breve, prescription theorique, decouverte tardive.*

Un nuevo grupo podría formarse con las comunicaciones destinadas a esclarecer cuestiones relativas a las ediciones críticas de textos alto-medievales. De índole general, aparte de las ya resumidas de los profesores García-Gallo y Martínez Díez, cabe recordar solamente, para no alargar esta reseña, las aportaciones de C. G. Mor, *Técnica di edizioni e critica dei testi alto-medievali*, y la de R. Elze, *Zur Kritik Kritischer Editionen von mittelalterlichen Texten, die in den letzten 100 Jahren veröffentlicht wurden.* De contenido más circunscrito fueron las sesiones dedicadas por R. van Caenegem, *La legislation comtale en Flandre a la fin du XII^e siècle.* G. Astuti, *Problemi ed edizione critica delle fonti giuridiche medievali. La Lex Romana Visigothorum e le sue epitome.* P. E. Schramm, *Die Metalbullen der Karolinger: ihre Rekonstruktion, ihre Interpretation.* y algunas otras.

Cabria cerrar esta breve visión panorámica del Congreso de Venecia señalando el elevado número e interés de las comunicaciones relativas a las fuentes de Derecho Romano común. Así, el profesor B. Paradisi estudió ampliamente el tema *Le glosse di Bartolo da Sassoferrato*, poniendo en tela de juicio su misma existencia. Al fin de su disertación se produjo un vivo coloquio, en el que tuvimos ocasión de intervenir para precisar algunos datos sobre manuscritos madrileños que habían sido citados por el ponente. Nosotros mismos, en colaboración con L. Pereña Vicente, presentamos una comunicación titulada *Corpus Hispanorum de Pace. Problemas de critica textual*, en la cual, tras estudiar los problemas de complejidad dinámica del texto, categorías jerárquicas de fuentes y condicionamientos políticos de las tesis de las obras españolas de doctrina jurídica de los siglos XVI y XVII, señalamos algunas posibles soluciones científicas de edición, puesta en práctica en la publicación de los cinco primeros volúmenes de la serie que daba título a la comunicación, teniendo en cuenta los problemas de fijación progresiva del texto, el proceso de valoración de fuentes y los diferentes elementos de comprensión doctrinal. Como aportaciones de tipo más concreto, hay que recordar las del P. Cándido Mesini, *Il Liber secretus iuris Pontificii dello Studio di Bologna.* R. Feenstra, *Quelques remarques sur le texte de la Glose d'Accurse sur le Digeste Vieux.* C. Dionisotti, *Filologia umanista a testi giuridici fra Quattro e Cinquecento.* R. Arboncanza, *Le prime applicazioni della filologia alciatea ai testi giuridici, etc.*

También las aportaciones de los profesores Gracco Ruggini, Shackleton Bailey, Orlandelli, Minio Paluello, Campana, Branca, Thorne, Piana, Cheney, Tallenbach, Batelli, etc. constituyeron auténticos regalos de datos y orientaciones que muchas veces, por venir desde fuera del campo de la Historia del Derecho, eran de enorme interés para nosotros. La pronta publicación de las ACTAS, que vivamente deseamos, constituirá la mejor confirmación de cuantos elogios hemos hecho a este interesante Congreso veneciano.

J. M. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO